

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- La Audiencia preliminar en el procedimiento penal abreviado (art. 793.2 LECrim): funciones y disfunciones. *Jaime de Lamo Rubio* . 11
- Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina. *Myriam Herrera Moreno* . . 49

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- Los delitos contra la ordenación del territorio en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia. *Luis Roca Agapito* 87

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 129
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 137
- **Sentencia 148/2001 (Sala 1.ª, de 27 de junio:** Libertad de expresión y protección penal del honor 137
- **Sentencia 167/2001 (Sala 2.ª, de 16 de julio:** Delito de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos 140
- **Sentencia 169/2001 (Sala 2.ª, 16 de julio:** Prohibición de abandonar territorio español y retirada del pasaporte 144

| | Página |
|---|------------|
| — Sentencia 174/2001 (Sala 1.ª), de 26 de julio: Secreto sumarial . | 154 |
| — Sentencia 178/2001 (Sala 2.ª), de 17 de septiembre: Recurso de queja | 157 |
| — Sentencia 193/2001 (Sala 2.), de 1 de octubre: Principio de igualdad | 159 |
| TRIBUNAL SUPREMO | 163 |
| — Acuerdo de 23 de febrero de 2001 | 163 |
| — Acuerdos de 20 de abril de 2001 | 163 |
| — Acuerdo de 19 de octubre de 2001 | 164 |
| — Sentencia 1989/2000, de 3 de mayo de 2001: Derecho de defensa y a la libre designación de Abogado | 167 |
| — Sentencia 739/2001, de 3 de mayo: Alzamiento de bienes | 169 |
| — Sentencia 773/2001, de 7 de mayo: Testimonio de referencia de segundo grado | 171 |
| — Sentencia 824/2001, de 7 de mayo: Registro de automóvil . . . | 173 |
| — Sentencia 775/2001, de 10 de mayo: Juicio oral: ausencia de piezas de convicción; prisión provisional acordada por el Tribunal en el acto del juicio | 174 |
| — Sentencia 789/2001, de 10 de mayo: Falsedad en documento oficial. Concepto de funcionario | 176 |
| — Sentencia 809/2001, de 10 de mayo: Entrada y registro | 178 |
| — Sentencia 838/2001, de 10 de mayo: Circunstancia agravante de disfraz | 179 |
| — Sentencia 843/2001, de 10 de mayo: Derecho a la última palabra . | 181 |
| — Sentencia 831/2001, de 14 de mayo: Trastornos de la personalidad | 182 |
| — Sentencia 872/2001, de 14 de mayo: Descubrimiento y revelación de secretos | 185 |
| — Sentencia 816/2001, de 22 de mayo: Escuchas telefónicas | 187 |
| — Sentencia 921/2001, de 23 de mayo: Prescripción de la pena . | 190 |
| — Sentencia 950/2001, de 24 de mayo: Prueba testifical | 191 |
| — Sentencia 1003/2001, de 28 de mayo: Responsabilidad civil derivada del delito | 192 |
| — Sentencia 966/2001, de 29 de mayo: Responsabilidad civil derivada del delito | 193 |

| | Página |
|--|--------|
| — Sentencia 995/2001, de 1 de junio: Intervenciones corporales . | 195 |
| — Sentencia 889/2001, de 8 de junio: Intervención de las comunicaciones y secreto sumarial. Registro de automóvil | 196 |
| — Sentencia 1112/2001, de 12 de junio: Alcance de las funciones de vigilantes jurados | 199 |
| — Sentencia 1124/2001, de 13 de junio: Tentativa inidónea | 200 |
| — Sentencia 1164/2001, de 18 de junio: Responsabilidad civil subsidiaria del Estado | 201 |
| — Sentencia 1197/2001, de 20 de junio: Fraude de subvenciones | 204 |
| — Sentencia 1235/2001, de 20 de junio: Estafa (mediante cheque) | 206 |
| — Sentencia 1232/2001, de 22 de junio: Principio acusatorio | 208 |
| — Sentencia 1237/2001, de 25 de junio: Derecho del detenido a ser reconocido por un médico | 209 |
| — Sentencia 1247/2001, de 25 de junio: Asesinato (alevosía). “Animus necandi” | 211 |
| — Sentencia 1250/2001, de 26 de junio: Delitos relativos a la ordenación del territorio | 213 |
| — Sentencia 1277/2001, de 26 de junio: Intervenciones telefónicas: principio de especialidad | 216 |
| — Sentencia 857/2001, de 29 de junio: Tribunal del Jurado y Conexidad | 218 |
| — Sentencia 1180/2001, de 2 de julio: Circunstancia atenuante analógica | 220 |
| — Sentencia 985/2001, de 3 de julio: Auto resolutorio de recurso de queja que acuerda el sobreseimiento libre | 221 |
| — Sentencia 1357/2001, de 5 de julio: Responsabilidad civil derivada del delito | 223 |
| — Sentencia 1356/2001, de 9 de julio: Violencia doméstica habitual | 225 |
| — Sentencia 1364/2001, de 10 de julio: Pericial realizada por organismo oficial | 226 |
| — Sentencia 1371/2001, de 11 de julio: Detención ilegal por funcionario público | 227 |
| — Sentencia 1377/2001, de 11 de julio: Multa por cuotas | 228 |
| — Sentencia 1435/2001, de 18 de julio: Estafa | 230 |
| — Sentencia 1439/2001, de 18 de julio: Tráfico de drogas. Homicidio imprudente | 231 |

| | Página |
|--|--------|
| — Sentencia 1335/2001, de 19 de julio: Denuncia anónima. Imputación y aforamiento | 235 |
| — Sentencia 1505/2001, de 23 de julio: Apropiación indebida . . . | 238 |
| — Sentencia 1490/2001, de 24 de julio: Cuestiones prejudiciales . | 241 |
| — Sentencia 1511/2001, de 24 de julio: Capacidad para ser testigo . | 243 |
| — Sentencia 1493/2001, de 25 de julio: Apropiación indebida . . . | 245 |
| — Sentencia 1293/2001, de 28 de julio: Blanqueo de capitales . . | 246 |
| — Sentencia 1593/2001, de 11 de septiembre: Lesiones. Tratamiento médico | 248 |
| — Sentencia 1575/2001, de 17 de septiembre: Derecho a la doble instancia. Prueba indiciaria y motivación | 250 |
| — Sentencia 1642/2001, de 20 de septiembre: Dolo eventual. Delito de lesiones | 252 |
| — Sentencia 1680/2001, de 24 de septiembre: Quebrantamiento de condena | 253 |
| — Sentencia 1677/2001, de 25 de septiembre: Prevaricación | 255 |
| — Sentencia 1716/2001, de 25 de septiembre: Responsabilidad civil derivada del delito. Alzamiento de bienes | 256 |
| — Sentencia 1665/2001, de 28 de septiembre: Visionado de fotogramas por expertos policiales | 257 |
| — Sentencia 1705/2001, de 29 de septiembre: Delitos contra el medio ambiente | 258 |
| | |
| AUDIENCIAS PROVINCIALES | 261 |
| — Auto 54/2001, de 13 de febrero (AP Vizcaya): Sustitución de trabajadores en huelga, apertura de expediente disciplinario y delito contra la libertad sindical | 261 |
| — Sentencia 151/2001, de 16 de marzo (AP Vizcaya): Absolución de los delitos de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas y desobediencia | 263 |
| — Auto de 26 de marzo de 2001 (AP Barcelona): Medida de alejamiento adoptada como cautelar en la instrucción | 264 |
| — Sentencia 55/2001, de 2 de abril (AP Sevilla): La adhesión al recurso de apelación permite ampliar el “thema decidendum” . . . | 265 |

| | Página |
|--|--------|
| — Sentencia 204/2001, de 17 de abril (AP Sevilla): Rottweiler suelto que lesiona a personas. Inexistencia de responsabilidad civil derivada tan sólo de la falta del art. 631 Código Penal | 267 |
| — Sentencia 146/2001, de 23 de abril (AP Madrid): Deslealtad profesional de abogado: inicio del plazo de prescripción del delito. Criterios para determinar la gravedad de la imprudencia | 268 |
| — Sentencia 70/2001, de 24 de abril (AP Sevilla): El factor de corrección por secuelas y lesiones sólo es inconstitucional cuando opera como límite absoluto al resarcimiento íntegro del perjuicio | 270 |
| — Sentencia 158/2001, de 27 de abril (AP Madrid): Acta de juicio de faltas sin firma del Ministerio Fiscal. Nulidad | 272 |
| — Sentencia 130/2001, de 9 de mayo (AP Valencia): Ocupación de inmuebles. Requisito para su punición | 273 |
| — Auto 881/2001, de 17 de mayo (AP Madrid): Cacheo y colocación de esposas a un interno en establecimiento penitenciario durante su conducción | 275 |
| — Auto 173/2001, de 17 de mayo (AP Barcelona): Auto de acomodación a procedimiento abreviado; necesidad de motivación | 276 |
| — Auto 394/2001, de 18 de mayo (AP Barcelona): Error de prohibición; conocimiento del carácter antijurídico de la tenencia del arma | 278 |
| — Auto de 28 de mayo de 2001 (AP Barcelona): Tribunal del jurado: competencia objetiva en casos de concurso de delitos | 280 |
| — Sentencia de 28 de mayo de 2001 (AP Barcelona): Compatibilidad entre la sanción penitenciaria y el delito de quebrantamiento de condena | 282 |
| — Sentencia 76/2001, de 1 de junio (AP Barcelona): La indemnización por lesiones y secuelas no es deuda de valor | 283 |
| — Sentencia 139/2001, de 5 de junio (AP Barcelona): La indemnización por lesiones y secuelas es deuda de valor | 284 |
| — Auto 111/2001, de 6 de junio (AP Valencia): Procedimiento aplicable a menor. Régimen transitorio | 285 |
| — Sentencia 370/2001, de 6 de junio (AP Madrid): Relación de la falsedad documental por el delito societario del art. 290 Código Penal | 287 |
| — Auto 1070/2001, de 8 de junio (AP Madrid): Vigilancia penitenciaria. Comunicación con allegados | 288 |

| | Página |
|--|--------|
| — Sentencia de 8 de junio de 2001 (AP Barcelona): Quiebra fraudulenta. Legitimación activa de la sindicatura. Agravación dolosa de la insolvencia | 289 |
| — Sentencia 289/2001, de 13 de junio (AP Madrid): Continuación de juicio de faltas por juez distinto del de la primera sesión . | 291 |
| — Sentencia de 14 de junio de 2001 (AP Barcelona): Delito contra la integridad moral. Interpretación de trato degradante y de menoscabo de la integridad moral | 292 |
| — Sentencia 304/2001, de 18 de junio (AP Madrid): El principal bien jurídico protegido en el delito de negativa a practicar las pruebas de detección alcohólica es la seguridad del tráfico | 294 |
| — Sentencia 434/2001, de 18 de junio (AP Valencia): Las penas de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores son alternativas | 295 |

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

| | |
|--|-----|
| — Instrucción 5/2001, sobre los efectos de la introducción del euro en el ámbito penal | 299 |
|--|-----|

CRÓNICA LEGISLATIVA

| | |
|-----------------------------|-----|
| — Crónica Legislativa | 311 |
|-----------------------------|-----|

BIBLIOGRAFÍA

| | |
|--------------------------------|-----|
| — Derecho Penal | 315 |
| — Derecho Procesal Penal | 319 |

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO (ART. 793.2 LECRIM): FUNCIONES Y DISFUNCIONES

JAIME DE LAMO RUBIO

Magistrado

SUMARIO

- I. DERECHO PENAL Y PROCESO PENAL: NECESIDAD DE UNA REFORMA GLOBAL DEL PROCESO PENAL.
- II. LA FASE DE JUICIO ORAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO.
 - 1. Juicio oral: fase reina del proceso penal.**
 - 2. Juicio oral y actos de prueba.**
 - 3. Juicio oral y principio de imparcialidad objetiva.**
 - 4. Síntesis del juicio oral en el procedimiento penal abreviado.**
- III. IDEA GENERAL SOBRE LA AUDIENCIA PRELIMINAR.
- IV. FUNCIONES DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR.
 - 1. Vulneración de algún derecho fundamental.**
 - 2. Competencia del órgano judicial.**
 - 3. Artículos de previo pronunciamiento.**
 - 4. Causas de suspensión del juicio.**

5. **Contenido y finalidad de las pruebas propuestas.**
6. **Proposición de pruebas para practicarlas en el acto.**

V. ALGUNAS DISFUNCIONES DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR.

1. **¿Es posible la proposición de pruebas entre el trámite de calificación provisional y la celebración de la audiencia preliminar?**
2. **¿Es posible plantear al órgano judicial alguna de las cuestiones objeto de la audiencia preliminar con anterioridad a la misma?**
3. **¿Cómo evitar que en la audiencia preliminar se presenten abrumadoras cantidades de documentos?**
4. **¿Es posible modificar las conclusiones provisionales en la audiencia preliminar?**

VI. CONCLUSIONES.

I. DERECHO PENAL Y PROCESO PENAL: NECESIDAD DE UNA REFORMA GLOBAL DEL PROCESO PENAL

Nuestro vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (CP 1995, en adelante), ha venido a sustituir al anterior que había sufrido ya distintas reformas, especialmente desde la instauración de la democracia y la publicación de la Constitución de 1978. El Código Penal de 1995 sin embargo, revoluciona el sistema de penas, con el objetivo, según precisa en su Exposición de Motivos, de conseguir la función resocializadora que la Constitución les asigna. Da acogida a nuevas formas de delincuencia, elimina figuras delictivas que habían perdido su razón de ser y tutela prioritariamente los derechos fundamentales; pero, falta una correlativa reforma procesal penal integral que ofrezca una Ley Procesal Penal acorde con el vigente Derecho Penal sustantivo, así como ajustada a la Constitución y a la Jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo interpretando la misma ⁽¹⁾, así

(1) Si bien es preciso destacar en este lugar que una de las prioridades del Departamento de Justicia durante esta VII Legislatura, iniciada en el año 2000, lo constituye, precisamente, la elaboración y presentación a las Cortes Generales de un *Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, como puso de manifiesto el Ministro de Justicia, Sr. Acebes Paniagua, en su comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior del

como a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽²⁾. De otra parte, la Constitución Española de 1978 no ha configurado un modelo de justicia penal al cual deba tender el legislador, al margen de la opción de elaborar soluciones globales o parciales y sucesivas de modificación de la legislación procesal penal. Parece, desde la teoría y la práctica del Derecho procesal penal, que el legislador ha dictado unas nuevas reformas procesales penales sin tener una idea clara de lo que puede ser el procedimiento penal del futuro, desconocimiento de un objetivo final que, sin duda, confunde al intérprete pero muy posiblemente también esté confundiendo al propio legislador⁽³⁾.

Desde esta perspectiva, interesa resaltar la necesidad de una *urgente reforma integral del proceso penal*, pues como ha puesto de manifiesto, recientemente, un prestigioso procesalista, la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal es “un cuerpo jurídico en descomposición”; de modo que la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en relación con los derechos fundamentales, así como por el propio Tribunal Supremo, exigidas desde la perspectiva de la propia Constitución, han ido minando, poco a poco, las bases de una ley procesal decimonónica, que en su diaria aplicación precisa de ser reinterpretada a la luz de tal doctrina jurisprudencial, sobre todo en lo que se refiere a injerencias en el contenido de tales derechos fundamentales, área en que nuestro actual ordenamiento jurídico presenta uno de los mayores déficits normativos, como ha puesto de manifiesto, recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽⁴⁾, y ha constatado también la propia Fiscalía Ge-

Congreso de los Diputados efectuada el día 24 de mayo de 2000 para presentar las líneas generales de la política de su Departamento (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior, VII Legislatura, año 2000, núm. 19, miércoles, 24 de mayo de 2000). Siendo también destacable la reciente entrada en vigor, el pasado 13 de enero de 2001, de la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores* (BOE 13/01/2000), y que implica una decidida apuesta por la modernización del proceso de menores, como una derivación especializada del proceso penal.

⁽²⁾ Aunque, de ordinario, la jurisprudencia del TEDH se suele incorporar a nuestro sistema jurídico a través de la jurisprudencia del TC y del TS, que suelen tomar como referencia la misma en las resoluciones que afectan a derechos fundamentales.

⁽³⁾ LAMO RUBIO, J.; ESCUDERO MORATALLA, J. F., ROBLEDO VILLAR, A. y FRIGOLA VALLINA, J., *El proceso penal, Aspectos prácticos*, Ed. Bosch, Barcelona, octubre, 2000, pág. 19 y ss.

⁽⁴⁾ Así, p.ej., en materia relativa a las intervenciones telefónicas vinculadas con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), se ha pronunciado el TEDH en la Sentencia 943/1998, de 30 de julio de 1998 (*asunto Valenzuela Contreras*), en que consideró que la intervención de las comunicaciones telefónicas acordada por el Juez de Instrucción español, en el seno de un proceso penal, violó el art. 8 del CEDH y, en

neral del Estado ⁽⁵⁾. Consciente de tal situación, el Gobierno se propone abordar en la presente VII Legislatura, entre otras tareas, la de dotar al ordenamiento jurídico de “...una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con la cual va a resultar preciso reflexionar con gran rigor técnico sobre numerosos aspectos, como el papel que ha de corresponder al Tribunal Supremo a la hora de establecer una interpretación uniforme del Código Penal para su aplicación por los restantes órganos jurisdiccionales, la consideración de la justicia local en el ámbito penal, la simplificación del procedimiento, la extensión del principio de oralidad y la utilización de las nuevas tecnologías, así como la revisión del procedimiento abreviado para que sin merma de las garantías se progrese en la inmediatez, especialmente en lo que se refiere a los delitos flagrantes, el papel que debe corresponder al fiscal o el desarrollo en el orden penal del procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 de la Constitución...” ⁽⁶⁾.

II. LA FASE DE JUICIO ORAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO

1. Juicio oral: fase reina del proceso penal

Pero, hasta que tal reforma global del proceso penal se produzca, es preciso partir de la realidad actual. Y, así, es posible afirmar que, en la moderna configuración del sistema mixto o acusatorio formal ⁽⁷⁾, la fase de juicio oral es, en principio, la fase reina del proceso penal, de forma que en la misma, que se

consecuencia, condenó al Estado Español al reembolso de las costas y gastos del demandante; y, en definitiva, se produce una auténtica llamada de atención sobre la deficiencia de la base legal en la que se sustentaba, en la fecha a que se refiere el asunto expresado, en el derecho español, el sistema de intervención de las comunicaciones.

⁽⁵⁾ Siendo especialmente significativa y clarificadora la Circular FGE 1/1999, de 29 de diciembre, sobre la *intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales*.

⁽⁶⁾ Intervención del Ministro de Justicia Sr. Acebes Paniagua ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados del día 24 de mayo de 2000, a que ya nos hemos referido (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, VII Legislatura, año 2000, núm. 19, miércoles, 24 de mayo de 2000).

⁽⁷⁾ Una exposición sintética de los denominados sistemas procesales penales puede consultarse en PIQUE, RIFE, VALLS y SAURA, *El Proceso Penal práctico. Comentarios, Jurisprudencia, formularios*, La Ley-Actualidad, 3.ª edición, Madrid, 1997, pág. 9 y ss. También, entre otros, puede consultarse LAMO RUBIO, J.; ESCUDERO MORATALLA, J. F.; ROBLEDO VILLAR, A. y FRIGOLA VALLINA, J., *El proceso penal, Aspectos prácticos*, Ed. Bosch, Barcelona, octubre, 2000, pág. 22 y ss.

desarrolla ante el órgano competente para el enjuiciamiento, ha de procederse, sobre todo, a la práctica de la actividad probatoria, y cristalización de las peticiones de las partes en las conclusiones definitivas; poniéndose término a referida fase, con carácter general, con la correspondiente sentencia. En el procedimiento abreviado, se contiene la regulación de esta crucial fase en los artículos 792 al 794 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), encargándose el primero de ellos de regular lo relativo a la llegada de las actuaciones al órgano judicial competente para el enjuiciamiento y decisión sobre señalamiento y admisión o no de las pruebas propuestas; regulándose en el artículo 793 lo relativo, propiamente, a la celebración del juicio oral; y, finalmente, en el artículo 794 se contienen determinadas normas específicas sobre la sentencia ⁽⁸⁾.

2. Juicio oral y actos de prueba

La fase de juicio oral viene siendo considerada como la más importante de las que integran el proceso penal, sobre todo porque *en ella han de producirse, con carácter general, los actos de prueba que han de servir para fundamentar la sentencia que en su día se dicte*. De este modo, el Tribunal Constitucional se ha encargado de realzar la importancia de la fase del juicio oral, dentro del proceso penal; y así, afirma que “...conforme a la reiterada doctrina de este Tribunal, la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la Constitución se asienta sobre dos ideas esenciales: en primer lugar, el principio de libre

(8) Para el Tribunal Constitucional “...la tercera y última fase del procedimiento abreviado, llamada por la Ley «del juicio oral», se desarrolla ante el Juez o Tribunal competente para el enjuiciamiento y en la misma se lleva a cabo la actividad probatoria y el juicio en virtud del cual se dicta Sentencia. En esta fase de enjuiciamiento (...) es preciso resaltar, de una parte, que de conformidad con lo dispuesto en el art. 792.1 de la LECrim, en cuanto las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente, el Juez o Tribunal examinará las pruebas propuestas, decretará su admisión o rechazo, prevendrá lo necesario, en su caso, para la práctica de la prueba anticipada, y señalará el día en que deban comenzar las sesiones del juicio oral. De otra parte, el art. 793.2 de la LECrim ha previsto el desarrollo de un debate o audiencia preliminar en el momento inicial del juicio oral, acentuando los principios de oralidad y concentración del proceso. En efecto, el citado artículo, luego de señalar que el juicio oral comenzará mediante la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y de defensa, señala que seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos del previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas...” [Sentencia Pleno TC, núm. 186/1990, de 15 de noviembre. Pte.: Gimeno Sendra. FJ 4.º C)].

valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución, y, en segundo lugar, que la sentencia condenatoria ha de fundamentarse en auténticos actos de prueba, debiendo ser la prueba practicada suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado (...) Es asimismo doctrina consolidada de este Tribunal desde su STC 31/1981 que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, tal y como establece el art. 741 LECrim, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador⁽⁹⁾. Sólo cuando las diligencias o actuaciones

(9) Pero, también ha afirmado que "...esta regla general no se aplica, como excepciones a la misma, a los actos de la instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de los requisitos que este Tribunal ha tenido ocasión de señalar: a) *Material*: que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral (SSTC 137/1988, 154/1990, 41/1991, 303/1993, 323/1993, 79/1994, 36/1995 y 51/1995). b) *Subjetivo*: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de instrucción (STC 303/1992). Todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito (SSTC 107/1983, 201/1989, 138/1992 y 303/1993, entre otras). c) *Objetivo*: cual es la necesidad de que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre que sea factible se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito infungible (STC 303/1993), y, d) *Formal*: como lo es la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la *cross examination* (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como, de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la «lectura de documentos», la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 25/1988, 60/1988, 51/1990, 140/1991 y la última STC 200/1996, fundamento jurídico 2.º)". (Sentencia TC 40/1997, de 27 de febrero. Pte.: Jiménez de Parga y Cabrera).

nes sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, puesto que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierden datos o elementos de convicción. De esta manera, la prueba preconstituida o anticipada poseerá virtualidad para destruir la presunción de inocencia siempre y cuando se hayan practicado con observancia de las garantías establecidas en la Constitución y en el ordenamiento procesal y hayan sido incorporadas al juicio oral mediante su lectura, de tal manera que se permita a la defensa del acusado someterlas a contradicción, no bastando con la utilización de simples fórmulas de estilo como «dar por reproducidas» (SSTC 62/1985, 22/1988, 25/1988, 137/1988, 201/1989, 217/1989, 51/1990, 10/1992, 323/1993, entre otras muchas)...” (STC 32/1995, de 6 de febrero de 1995. Pte.: García-Mon y González Regueral)⁽¹⁰⁾.

Por tanto, con carácter general, ha de quedar claro que no es posible confundir los genuinos actos de investigación sumarial con los actos de prueba. De modo que los *actos de investigación* sirven para facilitar a las partes la fundamentación fáctica de sus respectivos escritos de calificación, pero no permiten al juez o tribunal sentenciador extender sobre ellos su conocimiento en la declaración de hechos probados en la sentencia⁽¹¹⁾; y, como ha reiterado el TC, el órgano judicial sentenciador tan sólo puede fundar su sentencia en las pruebas practicadas en el juicio, en cuanto *actos de prueba*; ahora bien, como hemos adelantado, también pueden constituir actos de prueba y ser válidos, por tanto, para destruir la presunción de inocencia, la denominada *prueba preconstituida* y la *prueba anticipada*, que si bien se realizan materialmente durante la fase de instrucción, si reúnen los requisitos que se dirá, adquieren la consideración de actos de prueba⁽¹²⁾. Como característica común a ambas se presenta la relativa a la fugacidad de los hechos elementos probatorios, o dicho en otros términos, a la *irrepetibilidad* con respecto al futuro y adecuado trámite de su práctica; de modo que se trata de actos que por la fugacidad del objeto sobre el que recaen no pueden ser reproducidos el día de

(10) También, en el mismo sentido, y además de las citadas en la que antecede, pueden consultarse las SSTC 140/1991, de 20 de junio de 1991, y 118/1991, de 23 de mayo de 1991, ambas bajo la ponencia de Gimeno Sendra.

(11) GIMENO SENDRA, V., en la obra conjunta con MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Colex, Madrid, septiembre, 1999, págs. 371 y ss.

(12) HERNÁNDEZ GIL, F., “La prueba preconstituida”, en *Cursos del Centro de Estudios Judiciales*, n.º 12, sobre la *Prueba en el Proceso Penal*, Madrid, 1993, pág. 77 y ss.

la celebración del juicio oral. Partiendo de tal elemento común, es posible distinguir ⁽¹³⁾:

A) La *prueba preconstituida*, en el proceso penal, viene constituida por aquellas diligencias de investigación o sumariales que se convierten en prueba mediante su reproducción en el juicio oral y sometimiento a contradicción, o cuando siendo de imposible o muy difícil reproducción, las diligencias se someten a contradicción en dicho acto de juicio oral. La conversión en actos de prueba de las diligencias sumariales o preparatorias se condiciona siempre a que se ratifiquen en su contenido sus protagonistas o se dé a las partes la posibilidad de contradecirlas en el juicio oral, siendo insuficiente la fórmula “por reproducidas”, de frecuente uso y abuso en la práctica forense. Resumiendo, podemos afirmar que la prueba preconstituida, en realidad, se trata de *actos de investigación*, que si se da el requisito de fugacidad o irrepitibilidad, y se practican con las garantías exigidas que veremos, *se transforman en actos de prueba*.

B) En cuanto a la *prueba anticipada*, la misma tiene siempre carácter excepcional y responde a la necesidad de asegurar los medios de prueba que deberían practicarse durante el juicio oral, pero que por determinadas circunstancias no es posible hacerlo en aquel acto, practicándose siempre en el proceso, con intervención del órgano jurisdiccional y con posibilidad de someterla a contradicción; siendo posible, además, su práctica tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral ⁽¹⁴⁾. En resumen, *la prueba anticipada es auténtica prueba*, pero que dada la fugacidad o irrepitibilidad de la fuente de la misma, se sustancia, con las debidas garantías, *en fase de instrucción, o en fase distinta a la del acto de juicio oral*.

En todo caso, para que los actos de investigación puedan alcanzar el carácter de actos de prueba es preciso que cumplan, al menos, los requisitos estable-

(13) LAMO RUBIO, J., en la obra conjunta ya citada *El proceso penal. Aspectos prácticos*, Ed. Bosch, Barcelona, octubre, 2000, pág. 136 y ss.

(14) Así, p.ej., las declaraciones de testigos en fase de instrucción, aun cuando, con carácter general, son meros actos de investigación, en algunos supuestos pueden practicarse como prueba anticipada durante la instrucción sumarial: cuando el testigo manifieste la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse, o cuando hubiere motivo bastante para temer por su muerte o incapacidad física o intelectual (arts. 448 y 449 LECrim); también en caso de informe pericial emitido en fase de instrucción, en determinados supuestos puede operar como prueba anticipada (cfr. arts. 467, 471, 476 y 480 LECrim); otro ejemplo lo constituyen las diligencias de inspección ocular, reconocimiento pericial del cuerpo del delito y de los instrumentos del delito, siempre que se practiquen con la debida contradicción (cfr. arts. 333 y 336 LECrim); etcétera (HERNÁNDEZ GIL, F., “La prueba preconstituida”, op. cit., pág. 81 y ss.).

cidos para la prueba anticipada o aseguramiento de la prueba, de modo que han de someterse las diligencias de instrucción, en el acto del juicio oral, a los principios de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, contradicción, igualdad y dualidad de armas. La jurisprudencia, tanto del TC, como del TS, ha analizado detalladamente la consideración de la actividad probatoria precisa para destruir la presunción de inocencia, diferenciando entre aquella actividad practicada en la fase de instrucción que puede ser considerada prueba preconstituida o, en su caso, prueba anticipada, de la que tiene tan sólo el carácter de mero acto de investigación⁽¹⁵⁾.

De modo que “...si el Tribunal tan sólo puede, pues, fundamentar su sentencia condenatoria en auténticos actos de prueba, y todo acusado se presume inocente hasta que sea definitivamente condenado, lógicamente la presunción de inocencia ha de incidir también en las reglas de distribución de la carga material de la prueba, produciendo un desplazamiento de la misma hacia la parte acusadora: Incumbe a la acusación, y no a la defensa (quien, en otro caso, se vería sometida a una *probatio diabolica* de los hechos negativos) probar en el juicio oral los elementos constitutivos de la pretensión penal o, lo que es lo mismo, la realización de esa actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuar dicha presunción constitucional...” (SSTC 70/1985, 150/1987, 82/1988, 128/1988, 137/1988 y 182/1989)⁽¹⁶⁾.

(15) Y así, además de las reseñas jurisprudenciales ya expuestas, sobre estas cuestiones es significativa, entre otras, la Sentencia TS (Sala 2.ª) de 1 de diciembre de 1995. Pte.: Conde-Pumpido Ferreiro y la abundante y sistematizada doctrina jurisprudencial que en la misma se cita y comenta.

(16) “...De lo expuesto claramente se infiere que, con la sola excepción de aquellos supuestos en los que, bien sea por la fugacidad de las fuentes de prueba o por su imposibilidad de reproducción en el juicio oral a través del correspondiente medio probatorio sea necesario dotar al acto de investigación sumarial del valor de la prueba anticipada y preconstituida (siempre y cuando naturalmente se observen las garantías que han de adornar la prueba), la acusación no puede limitarse a tener por «reproducidas» en el juicio oral, como prueba documental, los actos instructorios, sino, antes al contrario, ha de proponer en el escrito de acusación los oportunos medios de prueba, a través de los cuales pueda darse entrada en el juicio oral a hechos que fundamenten su pretensión de tal suerte que el Tribunal pueda someter a confrontación, mediante la lectura de documentos, el resultado probatorio y el del acto de investigación sumarial y, en definitiva, formar libremente su convicción sobre dicho resultado probatorio, obtenido bajo la vigencia de los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad...” (STC 140/1991, de 20 de junio de 1991. Pte.: Gimeno Sendra). Doctrina reiterada, entre otras, en la reciente STC 67/2001, de 17 de marzo.

3. Juicio oral y principio de imparcialidad objetiva

Como otra característica principal de la fase de juicio oral se erige *la relativa al cambio de órgano judicial competente*, cuestión que es consecuencia directa de la propia esencia del *principio de imparcialidad objetiva* que rige en el sistema acusatorio mixto, entendido dicho principio como la necesidad de que el juez que instruye no puede fallar la causa⁽¹⁷⁾; de forma que cesa el Juez de Instrucción en su competencia, y comienza a conocer de la causa el órgano judicial llamado a enjuiciar los hechos, en concreto, bien el Juzgado de lo Penal o bien la Audiencia Provincial, con un reparto competencial articulado en torno a lo establecido en los apartados tercero y cuarto del artículo 14 LECrim, y el artículo 13 del Código Penal de 1995, fundamentalmente⁽¹⁸⁾; y en su caso, y

(17) Al respecto, la jurisprudencia del TC viene afirmando que no todas las actuaciones realizadas por el Juez de Instrucción en la tramitación de las diligencias previas compromete la *imparcialidad objetiva del Juez*; entre las que se entiende que no afectan a tal imparcialidad, a título de ejemplo se encuentran las siguientes: acordar actos de comunicación y ordenación procesal, solicitar aportación de antecedentes penales, acreditación de sanidad del lesionado, información de derechos a imputados o acusados, o incoación de procedimiento; en cambio sí que se consideran como diligencias que *afectan a la imparcialidad objetiva del juez*, a título de ejemplo, las siguientes: la toma de declaración del imputado; adopción de medidas cautelares por cuanto fundan una imputación, si se adoptan antes de llegar la causa a juicio oral; dictado del auto de apertura del juicio oral, pues contiene una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos, que incapacita a quien lo emite para mantener la deseada imparcialidad objetiva; etcétera (STC 145/88, STC 186/1990, STC 170/1993, STC 320/1993, Auto TC 136/1992, etcétera). Es decir, deberá estarse al caso concreto para determinar si procede bien la abstención o la recusación, por haber quedado afectada la imparcialidad objetiva del juez [LAMO RUBIO, J. de, *El Procedimiento Abreviado (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág. 68].

(18) Lo relativo al reparto competencial entre el Juzgado de lo Penal (o Central de lo Penal, en su específico ámbito) y la Audiencia Provincial (o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el ámbito que le es propio) se aborda en el art. 14.3 LECrim, que se ha visto últimamente alterado, otra vez, por la *Ley 36/1998, de 10 de noviembre, que modifica el art. 14.3 y 14.1 LECrim* (BOE 11/11/1998); precepto que ha de ser puesto en relación con el art. 779 LECrim, de donde resulta que, en principio, *el procedimiento abreviado, y sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales*, "...se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración" (art. 779 LECrim), y en cuanto a la *distribución de la competencia para enjuiciamiento entre las Audiencias Provinciales y los Juzgados de lo Penal*, resulta que el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que

dentro de su específico ámbito, corresponderá el conocimiento al Juzgado Central de lo Penal o a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ⁽¹⁹⁾.

El denominado *principio de imparcialidad objetiva* ha sido reiteradamente resaltado por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, a su vez, ha sido asumida por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Así, el TEDH ha insistido en su defensa del derecho a la imparcialidad objetiva del tribunal, en la Sentencia de 28 de octubre de 1998 (Caso Castillo Algar v. España), en la que se condena a España por vulneración del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en que se consagra el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial. Nuestra Constitución recoge el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial en el art. 24.2 CE, en su doble perspectiva subjetiva y objetiva. El TC se ha ocupado recientemente del *principio del juez objetivamente imparcial*, con glosa de la Jurisprudencia del TEDH sobre el derecho al juez imparcial —entre otras, la Sentencia citada del Caso Castillo

le es propio conocerán y fallarán las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años, o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como de las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos (art. 14.3 LECrim, según redacción dada por Ley 36/1998, citada); correspondiendo el conocimiento de los demás asuntos, dentro del ámbito del Procedimiento Abreviado, definido en el ya transcrito art. 779 LECrim, a la Audiencia Provincial o a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dentro de su específico ámbito. En todo caso, a efectos de este reparto competencial deberá tenerse en cuenta la *pena en abstracto*, de modo que "...para fijar la competencia, ha de estarse a la pena abstracta fijada por el tipo, y no a la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, sea por imperfección delictiva, sea por el grado de participación, sea por la naturaleza de las circunstancias concurrentes..." (STS de 5 de febrero de 1998. Pte.: Sr. García Ancos, así como las múltiples sentencias del mismo TS que se citan en ésta, y que parten de la Sentencia de 10 de octubre de 1992), criterio de la penalidad en abstracto que, a su vez, tiene su basamento en el Acuerdo no jurisdiccional de Junta General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para unificación de doctrina (art. 264 LOPJ) de 14 de julio de 1993.

⁽¹⁹⁾ E incluso, en determinados casos, corresponderá el enjuiciamiento a la Sala Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, o, en su caso, a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; así, p.ej., en supuestos de aforamiento, cuando la pena en abstracto que proceda conforme a los hechos enjuiciados se encuentre dentro del ámbito objetivo del Procedimiento Abreviado (en similar sentido se pronuncia MORAL GARCÍA, A. del, "Procedimiento Abreviado: Ámbito de aplicación y transformación en otros tipos procedimentales", en *Poder Judicial*, núm. 37, pág. 159 y ss.). Naturalmente, en estos supuestos las anteriores fases habrán correspondido a un Magistrado de la propia Sala llamada a enjuiciar los hechos, designado conforme a un turno preestablecido, y *que, obviamente, no formará parte de la misma para enjuiciar los hechos* (art. 57.2 LOPJ, en su vigente redacción).

Algar v. España— en la STC 162/1999, de 27 de septiembre de 1999. Aunque, posteriormente, en otra sentencia, en un caso similar, pero no igual al citado, el propio TEDH desestima la demanda por vulneración del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, citado (STEDH de 2 de marzo de 2000 —Caso Garrido Guerrero v. España—) ⁽²⁰⁾.

4. Síntesis del juicio oral en el procedimiento penal abreviado

A. Llegada la fecha señalada para la celebración del juicio oral, se constituirá en la Sala de Audiencia correspondiente el Juzgado o Tribunal, compuesto, respectivamente, por el Magistrado-Juez y el Secretario Judicial, o, por el Presidente y Magistrados de la Audiencia o Sección correspondiente y el Secretario Judicial de la misma, y se procederá a la celebración del Juicio, con asistencia del Ministerio Fiscal ⁽²¹⁾ y del Abogado ⁽²²⁾ del acusado, y, en su caso, los Letrados de las demás partes; en cuanto a la *presencia del acusado*, en principio la misma es preceptiva, pero el propio artículo 793.1 LECrim prevé, en determinados supuestos, la *celebración del juicio en ausencia del acusado*. De modo que, en lo relativo a la presencia del acusado en el juicio oral, dos son las grandes alternativas que pueden presentarse: de una parte, la ausencia del acusado, y de otra su presencia. La ausencia del acusado, a su vez, puede generar dos situaciones distintas: a) que permita la celebración del juicio en ausencia; y, b) que impida la celebración del juicio. No se podrá celebrar el juicio en alguno de estos dos supuestos: a') cuando no se reúnan los requisitos para la celebración del juicio en ausencia; y, b') que, aun reuniéndose los requisitos para

⁽²⁰⁾ De modo que, como decimos, se trata de un caso similar, pero no igual, y así, la STEDH citada en último lugar se encarga de diferenciar este supuesto del correspondiente al Caso Castillo Algar. Un interesante comentario sobre ambas sentencias puede consultarse en RODRÍGUEZ RAMOS, L., “De nuevo sobre la imparcialidad judicial objetiva”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 456, Madrid, 12 de octubre de 2000. También resulta de interés, a estos efectos, el análisis jurisprudencial que se efectúa en las recientes STC 52/2001, de 26 de febrero (Suplemento BOE de 30 de marzo de 2001) y la STS, Sala 2.ª, de 22 de marzo de 2001. Pte. Martín Pallín.

⁽²¹⁾ Excepto en los escasísimos supuestos, de delitos privados, en que no interviniera; actualmente los delitos privados son sólo los de *calumnias e injurias contra particulares*, en donde se exige querrela del ofendido (art. 215.1 CP 1995).

⁽²²⁾ Nótese que, según lo establecido en el apartado 1 del artículo 793 LECrim, tan sólo se precisa la comparecencia del Abogado, no siendo preceptiva la del Procurador, y, en consecuencia, no se prevé la intervención de este último en la firma del acta del juicio (793.9 LECrim).

celebrar el juicio en ausencia, el Juez acuerde que no se puede celebrar, por estimar necesaria la asistencia del acusado⁽²³⁾.

B. En el supuesto de que, encontrándose presente el acusado, se proceda a la celebración del juicio, el orden lógico de las cosas conduce a que en primer término se discrimine entre la oportunidad o no de conformarse, prevista en el art. 793.3 LECrim; esto es así también en la práctica, pues carecería de sentido comenzar por celebrar la audiencia preliminar o turno de intervenciones del artículo 793.2 LECrim si el acusado tiene intención de conformarse. Este es el orden más lógico, a pesar de que de la lectura del artículo 793 LECrim parezca deducirse que deberá primero celebrarse la audiencia preliminar, y sólo entonces, y antes de iniciarse la práctica de la prueba, podría entrarse en el trámite de conformidad. De seguirse esa praxis, se estaría dando un gran rodeo, para llegar al mismo sitio: la conformidad. Por tanto, *la posibilidad o no de conformidad* aparece como la segunda actuación, en el acto del juicio oral, posterior a la decisión sobre su continuación o no, en su caso⁽²⁴⁾. Sólo en el caso de no proceder la conformidad, se accede a la *eventual fase de la audiencia o debate preliminar*; previsto en el art. 793.2 LECrim, que, inspirado en los sistemas procesales de países próximos a nuestra cultura jurídica, responde a los principios de concentración y oralidad, y pretende acumular en este incidente previo una serie de cuestiones que en el proceso ordinario por delito dan lugar a incidencias sucesivas, que dilatan el proceso⁽²⁵⁾; de modo que indicado trámite pretende, dentro del procedimiento penal abreviado, aligerar el proceso, respondiendo al principio de celeridad, sin merma de la tutela de los demás principios implicados en el proceso penal.

C. Concluido el trámite de audiencia preliminar, o bien no realizado el mismo —dado su carácter de trámite eventual—, si no es instado por ninguna de las partes, procede la continuación del juicio, que sigue con la *práctica de la prueba admitida* que, con carácter general, se realizará con arreglo a las previsiones del procedimiento común (art. 780, párrafo primero en relación con los arts. 688 a 731, todos ellos de la LECrim), con las especialidades previstas en las normas del procedimiento penal abreviado, entre las cuales se encuentra, como se encarga de recordar el art. 793.5, que el informe pericial podrá ser

(23) LAMO RUBIO, J. de, *El Procedimiento Abreviado...*, op., cit., pág. 98 y ss.

(24) LAMO RUBIO, J. de, *El Procedimiento Abreviado...*, op., cit., pág. 102.

(25) Cfr. V.C) c) de la *Circular de la Fiscalía General del Estado (FGE) 1/1989, de 8 de marzo, del Procedimiento Abreviado*.

prestado por un solo perito ⁽²⁶⁾. Por lo demás, se establece que la práctica de la prueba se realizará concentradamente, en las sesiones consecutivas que sean necesarias. Si bien, excepcionalmente, podrá acordar el Magistrado-Juez o Tribunal la suspensión o aplazamiento de la sesión, hasta el límite máximo de treinta días, en los supuestos del artículo 746 de esta Ley, conservando su validez los actos realizados, salvo que se produzca la sustitución del Juez o miembro del Tribunal, en el caso del número 4.º de dicho artículo (art. 793.4 LECrim), sin que sea causa de suspensión del juicio la falta de acreditación de la sanidad, de la tasación de daños o de la verificación de otra circunstancia de análoga significación, siempre que no sea requisito imprescindible para la calificación de los hechos. En tal caso, la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil quedará diferida al trámite de ejecución, fijándose en la sentencia las bases de la misma (art. 793.4, párrafo segundo LECrim, relación con el 798.1.ª de la misma ley).

D. Agotada la fase probatoria, el juicio oral entra en *fase de conclusiones e informes*, de modo que, previo requerimiento del Magistrado-Juez o Presidente, las partes elevarán a definitivas o bien modificarán las respectivas conclusiones provisionales, en lo que estimen procedente dentro de los límites legal y jurisprudencialmente establecidos, y una vez ello se les concede la palabra para informe oral, en el que las partes, por su orden, en defensa, precisamente, de sus conclusiones definitivas, expondrán "...oralmente cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos" (cfr. art. 793.6, párrafo primero *in fine* LECrim).

E. Superadas, en su caso, las incidencias previstas en los apartados 6, 7 y 8 del art. 793 LECrim, y aunque nada establezca expresamente la regulación del procedimiento penal abreviado sobre la concesión de la *última palabra al acusado*, pero dado que referido trámite tiene su fundamento en el principio constitucional de contradicción y en el derecho fundamental de defensa, respondiendo, en última instancia, al *principio general de que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído* ⁽²⁷⁾, el Presidente o Magistrado-Juez, según

⁽²⁶⁾ Precepto que está en necesaria armonía con lo establecido en el artículo 785.7.ª LECrim, cuando prevé que, en la fase de diligencias previas, "...el informe pericial podrá ser prestado por un sólo perito cuando el Juez lo considere suficiente".

⁽²⁷⁾ *Derecho a la última palabra* que ha de vincularse con el denominado *derecho de autodefensa*, y así lo ha verificado, recientemente, el propio Tribunal Supremo, en la importante Sentencia de la Sala Segunda del TS de 5 de abril de 2000 (pte.: Martín Pallín) en la que se afirma que "...el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3.d) atribuye al derecho de defensa una dimensión desconocida en nuestros ámbitos procesales tradicionales, al establecer, como garantía mínima de toda persona acusada de un delito, el derecho de presencia y defensa personal, sin perjuicio de que pueda valerse de la debida asistencia técnica. Por su parte y en nuestro ámbito regional, el

los casos, concederá la última palabra al acusado, a fin de que pueda ejercitar su última posibilidad de exculpación de los hechos imputados. Esto constituye un acto procesal de ineludible observancia, siendo preciso acudir a las normas del procedimiento común para suplir tal omisión, y así, en la práctica de esta actuación, se observará lo previsto en el artículo 739 LECrim, de forma que una vez terminada la fase de informes por las acusaciones y defensas, el Magistrado-Juez o Presidente preguntará al o a los acusados si tienen algo que manifestar al tribunal; y si contestaren afirmativamente, les será concedida la palabra, cuidando el Juez o Presidente de que los acusados al usarla no ofendan la moral ni

Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su artículo 6.3.c), ya en el año 1950, contemplaba el derecho de todo acusado a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección. La Constitución, al recoger en su artículo 24.2, un catálogo de los derechos que asisten a toda persona involucrada en un proceso, establece por un lado el derecho a la defensa y, por otro, el derecho de asistencia letrada, distinguiendo perfectamente sus dos facetas sin que pueda afirmarse que la una sea excluyente de la otra (...) A pesar de que el derecho de autodefensa no tiene un desarrollo legislativo expreso, no por ello se puede negar su existencia en el ámbito de nuestro derecho interno. Debemos tener en cuenta que esta defensa personal, se puede llevar a efecto en los juicios de faltas y que, por otro lado, el derecho a la última palabra al que venimos refiriéndonos se integra también en el ejercicio del derecho a la autodefensa, todo ello sin olvidar que a lo largo de los trámites de la fase de investigación existen varias diligencias que pueden ser solicitadas directamente por el imputado, sin necesidad de asistencia letrada o representación procesal (...) A la vista de las referencias internas e internacionales, debemos convenir que se trata de un derecho fundamental cuya vigencia no puede quedar supeditada al desarrollo legislativo interno. Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos de sus sentencias emblemáticas (Casos Pakelli y Artico), las legislaciones internas deben respetar su plena recepción y abrir las posibilidades de aplicación práctica cuando sea necesaria, como sucede con el derecho a la última palabra. Esta apreciación viene a confirmar, que es perfectamente compatible el derecho a autodefenderse, con la debida asistencia técnica y representación mediante Abogado y Procurador. El Tribunal Constitucional (STC 6 de febrero de 1995, 16 de julio de 1984 y 181/1994), ha destacado la importancia del derecho a la última palabra, con independencia de otras expresiones del derecho a la autodefensa recogidas en nuestro sistema procesal. El artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ofrece al acusado el derecho a la última palabra, por sí mismo, no como una mera formalidad, sino por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa, que tiene todo acusado, al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones, las de los coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa técnica o completarla de alguna manera. La raíz profunda de todo ello, radica en el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, audiencia personal, que aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio (...) Es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario, la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate, público y contradictorio que constituye la esencia del juicio oral. El acusado

faltan al respeto debido al Tribunal ni a las consideraciones correspondientes a todas las partes, y que se ciñan a lo que sea pertinente, retirándoles la palabra en caso contrario.

F. Después de hablar los defensores de las partes, y los acusados, en su caso ejercer su derecho a la última palabra, el Juez o Presidente declarará *concluso y visto el juicio para sentencia* (art. 740, en relación con el 780; párrafo primero LECrim).

III. IDEA GENERAL SOBRE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Por tanto, y en el supuesto de que no proceda la conformidad, sin importar las razones que impidan la misma, se pasará a la siguiente actuación, que viene constituida por la eventual celebración de *un turno de intervenciones* —en palabras de la ley—, que es una especie de audiencia preliminar, y cuya posibilidad de celebración se suscita a continuación de la lectura, por el Secretario Judicial, de los escritos de acusación y defensa; siendo, como decimos, una *actuación eventual*, por cuanto su celebración no es imprescindible, y tan sólo procede si así lo solicitan las partes al Juez o Presidente, de modo que la misma no puede producirse de oficio⁽²⁸⁾, sino que requiere petición de alguna de las

conoce mejor que nadie todas las vicisitudes, que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación. Su derecho, como se ha dicho, tiene carácter de fundamental y constituye una formalidad esencial del procedimiento, cuya omisión produce una incuestionable indefensión. En consecuencia, su efecto inmediato es la anulación del juicio oral, fase en la que se comete el defecto o vulneración del derecho, y la retroacción de las actuaciones al momento de la iniciación del plenario. Ello produce la consiguiente contaminación de los Magistrados que han intervenido en su celebración, lo que da lugar a la necesidad de que el nuevo juicio se celebre por unos Magistrados distintos, con objeto de garantizar la imparcialidad objetiva exigible a todo órgano jurisdiccional...” (STS, Sala 2.ª, de 5 de abril de 2000).

(28) Sin perjuicio de que algunas de las cuestiones que son posible objeto de dicho trámite, y por tanto susceptibles de ser suscitadas por las partes en dicha audiencia preliminar, *también pueden ser planteadas de oficio*, por el propio Juez o Tribunal, al tratarse de cuestiones de orden público, así, p.ej., lo relativo a la declinatoria de jurisdicción (cfr. art. 9.6 LOPJ y art. 8 LECrim, en relación con el art. 666.1.ª y con el 793.2 LECrim), lo relativo a la competencia objetiva del órgano judicial (art. 793.2 y art. 25 LECrim, y concordantes), o lo referido a la prescripción del delito (art. 793.2 en relación con el art. 666.3.ª LECrim), que conforme tiene dicho la jurisprudencia puede ser declarada de oficio en cualquier estado del procedimiento (SSTS 28/01/1982, 05/01/1988, 02/12/1989, 04/12/1992, 12/05/1993, entre otras).

partes⁽²⁹⁾; tal audiencia preliminar tiene por finalidad que las partes puedan exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto (art. 793.2 LECrim). Así configurado, el turno de intervenciones previsto en el artículo 793.2 LECrim permite una controversia preliminar con la finalidad de acumular, en un solo acto, diversas cuestiones que en el proceso común u ordinario dan lugar a una serie de incidencias previas que dilatan la entrada en el verdadero debate, que no es otro que el que surge en el momento

(29) En relación con un supuesto en que, “...abierto el juicio oral, se procedió a la dación de cuenta por el Secretario y, seguidamente, *al no instarse por ninguna de las partes la audiencia preliminar prevista en el art. 793.2 de la Ley procesal*, la acusación pública interrogó al acusado. Al inicio del interrogatorio por la defensa ésta solicitó la admisión de la prueba documental que presentaba, que fue denegada por el tribunal de instancia por extemporánea al haber precluido la posibilidad de la apertura de la audiencia preliminar...”, y se impugna por la parte, “...precisamente, la denegación de la prueba presentada arguyendo que no se le dio la palabra para que en esa audiencia preliminar propusiera prueba y que esa denegación vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva y supone un quebrantamiento de forma del art. 850.1 de la Ley procesal...”; el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de afirmar, recientemente, que “...el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución tiene un contenido complejo que incluye el derecho de acceder a Jueces y tribunales, el derecho a obtener de ellos una resolución fundada en derecho y su ejecución, y el derecho a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento previsto en la ley, sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión (cfr. SSTC 32/82, 89/85 y SSTS 3-10-97 y 6-3-97). Desde esta perspectiva se constata que el tribunal de instancia ha resuelto, en el procedimiento legal, el objeto del proceso, en el que han participado acusaciones y defensas con su respectiva intervención legalmente prevista y ha dictado una resolución sobre el fondo debidamente motivada, por lo que no hay vulneración alguna al derecho que fundamenta la impugnación...”, y concluye el Tribunal Supremo afirmando que “...desde la perspectiva expuesta del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, el motivo debe ser desestimado toda vez que por la previsión normativa reguladora de la audiencia preliminar del art. 793.2 *la audiencia preliminar se abre «a instancias de parte» una vez que el Secretario haya delimitado, mediante la lectura de los escritos de calificación, el objeto del proceso*. No se trata de un momento procesal previsto en la ley en todo caso sino sólo en aquellos supuestos en los que a la parte le interesa que se abra un debate sobre las incidencias que la ley previene. *De no realizarlo así, la apertura de la audiencia preliminar no procede y se entra en la práctica de la prueba. No lo hizo así el recurrente y la denegación de la apertura, una vez iniciado el juicio oral con el interrogatorio del acusado, fue acordado conforme a las exigencias de la Ley procesal...*” (STS, Sala 2.^a, de 18 de julio de 2000. Pte. Martínez Arrieta). Las cursivas son nuestras.

del juicio oral, acentuando de esta manera los principios de concentración y oralidad ⁽³⁰⁾.

Establece el precepto citado que el Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas; pero tal prevención ha de ser matizada, como ya ha efectuado la jurisprudencia, en el sentido de que alguna de ellas, como se verá a continuación, pueden resolverse bien en ese momento, o bien diferir su decisión hasta el momento de dictar sentencia (SSTS 18/10/93, 27/06/1994, 23/12/1994, etcétera). En todo caso, de las cuestiones que se puedan plantear en esta audiencia preliminar se dará traslado y oirá al resto de partes, por su respectivo orden. En los supuestos en que no proceda diferir para sentencia la resolución de las cuestiones suscitadas en este turno de intervenciones, procederá su resolución, bien en el acto, de viva voz, y recogándose el acuerdo adoptado en acta, o bien, con suspensión de la vista, mediante el correspondiente auto. Contra esa decisión no procederá recurso autónomo alguno, sin perjuicio de que las partes puedan formular protesta, a efectos de hacer valer las cuestiones que les hayan sido denegadas, a través del recurso que proceda contra la sentencia (SSTS 30/11/1990, 14/06/1995, etcétera).

IV. FUNCIONES DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

En cuanto a las cuestiones que pueden plantearse en referida audiencia preliminar, siguiendo el precepto analizado, pueden resumirse del siguiente modo: a) vulneración de algún derecho fundamental; b) sobre competencia del órgano judicial; c) artículos de previo pronunciamiento; d) causas de suspensión del juicio; e) contenido y finalidad de las pruebas propuestas; f) proposición de pruebas para practicarlas en el acto.

1. Vulneración de algún derecho fundamental

En principio, dada la literalidad de los términos en que se expresa este ámbito de la audiencia preliminar, parece que es posible la alegación de la vulneración de cualquier derecho fundamental de los contemplados en los arts. 14 al 29 de la Constitución (CE), que se incluyen dentro del ámbito de la especial protección del recurso de amparo (art. 53.2 CE); ahora bien, la práctica enseña que las vulneraciones alegadas con mayor frecuencia son las relativas a la vulneración de los derechos contenidos en el art. 24 CE, así, entre otros: derecho a la no indefensión, derecho a ser informado de la acusación, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, derecho a asistencia letrada, derecho a un proceso público con todas las garantías, etcétera. En todo caso, nada impide

(30) Cfr. Sentencia Pleno TC, núm. 186/1990, de 15 de noviembre [FJ 4.º C].

la alegación de la vulneración de otros derechos fundamentales, pero como pone de relieve la doctrina, en parecer suscribible, "...no podrán alegarse con carácter previo la vulneración de la presunción de inocencia o de la tutela judicial efectiva, ya que el resultado de tales posibles vulneraciones sólo se podrá apreciar en la sentencia definitiva..."⁽³¹⁾, por lo que parece más adecuada su alegación en trámite de conclusiones definitivas y su defensa en los correspondientes informes. En todo caso, y en relación con el resto de derechos fundamentales, se suscita la cuestión acerca de si el trámite de la audiencia preliminar, ahora examinado, constituye un momento preclusivo, de modo que superado el mismo ya no proceda alegar posibles vulneraciones de derechos fundamentales. Al respecto, el Tribunal Supremo (TS) estima que no existe preclusión alguna para tal alegación; sin que a ello se oponga el contenido de los Autos de 18 de junio de 1992 (caso Naseiro), y de 18 de diciembre de 1992 (caso Filesa), que establecen tal trámite para la alegación y resolución por la vulneración de derechos fundamentales, ya que no lo hacen como algo preclusivo al posterior desarrollo del plenario, sino que indican tal oportunidad respecto a la fase de instrucción, como señala la Sentencia de 31 de mayo de 1994 (STS de 23 de diciembre de 1994, con cita de la STS de 18 de octubre de 1993), de modo que las vulneraciones de derechos fundamentales pueden hacerse valer no sólo en tal trámite, sino también en los recursos ordinarios o extraordinarios (casación) o en amparo constitucional.

En cuanto al momento procesal oportuno para resolver las alegaciones de vulneraciones de derechos fundamentales, válidamente efectuadas en la audiencia preliminar, con carácter general, considera el Tribunal Supremo que pueden ser resueltas, bien en la propia audiencia preliminar, o bien diferir el pronunciamiento, sobre tal cuestión, para sentencia (SSTS 31/05/1994, 23/12/1994, 7/04/1995, 27/09/1995, entre otras); y, aunque existe jurisprudencia contradictoria que exige que, en cumplimiento del art. 793.2 LECrim, se resuelva de forma inmediata, sin posibilidad de diferir su solución a sentencia (STS 6/03/1995), la más reciente orientación jurisprudencial insiste en que pueden resolverse tanto en la audiencia preliminar, como en la sentencia (STS de 3 de febrero de 1998. Pte.: Puerta Luis)⁽³²⁾. En todo caso, en el supuesto de que se

(31) PIQUE, RIFA, VALLS, SAURA, *El Proceso Penal práctico...*, op. cit., pág. 442 y ss.

(32) En similar sentido, se afirma que "...el artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, preceptúa que el Juez o Tribunal «resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas». Al expresar el Texto Legal que el Tribunal resolverá «lo procedente» ello no implica necesariamente una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada, posibilitando una demora de la misma, aplazando la solución de aquella cuestión, para el momento procesal de dictar sentencia, en donde efectivamente el

resuelvan al final de la audiencia preliminar, y se acuerde la continuación del juicio oral, el contenido de tal resolución se integra en el propio de la sentencia, sin que sea posible recurrir de forma autónoma la resolución adoptada al final de la audiencia preliminar, con independencia del recurso contra la sentencia ⁽³³⁾.

2. Competencia del órgano judicial

Parece poco comprensible que en esta fase del juicio oral se pueda suscitar lo relativo a la competencia del órgano judicial, cuando, ya en la fase de preparación del juicio oral, se exige que el Ministerio Fiscal, en su escrito de acusación, señale el órgano judicial que estima competente para enjuiciamiento (art. 790.5, párrafo primero LECrim), y el Juez de Instrucción, en el auto de apertura de juicio oral debe fijar el órgano judicial competente para el conocimiento y fallo de la causa (art. 790.6, párrafo cuarto LECrim), de modo que la doctrina,

Tribunal sentenciador de una manera prolija y detallada, explicita las razones de la desestimación del fondo de lo debatido, lo que sería más difícil de llevar a cabo en un acto previo al definitivo de la sentencia, dada la perentoriedad y precariedad del trámite. Mas ello, no puede significar una merma del derecho de defensa de los acusados, que sería lo esencial, para que pudiera estimarse la nulidad pretendida (...) Por otra parte, cuando se alega la vulneración de derechos fundamentales, al iniciarse la vista oral, existe una diferencia de criterio jurisprudencial al respecto. Así, inicialmente, el Auto de esta Sala de 18 de junio de 1992, venía a decir que la audiencia preliminar, tratando de evitar incidencias o problemas posteriores, debería propiciar la resolución inmediata y previa, sobre esas pretendidas infracciones. Posteriormente el Auto de 3 de febrero de 1993, de esta misma Sala, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1993, y la Sentencia de esta Sala de 7 de abril de 1995, declararon que el trámite del artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no es preclusivo, es decir, que la vulneración de los derechos fundamentales podría ser resuelta al iniciarse el juicio, o aplazarse tal decisión hasta el momento de dictarse sentencia, si existen para ello razones objetivas suficientes. Así se apunta una tercera orientación que admite ese estudio previo incluso antes del plenario, durante la instrucción...” (STS de 4 de febrero de 1997. Pte.: Moner Muñoz).

⁽³³⁾ De este modo, el Tribunal Supremo estima que “...cuando el legislador ha decidido en el procedimiento abreviado suprimir la tramitación y resolución separada de los artículos de previo pronunciamiento (arts. 666 y siguientes de la LECrim), y remitir dichas cuestiones al acto del juicio oral (art. 793.2.º), para que se resuelvan concentradamente, ello conlleva forzosamente la necesidad de considerar que la resolución de dichas cuestiones «está estructuralmente ensamblada en la que ha de ser la sentencia definitiva» (Auto del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 18 de octubre de 1997, causa especial núm. 840/1996, Caso Herri Batasuna), integrándose en la resolución final del juicio, y dando lugar, en consecuencia, a un único recurso de casación contra la sentencia, que engloba las cuestiones resueltas durante el juicio oral...” (STS de 11 de noviembre de 1997. Pte.: Conde-Pumpido Tourón). En similar sentido, y con expresa cita y transcripción parcial de la anterior STS, se pronuncia también la STS de 24 de marzo de 2000, del mismo ponente.

con fundamento en la posibilidad de inhibición por falta de competencia objetiva, tras practicar la prueba, que se menciona en el art. 790.7, párrafo tercero LECrim, en relación con el art. 793.8 LECrim, estima que en el trámite ahora analizado tan sólo será posible discutir lo relativo a la competencia objetiva⁽³⁴⁾. En cuanto al momento procesal adecuado para resolver las cuestiones relativas a la competencia del órgano judicial, planteadas en la audiencia preliminar, estima el TS que las mismas han de ser resueltas inexcusablemente al final de tal comparecencia (SSTS 31/05/1994 y 23/12/1994), bien de forma oral, documentándose en el acta que se levante, o bien, suspendiendo el acto, tras tramitar la cuestión planteada, y resolver posteriormente lo que proceda mediante auto fundado.

3. Artículos de previo pronunciamiento

El art. 666 LECrim incluye entre los denominados artículos de previo pronunciamiento, previstos para el procedimiento ordinario, en el cual se establece un cauce procedimental específico para su resolución, los siguientes: la declinatoria de jurisdicción, la cosa juzgada, la prescripción del delito, la amnistía o indulto y la falta de autorización administrativa previa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a las Leyes Especiales. Nótese que lo relativo a la competencia es objeto de especial mención por el propio art. 793.2 LECrim, y ya ha sido analizado separadamente; por tanto, cuando dicho precepto ahora se refiere a los artículos de previo pronunciamiento, han de estimarse incluidos los del art. 666 LECrim, con la excepción hecha de lo relativo a la competencia del órgano judicial. En cuanto a los efectos preclusivos o no de la audiencia preliminar, en relación con los artículos de previo pronunciamiento, es de ver que los mismos pueden reproducirse como medios de defensa en el juicio (art. 678 LECrim), conforme recuerda la jurisprudencia (STS 23/12/1994), por lo cual tal audiencia preliminar carece de efectos preclusivos en relación con los artículos de previo pronunciamiento.

En cuanto al momento adecuado para la resolución de tales artículos de previo pronunciamiento, formulados en la audiencia preliminar, estima el Tribunal Supremo que si bien "...el legislador expresa su voluntad de que las cuestiones sean resueltas en el mismo acto sin precisar si se debe dictar una resolución previa, que en forma de auto resuelva el incidente suscitado o bien que, en la misma sentencia, se aborden los puntos debatidos y se pueda resolver definitivamente el objeto del proceso y el contenido de la acusación, en sentido absolutorio o condenatorio. La referencia que algún sector de la doctrina hace a los artículos de previo pronunciamiento nos llevaría, de conformidad con lo

(34) PIQUE, RIFA, VALLS, SAURA, *El Proceso Penal práctico...*, op. cit., págs. 442 y ss.

dispuesto en los artículos 675 y 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la solución de elaborar un auto previo que pudiera llevar al sobreseimiento libre de la causa. La adopción de la fórmula del sobreseimiento tiene su justificación, en el procedimiento ordinario, en que todavía no se ha acordado la apertura del juicio oral, por lo que no es posible dictar una sentencia absolutoria. Por el contrario, en el procedimiento abreviado, ya se ha acordado la apertura del juicio oral y señalado un día y hora para la iniciación de sus sesiones y de hecho se comienza su celebración con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa, por lo que nos encontramos en una fase en la que *rige el principio de unidad de acto*, por lo que parece más lógico que todo el debate, tanto las cuestiones preliminares como el resultado de la prueba, en el caso de que llegue a practicarse alguna, debe ser resuelto mediante sentencia que ponga fin al acto de apertura del juicio oral...” (STS de 25 de enero de 1997. Pte.: Martín Pallín)⁽³⁵⁾.

4. Causas de suspensión del juicio

En relación con tales causas de suspensión, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 746 LECrim en que se establecen las causas de suspensión del juicio oral. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que “...no será causa de suspensión del juicio la falta de acreditación de la sanidad, de la tasación de daños o de la verificación de otra circunstancia de análoga significación, siempre que no sea requisito imprescindible para la calificación de los hechos. En tal caso, la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil quedará diferida al trámite de ejecución, fijándose en la sentencia las bases de la misma” (art. 793.4, párrafo segundo LECrim). Tales suspensiones suelen estar motivadas, sobre todo, por inasistencia de testigos, peritos, etcétera. Deberá también tenerse presente lo preceptuado en el art. 420 en relación con el 175.5.º, ambos de la LECrim, sobre sanción pecuniaria a los testigos, peritos, etcétera, que incomparezcan, así

(35) De modo que, “...cuando la cuestión planteada es la *prescripción*, es decir una cuestión referida a la subsistencia o extinción de la responsabilidad penal debatida en el proceso, el acta resulta un soporte inadecuado e insuficiente para fundar y documentar de manera exclusiva la decisión jurisdiccional, que no tiene un contenido meramente procesal sino material. Es cierto que el art. 793.2.º «in fine» dispone que el Tribunal resolverá «en el mismo acto» lo procedente sobre las cuestiones planteadas, pero nada impide que, adoptada la decisión adecuada y consignada en el acta —con los efectos procesales consecuentes— se fundamente adecuadamente dicha resolución en la sentencia definitiva, que es donde han de resolverse concentradamente las cuestiones atinentes a la responsabilidad penal de todos los acusados en el juicio, acordando en el fallo la absolución por extinción de la responsabilidad penal (Sentencias de 25 de enero y 14 de abril de 1997, entre otras)...” (STS de 11 de noviembre de 1997. Pte.: Conde-Pumpido Tourón). En similar sentido se pronuncia la STS de 8 de julio de 1997. Pte.: De Vega Ruiz.

como, en su caso, lo establecido en el art. 463 del Código Penal de 1995, en que se tipifica penalmente determinadas conductas que constituyen obstrucción a la Justicia, y parten de la falta de comparecencia ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal, de los citados en legal forma, con los demás requisitos allí expresados para la perfección de los tipos previstos. Evidentemente, la resolución de estas cuestiones ha de realizarse, preclusivamente, en el propio acto de la audiencia preliminar, previa audiencia a las partes, y la misma, con carácter general, se efectuará de viva voz, documentándose en acta lo que proceda. En ocasiones, en la práctica, y desde la perspectiva de la *diferenciación entre pertinencia y necesidad de la prueba* ⁽³⁶⁾, suele diferirse, por el órgano judicial, la

(36) Partiendo de que el derecho a la prueba no es ilimitado, la jurisprudencia ha elaborado la *distinción entre pertinencia y necesidad de la prueba*, en la búsqueda del necesario equilibrio entre el derecho de defensa y la necesidad de evitar entorpecimientos que bloqueen el juicio oral (RIVES SEVA, A.P., *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Aranzadi, 3.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 56 y ss.). Y así, se estima que *prueba pertinente* es aquella que sea oportuna y adecuada y pueda aportar un resultado útil al proceso, de modo que la pertinencia de las pruebas es la relación que las mismas guardan con la *ratio decisionis*, y por lo tanto, con el objeto del proceso (STS de 18 de diciembre de 1996). En cuanto a la pertinencia de la prueba, tiene reiterado el TS que exige un doble requisito: 1.º La relación que guarda con el tema que es objeto de juicio. 2.º Su capacidad o habilidad para formar la convicción del Tribunal sobre los hechos que han de servir de fundamento al fallo (por todas, STS de 30 de septiembre de 1998. Pte.: Granados Pérez). La pertinencia de la prueba, por tanto, *ha de concretarse en la admisión de la misma*, de modo que cuando el órgano judicial competente estime que una prueba es impertinente, debe rechazarla en tal momento procesal, evidentemente motivando de forma adecuada tal decisión. De otra parte, la *prueba necesaria* es aquella que resulta indispensable y forzosa para evitar la indefensión (PIQUE, RIFA, VALLS, SAURA, *El Proceso Penal práctico...*, op. cit., pág. 780 y ss.), y *se concreta en el momento de la práctica de la prueba*, es decir, en relación con el resultado de la prueba. De este modo, en la discriminación entre lo pertinente y lo necesario, en el ámbito de la prueba, es de advertir una gradual exigencia lógica, pues si pertinente es lo oportuno y adecuado, necesario es tanto como indispensable y forzoso, de suerte que no existe contradicción en que el Tribunal admita determinada prueba por juzgarla oportuna y luego, ante los obstáculos que presente su práctica, prescindir de ellas como innecesarias y lleve adelante el juicio sin acordar la suspensión que pudiera solicitarse por alguna de las partes, sin que ello pueda calificarse de indefensión ni de impedimento para utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa (RIVES SEVA, A.P., *La prueba en el Proceso Penal...*, op. cit., págs. 57 y ss., con cita, entre otras, de las SSTS de 23 de febrero de 1987, 2 de febrero de 1988, 8 de marzo de 1989, 10 de junio de 1989, 13 de junio de 1989, 8 de marzo de 1990, 3 de noviembre de 1995, 16 de diciembre de 1996 y 4 de junio de 1997). De modo que la trascendencia de la necesidad de la prueba tiene su punto álgido en el *momento de decidir sobre la suspensión o no del juicio* por inasistencia de testigos, peritos, etcétera, como ya se indicó, previamente admitidos como pertinentes, estimando la jurisprudencia

decisión sobre la posible suspensión o no del juicio por inasistencia de testigo, perito, etcétera, al resultado de la práctica del resto de prueba, y una vez ello se vuelve a suscitar la cuestión, dando nuevo traslado a las partes, y tras ello se resuelve lo procedente; debiéndose tener en cuenta que, caso de suspender el juicio una vez iniciada la práctica de la prueba, el art. 793.4 LECrim establece que, para que conserven su validez los actos realizados, deberá continuarse en el plazo máximo de treinta días; salvo que se produzca la sustitución del Juez o Tribunal, en cuyo caso los actos de prueba ya realizados no conservarán validez alguna.

5. Contenido y finalidad de las pruebas propuestas

Realmente es sorprendente esta previsión entre las posibles cuestiones a suscitar en la audiencia preliminar, pues qué duda cabe que el contenido y finalidad de las pruebas propuestas debió exponerse, en su caso, por las partes en el momento de la respectiva proposición de la prueba, y valorarse por el órgano judicial en el momento de resolver sobre las pruebas, al dictar el auto previsto en el art. 792 LECrim, al que ya nos hemos referido, pues es en dicho momento procesal en el que ha de valorarse la pertinencia o no de la prueba. Y en su caso, una vez practicadas las pruebas, es cuando las partes, en su informe, han de valorar el alcance y contenido de la prueba (art. 793.6, párrafo primero LECrim.), pero no antes de practicarla⁽³⁷⁾. Si bien, inicialmente, el Tribunal Supremo estimaba que el lugar adecuado para debatir y decidir sobre las prue-

que procederá denegar tal suspensión por no considerar necesaria la declaración o intervención de los incomparecidos, bien por su irrelevancia, bien por su redundancia, de modo que corresponde al órgano judicial decidir si considera o no la comparecencia de los testigos como necesaria a los efectos de suspender el juicio conforme a lo prevenido en el art. 746.3 LECrim (STS de 21 de marzo de 1995, y las que en ella se citan). En resumen, en materia de prueba, "...debe distinguirse entre prueba pertinente y prueba necesaria. La primera es la que tiene y guarda relación directa con el «tema decidendi», como objeto del proceso, mientras que la segunda es aquella que resulta imprescindible para formar la íntima convicción de los jueces, de tal forma que sólo la caprichosa e indebida denegación de la prueba pertinente cuando la proposición, o de la prueba necesaria cuando la práctica de la misma, puede propiciar en buena técnica jurídica el quebrantamiento de forma (...) La pertinencia guarda relación con el objeto del proceso si las pruebas son útiles, oportunas y convenientes. La necesidad es ya la prueba que, además de ser pertinente, resulta indispensable, forzosa y obligada en su práctica..." (STS de 16 de marzo de 1998. Pte.: De Vega Ruiz). Una síntesis de interés, sobre la pertinencia y la necesidad de la prueba, en relación con el art. 793.2 LECrim puede consultarse en sendos Autos de la Sala Segunda del TS de 19 de mayo de 2000, uno bajo la ponencia de Martínez Arrieta y otro bajo la ponencia de Puerta Luis.

(37) En similar sentido, PIQUE, RIFA, VALLS, SAURA, *El Proceso Penal práctico...*, op. cit., pág. 445.

bas ilícitas (cfr. art. 11.1 LOPJ) era, precisamente en el procedimiento abreviado, la audiencia preliminar⁽³⁸⁾, posteriormente ha rechazado la utilización de este cauce para declarar sin efecto o nulas determinadas pruebas⁽³⁹⁾.

Quizá la única razón de ser, dada la irrecurribilidad de las decisiones sobre denegación de prueba, podría encontrarse en que el órgano judicial reconsiderase su inicial decisión; pero, estimamos que tal interpretación supondría tanto como amparar un *fraude de ley*, proscrito en los arts. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 6.4 del Código Civil, pues por esta vía se estaría, en definitiva, en alguna medida frustrando la previsión de irrecurribilidad de la anterior decisión sobre denegación de pruebas; sobre todo si ahora, en la audiencia preliminar, se admitiese esas pruebas, y ello implicase la suspensión del acto del juicio para poder practicarlas. Cosa distinta es que se vuelvan a proponer pruebas denegadas, *pero para practicarlas en el acto, y sin que se genere suspensión alguna*, lo cual está previsto expresamente en la siguiente cuestión de las que son susceptibles de plantearse en la audiencia preliminar. En definitiva, lo que la audiencia preliminar pretende es depurar el procedimiento y evitar dilaciones innecesarias, y en modo alguno puede utilizarse este cauce, precisamente, para lo contrario, es decir, para dilatar el proceso. Estimamos, por tanto, que en una futura reforma del proceso penal abreviado debería valorarse, en su caso, la oportunidad de suprimir el inciso ahora comentado.

6. Proposición de pruebas para practicarlas en el acto

En la audiencia preliminar, finalmente, las partes pueden proponer pruebas; petición que puede extenderse a la reproducción de la petición de pruebas que le fueron denegadas en el auto en que se decidió acerca de la prueba (art. 792 LECrim), o bien tratarse de nuevas pruebas, no propuestas con anterioridad, así como la incorporación de los informes, certificaciones y demás documentos que las partes estimen oportunos (art. 792.1, párrafo segundo LECrim). Si bien, *el único límite a tales proposiciones de prueba, como ya hemos indicado, ha de encontrarse en que estén a disposición del órgano judicial y no impliquen la suspensión del juicio*, pues el inciso comentado se encarga de enfatizar que se

(38) Así se establecía en el famoso Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, dictado en el “Caso Naseiro”.

(39) De este modo, el Tribunal Supremo recientemente ha afirmado que “...cuando lo que se pretende es declarar sin efecto o la nulidad de determinadas pruebas por entender que se han obtenido con violación de derechos fundamentales (artículo 11.1 LOPJ), y ello consiste en una cuestión de mero hecho, es decir, atinente a la valoración de las pruebas en presencia, *no cabe el planteamiento previo de la cuestión, ni siquiera en el procedimiento abreviado a través del cauce establecido por el artículo 793.2 LECrim...*” (STS de 15 de abril de 2000. Pte.: Saavedra Ruiz). Las *cursivas* son nuestras.

trate de pruebas "...para practicarse en el acto". En todo caso, y sobre todo en relación con la prueba documental, se observa en la práctica cierta desorientación sobre cuál ha de ser el momento procesal oportuno para su proposición, si el de esta audiencia preliminar o bien el del trámite de la celebración de la prueba del juicio oral, en el momento de la documental, que se practica, ordinariamente, al final del resto de pruebas. Ante tal disyuntiva, estimamos que es obvio que *todas las pruebas a practicar en el acto del juicio oral, incluida la documental, han de ser propuestas, en el Procedimiento Abreviado, como momento preclusivo en la audiencia preliminar del art. 793.2 LECrim*, ahora examinado, sin perjuicio de lo establecido en el art. 729.2 LECrim, en relación con las pruebas no propuestas por las partes, y que el órgano judicial, en determinados y excepcionales supuestos, puede acordar practicar (*impulso probatorio*)⁽⁴⁰⁾.

Pues las pruebas anunciadas al inicio de las sesiones aún permiten a las demás partes un efectivo uso del derecho y principio de contradicción, ya que sobre las mismas pueden interrogar a acusados, testigos, peritos, etcétera, e incluso todavía y acto seguido de su proposición pueden proponer otras que las desvirtúen; en cambio, si se proponen inmediatamente antes del trámite de conclusiones, ya no se pueden someter a la prueba tan extemporáneamente

(40) El denominado por la jurisprudencia como *impulso probatorio* es distinto a la carga de la prueba; referido impulso probatorio tiene su origen en el art. 729.2 LECrim que establece que el Tribunal podrá practicar las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que "...considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación..."; se trata de "...practicar prueba sobre la prueba, sin afectar al principio de imparcialidad del Tribunal..." (PIQUE, RIFA, VALLS, SAURA, *El Proceso Penal práctico...*, op. cit., pág. 804, con cita de la STS de 1 de diciembre de 1993. Pte.: Montero Fernández Cid). En cambio, con esa misma fecha, es decir el 1 de diciembre de 1993, el TS dictó otra sentencia, de la que fue ponente Moyna Ménguez, rechazando la aplicación del art. 792.2 LECrim por estimar que esa prueba se produce con violación de derechos fundamentales y por tanto es sancionable con la privación de efectos que impone el art. 11.1 LOPJ, pues "...al ser aportada de oficio, pone en entredicho los principios acusatorios, de imparcialidad y de proscripción de toda indefensión...", cuestionándose, incluso, la constitucionalidad de referido precepto; posteriormente la STS de 23 de septiembre de 1995. Pte.: Montero Fernández Cid, analiza las dos sentencias de 1 de diciembre de 1993, comentadas, y estima "...que no son contradictorias como alguna vez se ha pretendido ver por la doctrina de modo apresurado, sino complementarias..."; pero, una posterior sentencia, retoma la validez de tal impulso probatorio (STS de 4 de noviembre de 1996); todas ellas son analizadas en RIVES SEVA, A. P., *La prueba en el Proceso Penal...*, op. cit., pág. 52 y ss. Referida cuestión y jurisprudencia es también analizada en GISBERT GISBERT, A., "El artículo 729.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Reflexiones suscitadas por algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo)", *Revista del Poder Judicial*, n.º 46, Madrid, 1997, pág. 395 y ss.

incorporada más que a contradicción dialéctica, pero no a la efectiva y real contradicción que vendría de la mano del interrogatorio de los acusados, testigos, peritos al respecto o de otra prueba también *in extremis* de signo contrario, o que causa así a la parte que no la propuso verdadera y material indefensión. De modo que tal prueba documental tiene que proponerse o aportarse, bien en el momento de formular el escrito de acusación o de defensa, bien en el turno preliminar de intervenciones previsto en el art. 793.2 LECrim (STS de 29 de septiembre de 1998. Pte.: García-Calvo Montiel)⁽⁴¹⁾.

Por tanto, el momento preclusivo con carácter general, para proponer cualquier clase de prueba, dentro del Procedimiento Abreviado, ha de situarse en el acto de la audiencia preliminar o turno de intervenciones previsto en el art. 793.2 LECrim, con el único límite de que únicamente pueden proponerse aquellas pruebas que puedan practicarse en el acto, y por tanto, tal petición no puede generar la suspensión del juicio para posibilitar la práctica de lo interesado; hasta el extremo de que, en caso de no poder practicarse en el acto, tales pruebas han de rechazarse (STS de 19 de octubre de 1998. Pte.: Granados Pérez; en similar sentido, la STS 29/9/1998, ya citada)⁽⁴²⁾. Cuestión que nos lleva a la consideración de si existe la posibilidad de proponer pruebas en el intervalo de tiempo existente entre la presentación del escrito de acusación o de defensa y la celebración de la audiencia preliminar, o bien si han de estimarse como únicos momentos de proposición de prueba los dos indicados. Tema que nos abre el camino a la consideración de algunas disfunciones de la audiencia preliminar.

V. ALGUNAS DISFUNCIONES DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Como ya hemos indicado, la audiencia o debate preliminar, previsto en el art. 793.2 LECrim, inspirado en los sistemas procesales de países próximos a

(41) Pues "...su admisión cuando ya ha terminado el período probatorio, ha impedido a la parte contraria la posibilidad de utilizar prueba tendente a desvirtuar lo que tales documentos pudieran haber tenido de contenido favorable a las tesis de quien los quería presentar por lo que, en definitiva, se produjo una indefensión real para una determinada parte con clara violación del principio de igualdad de armas..." (STS de 29 de septiembre de 1998. Pte.: García-Calvo Montiel).

(42) A pesar de esta contundente y reiterada línea jurisprudencial, en el sentido de rechazar la proposición de pruebas en la audiencia preliminar que determinen la suspensión del juicio oral, no es infrecuente, en la práctica de nuestros Juzgados y Tribunales, que en dicha audiencia preliminar se admitan pruebas que no puedan practicarse en el acto, y por tanto determinen inexorablemente la suspensión del acto del juicio oral, en clara vulneración de la letra, finalidad y fundamento de la propia audiencia preliminar del art. 793.2 LECrim, que expresamente indica en ese inciso que ha de tratarse de pruebas "...para practicarse en el acto...".

nuestra cultura jurídica, responde a los principios de concentración y oralidad, y pretende acumular en este incidente previo una serie de cuestiones que en el proceso ordinario por delito da lugar a incidencias sucesivas, que dilatan el proceso ⁽⁴³⁾; de modo que el indicado trámite pretende, dentro del Procedimiento Abreviado, aligerar el proceso, respondiendo al principio de celeridad, sin merma de la tutela de los demás principios implicados en el proceso penal. Ahora bien, su inserción en el Procedimiento Abreviado, además de cumplir los fines ya analizados, origina determinadas disfunciones, algunas de las cuales merecen ser consideradas.

1. ¿Es posible la proposición de pruebas entre el trámite de calificación provisional y la celebración de la audiencia preliminar?

Así, a menudo, suele suscitarse la *cuestión relativa a si es posible proponer pruebas en el espacio existente entre la presentación del escrito de acusación o defensa y la audiencia preliminar, o bien esos son los dos únicos momentos en que se puede efectuar tal actividad procesal*. La práctica nos hace observar que es habitual la presentación de escritos por las partes en dicho *lapsus* de tiempo proponiendo pruebas, sobre todo en aquellos casos en que media un gran intervalo temporal entre el momento de calificación provisional de la causa y el de celebración del juicio oral ⁽⁴⁴⁾; ante tales escritos las respuestas de los órganos jurisdiccionales suelen ser dispares. Nosotros estimamos que no existe impedimento alguno para que tales peticiones sean analizadas y decididas por el órgano judicial competente para el enjuiciamiento, en dicho intervalo de tiempo, pues no existe norma que lo impida expresamente, es decir que señale esos dos únicos momentos como los procesalmente determinados para formular tal petición de prueba, y además, de existir alguna norma, la misma, aunque relativa tan sólo a determinada prueba documental, admite implícitamente tal práctica;

⁽⁴³⁾ Cfr. V.C) c) de la *Circular FGF 1/1989, de 8 de marzo, del Procedimiento Abreviado*.

⁽⁴⁴⁾ Quizá deberían también adoptarse las necesarias medidas para ajustar la Demarcación y Planta Judicial a la realidad de las actuales cargas de trabajo existentes en la Justicia Penal, sobre todo en lo que a Juzgados de lo Penal se refiere, que han asumido un importante nivel de competencias, tras la modificación del art. 14.3 LECrim, mediante la *Ley 36/1998, de 10 de noviembre, que modifica el art. 14.3 y 14.1 LECrim* (BOE 11/11/1998), ya citada (cfr. nota 18), a fin de evitar esos indeseados retrasos en la celebración del juicio oral, que en la mayoría de las ocasiones responden tan solo a la sobrecarga de trabajo que pende sobre determinados órganos jurisdiccionales. En el sentido de dar respuesta a este problema, entre otros, parece inclinarse la *Ley 37/1999, de 28 de octubre, por la que se modifica la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial* (BOE de 29 de octubre de 1999), que posibilita la creación de nuevos Juzgados de lo Penal en circunscripciones distintas a la provincia.

y así, el art. 792.1, párrafo segundo LECrim viene a establecer que hasta el momento del inicio del juicio pueden incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez o Tribunal admitan ⁽⁴⁵⁾.

Aunque, posteriormente, el propio Tribunal Supremo ha matizado este criterio, adoptando otro más amplio y flexible, al afirmar en la STS de 6 de junio de 2000. (Pte.: Ramos Cancedo [EDE 2000/14603]), que “...no obstante, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en concreto, de su STC de 30 de septiembre de 1987, en la que se proclamaba que el régimen legal que articula un determinado período de prueba dentro del proceso debe entenderse acomodado a las exigencias constitucionales, ha progresado la doctrina según la cual la posibilidad de proponer prueba en el proceso penal ha de entenderse ampliada hasta el mismo acto del juicio oral —como expresamente permite el art. 793.2 LECrim para el procedimiento abreviado— siempre que ello esté razonablemente justificado, no suponga un fraude procesal, y no constituya un obstáculo al principio de contradicción (véanse SSTS de 13 de diciembre de 1996 y 13 de octubre de 1999)...”.

2. ¿Es posible plantear al órgano judicial alguna de las cuestiones objeto de la audiencia preliminar con anterioridad a la misma?

Relacionado con lo que antecede, se presenta la *cuestión relativa a si es posible plantear al órgano judicial competente para enjuiciamiento las cuestiones que han de ventilarse en la audiencia preliminar, distinta a la ya tratada, con anterioridad al momento de la misma, y si pueden ser decididas con anterioridad a tal momento procesal, previos los trámites pertinentes, sobre todo, lo relativo a nulidad de actuaciones por vulneración de algún derecho fundamen-*

(45) En contra, inicialmente, se había pronunciado la Sala Segunda del TS, que estima que, para las partes, en “...el procedimiento abreviado, la fase en la que procede la proposición de prueba, queda circunscrita precisamente a los escritos de calificación provisional y al momento de la audiencia preliminar, no siendo procedente la proposición de pruebas fuera de estos dos momentos por la naturaleza preclusiva que tiene la fase de proposición de prueba...”, y la “...única excepción que prevé la ley, es precisamente, en favor del Tribunal sentenciador, en los términos previstos en el art. 729...” (STS de 24 de marzo de 1999. Pte.: Sr. Giménez García). Pero este criterio ha sido superado y modificado recientemente por el propio Tribunal Supremo (cfr. STS de 6 de junio de 2000 Pte.: Ramos Cancedo y las que en ella se citan; jurisprudencia que se reseña a continuación, en el texto principal).

tal ⁽⁴⁶⁾, lo relativo a falta de competencia objetiva, a las demás cuestiones de previo pronunciamiento, como la prescripción, la cosa juzgada, el indulto, etcétera. Aquí la respuesta, *de lege lata*, ha de ser distinta a la aportada en el anterior caso, de modo que dados los términos en que se encuentra regulada la audiencia preliminar, las cuestiones que han de ser objeto de la misma, excepto lo relativo a la proposición de prueba conforme ya se expuso, han de ser tratadas en indicado trámite, y resueltas bien al final del mismo, o bien en sentencia, según la cuestión de que se trate, como se pudo observar al exponer el detalle de las mismas; conclusión a la que se llega desde la propia configuración de la audiencia preliminar, como trámite específico del Procedimiento Abreviado, no extensible al procedimiento ordinario por delitos (STS de 7 de junio de 1997. Pte.: Martín Pallín), pero tampoco es posible exportar el modelo de tramitación de las cuestiones de previo pronunciamiento existente en el procedimiento ordinario (arts. 666 y ss. LECrim) al procedimiento abreviado, dado que en éste existe una tramitación específica para tales cuestiones y otras más (las descritas en el art. 793.2 LECrim, ya analizado), y tal específica regulación para el Procedimiento Abreviado es de aplicación preferente a dicho procedimiento, en el que sólo pueden aplicarse las normas generales en defecto de específica regulación (art. 780, párrafo primero, LECrim) ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Sin perjuicio de la posibilidad de plantear, el propio órgano jurisdiccional, tales cuestiones de oficio, conforme autoriza el art. 240.2 LOPJ —modificado por la LO 5/1997, de 4 de diciembre (BOE 5/12/1997), y que no se ha visto afectado por la posterior reforma del art. 240 mediante LO 13/1999, de 14 de mayo (BOE 15/05/1999), que tan sólo afecta a los apartados 3 y 4 del citado art. 240 LOPJ—, por cuanto aún no existe sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso, y por tanto es posible suscitar de oficio la posible nulidad de alguna o todas las actuaciones judiciales (arts. 238 y ss. LOPJ). También las partes pueden plantear, por el cauce del art. 240.2 LOPJ, con los mismos límites temporales ya expresados, la nulidad de alguna o todas las actuaciones judiciales, pues tras la LO 5/1997, de 4 de diciembre, ya citada, expresamente se reconoce tal posibilidad, al incluirse en el art. 240.2 LOPJ la expresión “...a instancia de parte...”, junto a la ya existente facultad de suscitar tal cuestión de oficio. Cuestión distinta son los efectos de tal nulidad, pues deberá tenerse en cuenta que cuando las cuestiones procesales tildadas de nulidad afectan a la fase de instrucción penal, el TC ha insistido que en “...el proceso penal no rige la teoría de la nulidad de actuaciones, sino la de prohibición de la prueba obtenida mediante violación de los derechos fundamentales...” (SSTC 41/1998 y 81/1998, entre otras).

⁽⁴⁷⁾ Aunque existe jurisprudencia que admite el estudio previo de algunas de las cuestiones objeto de la audiencia preliminar, “...incluso antes del plenario, durante la instrucción...”, así, p. ej., en relación con la vulneración de derechos fundamentales admite tal posibilidad la STS de 4 de febrero de 1997. (Pte.: Moner Muñoz).

Este encorsetamiento del trámite ⁽⁴⁸⁾ está generando en la práctica, en ocasiones, el efecto contrario al deseado, toda vez que no es infrecuente que sea preciso esperar a la audiencia preliminar para resolver cuestiones que quizá pudieron ser resueltas en el lapsus existente desde la recepción de las actuaciones en el órgano judicial competente para enjuiciamiento y la fecha de inicio del juicio oral, evitando así las molestias del desplazamiento de las partes, testigos, peritos, etcétera, para luego tener que suspender el juicio, tras la celebración de la audiencia preliminar, al estimarse alguna o algunas de las cuestiones que exigen respuesta al final del propio debate preliminar y determinan tal suspensión; produciéndose, por tanto, dilaciones, que la inicial configuración de tal trámite pretendían evitar. Tal es el estado de la cuestión que el prelegislador ha sido sensible al mismo, de modo que recientemente, en la *Proposición no de Ley sobre medidas para afrontar la reforma de la Justicia, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU)*, se aborda tal cuestión y se insta a la “...incorporación, en el procedimiento abreviado, de un tratamiento similar al de los artículos de previo pronunciamiento en el ordinario, para resolver las cuestiones previstas con objeto de evitar la formulación intempestiva de dichas cuestiones al inicio del juicio oral...” ⁽⁴⁹⁾.

3. ¿Cómo evitar que en la audiencia preliminar se presenten abrumadoras cantidades de documentos?

Otra de las disfunciones de la audiencia preliminar, observadas en la práctica, viene constituida por la *presentación de proposición de prueba documental en grandes cantidades*, que desborda lo razonablemente humano para poder

(48) Aunque, como ya hemos afirmado, tales conclusiones lo son sin perjuicio de que algunas de las cuestiones que son posible objeto de dicho trámite, y por tanto susceptibles de ser suscitadas por las partes en dicha audiencia preliminar, también pueden ser planteadas de oficio, por el propio Juez o Tribunal, al tratarse de cuestiones de orden público, así, p.ej., lo relativo a la declinatoria de jurisdicción (cfr. art. 9.6 LOPJ y art. 8 LECrim, en relación con el art. 666.1.ª y con el 793.2 LECrim), lo relativo a la competencia objetiva del órgano judicial (art. 793.2 y art. 25 LECrim, y concordantes), o lo referido a la prescripción del delito (art. 793.2 en relación con el art. 666.3.ª LECrim), que conforme tiene dicho la jurisprudencia puede ser declarada de oficio en cualquier estado del procedimiento (SSTS 28/01/1982, 05/01/1988, 02/12/1989, 04/12/1992 y 12/05/1993, entre otras).

(49) BOCCGG, Congreso de los Diputados, serie D: General, núm. 343, de 17 de noviembre de 1998, págs. 14 y 16. Referida Proposición no de ley fue discutida y aprobada, con la introducción de algunos textos transaccionales, en la Sesión Plenaria del día 16 de febrero de 1999, por 298 votos a favor de los 299 votos emitidos (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 1999, núm. 212, págs. 11377 y ss.).

analizarla en tan breve *lapsus* de tiempo; y además muchos de los documentos aportados estaban ya al alcance de la parte al momento de la presentación de los correspondientes escritos de acusación o defensa (calificación provisional de la causa). Situación que de admitirse y ordenar la continuación del juicio, tras la decisión favorable a la admisión de tal prueba documental, puede llegar a originar indefensión en las restantes partes. Para evitar tal resultado, suele ser también práctica frecuente por los órganos judiciales, en esos supuestos, la de acordar la suspensión del juicio por el tiempo necesario para que las demás partes examinen tal abrumadora prueba documental y puedan contrarrestarla o incluso, a la vista de la misma, proponer otras pruebas; evidentemente tal es la solución que mejor se armoniza con el principio de no indefensión; pero, por otra parte, se desnaturaliza la finalidad de la audiencia preliminar, la cual incluso produce efectos indeseados en orden al principio de celeridad, pues genera dilaciones que hubieran podido evitarse si la misma estuviera regulada de otra forma. De este modo, se hace preciso, a fin de evitar estos resultados perversos, establecer *de lege ferenda* que en tal audiencia preliminar tan sólo podrán proponerse las pruebas que no pudieron haberse propuesto en el respectivo escrito de calificación provisional, y que, en su caso, si la parte quiere proponer alguna otra con posterioridad, pueda y deba hacerlo con anterioridad a tal audiencia preliminar, y antelación suficiente para poder acordar lo necesario, en su caso, para posibilitar su práctica, siempre que acredite, *prima facie*, la imposibilidad de su proposición en el correspondiente escrito de acusación o defensa, o bien que se debe a hechos desconocidos en tal momento procesal.

4. ¿Es posible modificar las conclusiones provisionales en la audiencia preliminar?

También es apreciable la disfunción de la audiencia preliminar consistente en su utilización para modificar, con carácter previo, las conclusiones provisionales efectuadas por las acusaciones, para finalidades distintas a la consecución de una conformidad con el acusado, que, en principio, es la única posibilidad legalmente prevista para posibilitar tal modificación en los escritos de acusación (art. 793.3 LECrim). Y es que, en ocasiones, incluso se ha utilizado ese trámite, por el Ministerio Fiscal, para modificar el escrito de acusación y acomodar las peticiones punitivas a los límites mínimos que permiten la celebración del juicio en ausencia, para así poder llevar a cabo el mismo; práctica que ha sido expresamente rechazada por el Tribunal Supremo, que estima que "...debe llamarse la atención sobre lo rechazable del mecanismo utilizado en el trámite de la audiencia preliminar de modificar la pena el Ministerio Fiscal a los exclusivos fines de acomodarla al límite del año que permite la ley para la realización de la vista en ausencia del condenado (*sic*, parece querer decir acusado). Es claro que este límite debe encontrarse en el escrito de conclusiones provisionales, y que sin dejar de reconocer que en el trámite de la audiencia

preliminar se pueden modificar las conclusiones, ello lo es exclusivamente en los términos del párrafo 3.º del artículo 793, es decir, en caso de lograrse una conformidad con la defensa y estando presente el acusado...” (STS de 2 de octubre de 1998. Pte.: Giménez García).

Esta línea jurisprudencial ha sido recientemente confirmada por el Tribunal Supremo que estima que no es jurídicamente correcto que las acusaciones modifiquen, antes de la celebración del juicio oral, la calificación para situarse artificialmente en la banda permitida para la celebración del juicio en ausencia. El TS llama la atención sobre lo rechazable del mecanismo utilizado para posibilitar la celebración del juicio en ausencia, pues se trataba de un supuesto en que el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación había solicitado pena para el acusado que no permitía la celebración del juicio en ausencia, y ante la ausencia del mismo al juicio oral, modificó, antes de la celebración del juicio oral, la calificación solicitando pena que sí permitía la celebración del juicio en ausencia, de modo que el TS estima que tal proceder implica *una vulneración de las formalidades esenciales del juicio que lleva aparejada indefensión y constituye un verdadero fraude de ley, que provoca la nulidad radical del juicio celebrado sin la presencia del acusado*, pues cuando fue citado el mismo la pena que se le solicitaba no permitía la celebración del juicio en ausencia, de modo que el afectado puede no comparecer en la confianza legítima de que no se le condenará en ausencia y de que no perderá la oportunidad de defenderse y de disponer de una prueba de descargo, como puede ser su propia declaración exculpatoria, y asimismo de poder contradecir los testimonios inculpatorios o de cargo, e incluso de utilizar el derecho a la última palabra (STS [Sala 2.ª] de 8 de marzo de 2000. Pte. Martín Pallín)⁽⁵⁰⁾.

(50) Una de las muchas cuestiones que ha suscitado la regulación del procedimiento penal abreviado ha sido la relativa a la implantación del mal llamado “recurso” de anulación, escasamente regulado en el art. 797.2 LECrim, que tiene su razón de ser en la posibilidad de celebración del *juicio en ausencia del acusado* cuando la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años, y se cumplan los demás requisitos previstos en el art. 793.1.II en relación con el 789.4 LECrim. La parca regulación de indicado *remedio procesal* produjo bastantes dudas tanto en la doctrina como en la práctica; una de ellas ha sido sobre si era posible contra sentencias de Audiencias Provinciales o sólo procedía contra sentencias de los Juzgados de lo Penal; duda que traslada el problema a la posibilidad o no de celebrar juicio en ausencia ante las Audiencias Provinciales. Recientemente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre tales cuestiones y, así, en la STS (Sala 2.ª) de 8 de marzo de 2000 (pte.: Martín Pallín), citada, se abordan las mismas, ante un recurso de anulación contra una sentencia de la Audiencia Provincial (Sec. 6.ª) de Madrid,

VI. CONCLUSIONES

El estudio y consideración de las funciones y disfunciones de la audiencia preliminar en el procedimiento penal abreviado, prevista en el art. 793.2 LE-Crim, efectuado desde la perspectiva de su aplicación práctica, así como a la luz de la jurisprudencia emanada en torno a tal institución, y de la doctrina producida sobre la misma, nos conduce a formular las siguientes *conclusiones*:

PRIMERA.—En la futura e hipotética reforma global del proceso penal (*futura Ley de Enjuiciamiento Criminal*), si se mantiene un proceso similar al actual procedimiento penal abreviado, parece prudente inclinarse por el mantenimiento de la audiencia preliminar o turno de intervenciones, pues, en líneas generales y sin perjuicio de su necesario perfeccionamiento, contribuye a las finalidades previstas de servir de cauce para el control de legalidad y vehículo para la depuración del procedimiento, respondiendo, en menor medida —dadas las actuales disfunciones—, al principio de celeridad, sin merma de la tutela de los demás principios implicados en el proceso penal.

SEGUNDA.—Ahora bien, advertidas determinadas disfunciones en su utilización, se hace preciso perfeccionar su regulación, sin que para ello sea necesario esperar a esa futura e hipotética reforma global del proceso penal, a fin de obtener una mayor eficacia de tal institución, atendiendo a su finalidad y demás derechos y expectativas presentes en el proceso penal; así, se estima que deberán retocarse, al menos, los siguientes aspectos:

admitiendo la Sala 2.^a TS su competencia para conocer del mismo, dada su similitud con el recurso de revisión. Pero, al mismo tiempo, el TS llama la atención sobre lo rechazable del mecanismo utilizado para posibilitar la celebración del juicio en ausencia, pues se trataba de un supuesto en que el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación había solicitado pena de 18 meses de prisión para el acusado, y ante la ausencia del mismo al juicio oral, modificó, antes de la celebración del juicio oral, la calificación para situarse en la banda permitida para celebración del juicio en ausencia, de modo que el TS estima que tal proceder implica una vulneración de las formalidades esenciales del juicio que lleva aparejada indefensión y constituye un verdadero fraude de ley, que provoca la nulidad radical del juicio celebrado sin la presencia del acusado: en similar sentido se había pronunciado la STS (Sala 2.^a) de 2 de octubre de 1998 (pte. Giménez García), como ya hemos indicado. En la STS (Sala 2.^a) de 8 de marzo de 2000, comentada, también se da respuesta a otra cuestión que no aparece prevista en la regulación del “recurso” de anulación, cual es la necesidad de que el nuevo juicio, una vez rescindida la sentencia recurrida, sea celebrado por el órgano judicial *a quo*, pero por Magistrados distintos de los que dictaron la sentencia recurrida, para de este modo preservar el principio de imparcialidad objetiva. Referida sentencia tiene como base el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para unificación de doctrina (art. 264 LOPJ) de fecha 25 de febrero de 2000, y ha encontrado posterior acogida también en las SSTS de 6 de abril de 2000, de 12 de mayo de 2000 (Pte. Moner Muñoz [EDE 2000/8652]), de 11 de octubre de 2000 y de 27 de octubre de 2000 (Pte.: García Ancos [EDE 2000/32670]).

A) *Suprimir* el inciso relativo al “...contenido y finalidad de las pruebas propuestas...”, como posible objeto del turno de intervenciones o audiencia preliminar. Su mantenimiento tan sólo crea distorsiones innecesarias, como ya se ha expuesto.

B) *Regular* con una mayor precisión lo relativo a la *proposición de pruebas, en momento distinto al de la calificación provisional de la causa, para practicar en el acto del juicio oral*, de modo que: 1.º) Se hace necesario que la norma especifique que tan sólo se admitirán las pruebas que hubieren sido indebidamente denegadas en el momento de decisión sobre su admisión y que, en ningún caso, la admisión de indicadas pruebas, por sí solas, pueda determinar la suspensión del acto; y, 2.º) excepcionalmente se podrán admitir nuevas pruebas, no propuestas en su momento, siempre que se acredite, *prima facie*, la imposibilidad de su proposición en el correspondiente escrito de acusación o defensa, o bien que se debe a hechos desconocidos en tal momento procesal; en este supuesto excepcional se deberá exigir la proposición de las nuevas pruebas con anterioridad a la audiencia preliminar, y antelación suficiente para acordar lo necesario, en su caso, para su práctica, a fin de evitar la suspensión del juicio oral; previéndose, incluso, conceder a las demás partes la posibilidad de proponer nuevas pruebas, en relación con las propuestas por la parte que tomó tal iniciativa; y en relación con estas nuevas pruebas, con independencia de qué parte las proponga, solo muy excepcionalmente su admisión podría dar lugar a la suspensión del juicio oral, por el tiempo necesario para posibilitar su práctica. En definitiva, con estos mecanismos correctores se trata de *evitar que las partes “se reserven” pruebas* para proponer en el momento de la audiencia preliminar, dando lugar a posibles indefensiones en las demás partes, o a maniobras dilatorias o que impliquen mala fe procesal, debiendo establecerse mecanismos para evitar tales prácticas, así, p. ej., mediante la concesión al órgano judicial de la facultad de imponer *multas disuasorias* a las partes en tales casos.

C) *Matizar a qué clase de competencia* se refiere el inciso correspondiente, como posible cuestión a abordar en la audiencia preliminar, limitando la misma tan solo a la *competencia objetiva*, por las razones ya expuestas. Las demás cuestiones en relación con el resto de clases de competencia —territorial y funcional— han de llegar resueltas al momento procesal en que se celebre la audiencia preliminar; pues no entenderlo así llevará a introducir grandes dosis de indeseada inseguridad jurídica.

D) *Clarificar los efectos preclusivos o no del momento procesal* en que se desarrolla la audiencia preliminar, en atención al planteamiento de cada una de las posibles cuestiones que se suscitan o pueden suscitarse en la misma. No todas ellas necesariamente han de tener el mismo tratamiento procesal, como ya se ha expuesto.

E) *Establecer, con claridad, el momento procesal, la forma, efectos y régimen de recursos de la resolución de las cuestiones objeto de la audiencia preliminar.*

F) *Determinar legalmente si en el intervalo existente entre la calificación provisional de la causa y la celebración de la audiencia preliminar es posible o no plantear alguna, algunas o todas las cuestiones objeto de dicha audiencia preliminar. Y caso de estimarse posible, establecer con claridad qué trámite debe darse a las mismas: ¿Se tramitarán en el momento en que son planteadas, en trámite escrito?, o ¿será necesario esperar a la audiencia preliminar? Y también establecer cuál ha de ser el momento procesal oportuno para su resolución. En todo caso, deberá tenerse en cuenta que no necesariamente todas las cuestiones objeto de la audiencia preliminar han de tener el mismo tratamiento procesal a estos efectos.*

G) *Mantener la necesidad de que el turno de intervenciones o audiencia preliminar se produzca a instancia de las partes, aspecto que nos parece acertado, pues es a ellas, en principio, a las que incumbe utilizar los remedios procesales que el ordenamiento le ofrece. Sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional pueda recordar a las partes que tiene tal posibilidad legal, pero sin que dicho recordatorio pueda ser configurado con carácter necesario, pues las partes, en el procedimiento penal abreviado, comparecen ante el órgano judicial debidamente asistidas de profesionales en Derecho, que tienen por obligación conocer el mismo.*

TERCERA.—En otro orden de cosas, pero relacionado con la finalidad y fundamento de la audiencia preliminar, se echa en falta, en el procedimiento abreviado, la existencia de un trámite inicial ante el órgano judicial competente para el enjuiciamiento, a practicar en el mismo momento de la recepción de las actuaciones procedentes del órgano judicial instructor, y con carácter previo al dictado del auto del art. 792 LECrim —sobre admisión de pruebas y señalamiento del juicio oral—, que *tuviera por finalidad el análisis de las actuaciones en orden a verificar la regular constitución de la relación jurídico procesal*, de modo que si se advirtiesen anomalías procesales —falta de emplazamiento a partes que debieron serlo, falta de ofrecimiento de acciones, falta de acreditación de representación procesal, etcétera—, se adoptará por el órgano judicial competente para el enjuiciamiento lo necesario, bien para subsanar tales defectos procesales (arts. 243 y 11.3 LOPJ), acordando, incluso, la devolución de las actuaciones al órgano judicial instructor, para que, por ser de su competencia —por ser actuaciones propias de la fase intermedia o de preparación del juicio oral, o de la fase de diligencias previas—, proceda a tal subsanación, o bien, incluso, a través del cauce del art. 240.2 LOPJ, se pudiera acordar sobre la posible nulidad de actuaciones judiciales, cuando no procediera tal subsanación, con devolución o no de las actuaciones al órgano judicial instructor, según

los casos ⁽⁵¹⁾. Este trámite inicial, que se reclama sea regulado expresamente, y que podría denominarse *trámite de admisión*, serviría para depurar el proceso de posibles anomalías procesales, permitiendo que llegasen al momento de la celebración del juicio oral con menos posibilidades de suscitar cuestiones que puedan dar lugar a dilaciones indeseadas. Dicho trámite de admisión se produciría por escrito, teniendo *carácter eventual, y siendo tan solo posible ser suscitado, de oficio, por el propio órgano judicial competente para el enjuiciamiento*, al cual se le exigiría un previo análisis de las actuaciones, y *sólo tendría por objeto lo relativo a la regular constitución de la relación jurídico procesal*, sin entrar en otras cuestiones, propias de la audiencia preliminar, de modo que fuera compatible con la misma. En definitiva, se trataría de armonizar los principios de celeridad y de pureza del procedimiento.

(51) Sobre la práctica, en la actualidad, de esta que hemos denominado en otras ocasiones como *mini-fase de admisión*, cfr. LAMO RUBIO, J. de, *El Procedimiento Abreviado...*, op. cit., págs. 95 y ss.

MULTICULTURALISMO Y TUTELA PENAL: A PROPÓSITO DE LA PROBLEMÁTICA SOBRE MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

MYRIAM HERRERA MORENO

Universidad Hispalense

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS.
- III. ASPECTOS VICTIMOLÓGICOS.
- IV. DISTRIBUCIÓN GEOGRÁFICA.
- V. ETIOLOGÍA DE LA *MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA*.
- VI. ASPECTOS NORMATIVOS.
 1. **Declaraciones internacionales en la lucha contra la *mutilación genital femenina*.**
 2. **La *mutilación genital femenina* en los países de origen.**
 3. **La *mutilación genital femenina* en los países receptores de inmigrantes.**
- VII. LA *MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA* EN EL DEBATE ESPAÑOL.
 1. **Multiculturalismo y sistema penal: acerca del llamado *mito* de la multiculturalidad.**
 2. **El problema de la disparidad en la valoración del bien jurídico *salud e integridad*.**

3. **La criminalización de la *mutilación genital femenina* y el principio de necesidad de intervención penal: acerca del llamado mito de la inutilidad del Derecho penal.**
4. **Supuestos de perpetración extraterritorial: las dificultades de aplicación del Derecho penal.**
5. **La *mutilación genital femenina* y el derecho de asilo.**

VIII. VALORACIÓN FINAL.

I. PLANTEAMIENTO

Es la inmigración un fenómeno que convierte a las sociedades occidentales en un inmenso mosaico étnico, lingüístico y religioso. Como bien argumenta *De Lucas*⁽¹⁾, al filo del debate que aquí se aborda, la *multiculturalidad* no es una entelequia que, sometida a la controversia doctrinal, haya de resolverse ganando aprobación o refrendo a partir del aporte de argumentos conceptuales: el llamado *elemento multicultural* es un ingrediente real, un modo fáctico de proyectarse la sociedad contemporánea, que requiere respuestas concretas a problemas humanos específicos⁽²⁾. Soluciones políticas y normativas, por lo tanto, que reclaman de nuestras instituciones una nítida toma de postura, alejada de los vaivenes argumentales de la metafísica, la ética o incluso la antropología cultural.

El debate de ultimísima hora en torno a las prácticas de *mutilación genital femenina* en España ilustra espléndidamente esta necesidad. Se suscita, en tales condiciones de diversidad convivencial, la necesidad de intervención pública ante el uso degradante y mediatizador de la mutilación genital de niñas en edad prepuberal, o, incluso, en su primerísima infancia, ya que en nuestro propio país tenemos testimonios médicos de ablaciones de niñas menores de tres años.

El informe de *Amnistía Internacional* sobre mutilación genital femenina habla de 135 millones de niñas víctimas efectivas y mundiales de la ablación, colectivo victimal que se va engrosando en razón de dos millones más cada año. En nuestro país, la alarma se ha suscitado desde las denuncias formuladas por

(1) Vid. el esclarecedor artículo de LUCAS, Javier de, "Multiculturalidad: Política, no Metafísica", *El País*, 18 de junio de 2001.

(2) Vid. una perspectiva general sobre estos problemas en BAUMANN, Gerd, *El enigma multicultural*, Paidós Studio, Barcelona, 2001, y, más controvertidamente, SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica*, Taurus, 2001.

los sectores de atención sanitaria a inmigrantes, que protestan en los medios ante la pasividad de las autoridades. El escrúpulo de criminalizar grupos humanos ya suficientemente castigados por su desamparada condición marginal hace que se archiven las actuaciones y que se den por buenas las estrategias evasivas de los padres de las menores mutiladas. La total obscuridad estadística al respecto es compatible con la sospecha, periodísticamente documentada, de que tales prácticas se están desarrollando, sea clandestina, sea paladinamente, en nuestro país ⁽³⁾.

La mutilación genital femenina es una manifestación de las violaciones de derechos humanos basadas en el género, que pretenden controlar la sexualidad de la mujer y mermar su autonomía. Pese a su entidad lesiva, el interés de la comunidad internacional, que apenas data de una década, contrasta con la multiseccular antigüedad de la misma. Se aduce que este desfase se debe a las características de la agresión (es un abuso privado, no del poder estatal) así como al escrúpulo de evitar incurrir en imperialismo cultural invadiendo el ámbito de vigencia de tradiciones culturales nativas ⁽⁴⁾.

En un espaviento social no exento de ampulosidad, la conciencia ciudadana se moviliza al unísono en la condena de una práctica conceptual y prácticamente inédita en nuestro ámbito. En la crudeza del nuevo debate suscitado, la xenofobia parece vigorizarse histriónicamente con un nuevo aliado dialéctico, un aplastante argumento apto para el desprecio etnocéntrico ⁽⁵⁾. Desde esta visión, las prácticas de ablación genital femenina vienen a consagrar la condición subhumana de los inmigrantes, su falta de adecuación para satisfacer los estándares culturales mínimos que nuestra sociedad consagra constitucionalmente.

Para enturbiar el plácido argumento de la superioridad cultural, no hace falta sino calibrar hasta qué punto la legitimación cultural de la sumisión femenina no es predio exclusivo de ningún ámbito cultural o religioso en concre-

⁽³⁾ Vid. especialmente el artículo publicado en el *Diario El País*, de 29 de abril de 2001, sobre las evidencias de prácticas mutilatorias sobre niñas inmigrantes residentes en España.

⁽⁴⁾ Vid. *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Informe de Amnistía Internacional, Sección Española*. Ciertamente sorprende la pobreza de tales excusas, que no hacen más que abundar en la idea de que el mundo occidental sólo reconoce la implicación victimológica de estas prácticas, cuando el problema, antes de índole exótica y remota, traspone fronteras y se le instala en el propio terreno.

⁽⁵⁾ No otra cosa cabe sospechar cuando la controversia gana sólo animación cuando se centra en los modos más certeros de afilar los instrumentos penales, sobre la base de su virtualidad educativa. Vid. GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Prevenir las mutilaciones sexuales", *El Periódico de Catalunya*, 9 de mayo de 2001.

to ⁽⁶⁾. O que ni siquiera la execrable práctica de la mutilación de menores es un fenómeno inédito en nuestra feliz civilización occidental ⁽⁷⁾.

Pero la realidad multicultural, muy por encima ya del debate *inmigrantes ¿sí o no?*, planeando sobre las emociones y elucubraciones suscitadas en torno al *invasor cultural*, nos obliga a dar respuesta inmediata al conflicto suscitado, que atañe a menores cuyos derechos humanos conculcados reclaman tomas de postura de signo más universal.

El abordaje de conflictos de esta índole como surgidos de un puntual *choque de culturas* (una de las cuales, presuntamente, atesora mayores méritos para prevalecer), supone una relativización de problemas etiológicamente complejos que reclaman actuaciones más sutiles ⁽⁸⁾. Si, desde el punto de vista conceptual, los argumentos de superioridad son comprometidos, desde el punto de vista preventivo, sus efectos pueden ser radicalmente contraproducentes.

En efecto, allí donde ha sido izada la arrogante bandera del etnocentrismo, se comprueba la gestación de una correlativa pugnacidad culturalmente defensiva en los sectores afectados, que obra la consagración, como *seña de identidad*, de aquello que se quería prevenir. El instinto de supervivencia, cultural y existencial, tiñe el discurso de visceralidad, y lo hace impermeable al discurso preventivo de signo racional o científico. Una actitud semejante fue la que convirtió el uso del *shaddor*, en Francia, por las escolares, en un voluntario desafío, una altiva afirmación de la propia identidad cultural y religiosa. Como bien advierte *Larrauri*, el planteamiento *multicultural* en términos de enfrentamiento puede conducir a tal sinrazón ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ Vid. LARRAURI, Elena, "Feminismo y multicultural", en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, 1998, p. 43.

⁽⁷⁾ De principios del mismísimo siglo veinte data un tenebroso registro fonográfico del último de los "castratti", víctima de las prácticas de mutilación genital de niños que, con fines belcantísticos, eclosionaron en la Italia del siglo XVIII. Trascendiendo los fines recreativos, la clitoridectomía también ha contado con apologistas entre la clase médica de la Inglaterra victoriana recomendada como saludable "remedio quirúrgico" para las prácticas masturbatorias. LIGHFOOT-KLEIN, Hanny, *Prisoners of ritual: some contemporary developments in the history of female genital mutilation*, ponencia presentada en el Second International Symposium on Circuncisión, San Francisco, 30 de abril a 3 de mayo de 1991.

⁽⁸⁾ En esta clave se explica, por ejemplo, la reciente controversia suscitada en torno al último ensayo de Sartori. Vid. SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalidad y extranjeros*, Taurus, 2001.

⁽⁹⁾ MAGLI, Ida, *La donna, il velo e la sutura*, en *Il Polso*, marzo 1988, pp. 82-87, y LARRAURI, Elena, *o.u.c.*, p. 43.

El sentir general de los intelectuales africanos se resiente de estas mismas contradicciones: pese a condenar abiertamente la práctica, el fantasma de la explotación esclavista y el colonialismo les hacen rechazar las injerencias, y la presión de los instrumentos internacionales sobre las diferentes legislaciones nacionales. Se detecta, así, que los países de donde la práctica mutilatoria genital es originaria sólo aceptan sin desconfianza ayuda material para el desarrollo de programas informativos dirigidos por personal africano ⁽¹⁰⁾.

II. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

Los modos mutilatorios son muy diversos, siendo el más abundante el que afecta a la *clitoridectomía* y *escisión* de labios menores (en una proporción del 80% de los supuestos), y el más riguroso y victimizante, el procedimiento concedo como *infibulación* (extirpación de la totalidad de los genitales externos, más sutura vaginal), que constituye un 15% de las intervenciones ⁽¹¹⁾.

Estas operaciones son de bajo coste, y accesibles a las clases más pobres. La intervención suele ser practicada ritualmente por personal no sanitario, generalmente mujeres, o, más raramente, enfermeras, parteras o matronas ⁽¹²⁾. Es infrecuente que intervengan varones, o personal con cualificación médica (la

(10) Vid. LIGHFOOT-KLEIN, Hanny, *Prisoners of ritual: some contemporary developments in the history of female genital mutilation*, ponencia presentada en el Second International Symposium on Circumcision, San Francisco, 30 de abril a 3 de mayo de 1991, p. 7.

(11) La OMS describe tres principales formas de mutilación genital femenina:

Tipo I. Escisión de los tejidos circundantes al clitoris, con o sin extirpación parcial o absoluta del mismo.

Tipo II. Extirpación total o parcial del clitoris junto con ablación parcial o total de labios menores.

Tipo III. Infibulación: Clitoridectomía, con extirpación de labios menores, y *cruentación* o creación de superficies en carne viva en la cara interna de los labios mayores, con suturación de los mismos, dejando un orificio (aproximadamente de medio centímetro) para el flujo de orina y menstrual. Esta última es la llamada *circuncisión sudanesa o faraónica*, considerada la más extrema y victimizante, con predominio en grupos étnicos de procedencia somalí o sudanesa.

Tipo IV. Incluye técnicas lesivas más heterogéneas, a veces combinadas entre sí, tales como pinchazos, heridas, incisiones, estiramiento o cauterización mediante calor del clitoris, raspadura del orificio vaginal o corte de la vagina, introducción de sustancias corrosivas o hierbas. Vid. *Female Genital Mutilation. Report of a WHO Technical Working Group*, Ginebra, 17-19 de julio de 1995, p. 6.

(12) Vid. *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Informe de Amnistía Internacional, Sección Española. Dossier Informativo de Infomundi, Servicio de Información y documentación sobre el Tercer Mundo*, Medicus Mundi, junio de 1996, pp. 2-3 y *Female Genital Mutilation. Report of a WHO Technical Working Group*, Ginebra, 17-19 de julio de 1995.

OMS ha prohibido a los médicos esta práctica), este último caso sólo posible para las familias más pudientes⁽¹³⁾. Sin embargo, en los países en los que no existe prohibición, o esta es tibia o inefectiva, cada vez más profesionales se animan a incrementar sus ingresos, mejorando las condiciones sanitarias en intervenciones que, en cualquier caso —se aduce— van a realizarse. Algunos gobiernos, como el egipcio, apoyan tales opiniones⁽¹⁴⁾.

El instrumental es tradicional, cuchillos o navajas rituales, espinas de acacia como sutura y untos vegetales cicatrizantes. La anestesia y el bisturí queda para los infrecuentes supuestos de intervención de personal paramédico. En países industriales, las intervenciones son igualmente peligrosas, por las insanas condiciones de clandestinidad en que se perpetran.

III. ASPECTOS VICTIMOLÓGICOS

Las complicaciones son recurrentes, tanto por la lesión como por las formas y condiciones de intervención. Episodios de hemorragia, shock emocional, infecciones (tétanos en especial), retención urinaria, de las primeras cuarenta y ocho a setenta y dos horas, y lesiones uretrales y anales. La muerte puede producirse de forma inmediata, aunque la mutilación genital se relaciona asimismo con la transmisión del SIDA, a través del instrumental no esterilizado. A veces es necesario recurrir a la cura médica u hospitalización por causa de estos efectos, aunque por lo general la cura de las secuelas inmediatas es realizada por la persona que perpetró la mutilación. A largo plazo, la inapetencia o aversión al sexo son la regla general⁽¹⁵⁾.

El caso de la *infibulación* merece, sin embargo, una especial consideración por sus dramáticas consecuencias, que se prolongan a lo largo de toda la vida de

(13) No sólo en los países de origen. En Inglaterra se detectó un área londinense donde cirujanos complacientes asumían, para familias inmigrantes mejor asentadas, la responsabilidad de la intervención. Vid. LIGHFOOT-KLEIN, Hanny, *Prisoners of ritual: some contemporary developments in the history of female genital mutilation*, ponencia presentada en el Second International Symposium on Circumcision, San Francisco, 30 de abril a 3 de mayo de 1991.

(14) *Dossier Informativo de Infomundi, Servicio de Información y documentación sobre el Tercer Mundo*, Medicus Mundi, junio de 1996, p. 1.

(15) *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Informe de Amnistía Internacional, Sección Española. Dossier Informativo de Infomundi, Servicio de Información y documentación sobre el Tercer Mundo*, Medicus Mundi, junio de 1996, pp. 1-2, y *Dossier Informativo de Infomundi, Servicio de Información y documentación sobre el Tercer Mundo*, Medicus Mundi, junio de 1996, pp. 2-3.

la mujer⁽¹⁶⁾. Se consigna la frecuencia de cistitis y uretritis, por las dificultades de la micción, de secado de las normales secreciones vaginales y la acumulación de residuos menstruales. Los problemas renales y los quistes dermoides son igualmente frecuentes⁽¹⁷⁾.

Cualquier relación sexual, y, en especial, la primera, se convierte en una experiencia de sufrimiento indecible, que hace a la joven identificar dolor y sexualidad. La *infibulación* supone una barrera decisiva para la penetración, siendo frecuente la desfloración artificial, con reapertura del área cicatrizada.

A través del parto, finalmente, se reafirmará la directa relación sexualidad-dolor. Se producen numerosos desgarros y hemorragias, habiéndose de ampliar la reapertura de la herida cicatrizada, bien por personal clínico o por la partera o curandera que asiste. Aun así, arrecian las complicaciones obstétricas, que ponen en peligro la vida de la madre (rotura del útero, laceraciones perineales, infecciones) y del niño. Tras el parto se procede a reinfibular sobre la cicatriz, ya apenas elástica, con objeto, al parecer, de recuperar para el marido una suerte de simbólica virginidad⁽¹⁸⁾.

IV. DISTRIBUCIÓN GEOGRÁFICA

De forma generalizada en más de 28 países africanos, así como en los países del Oriente Medio (Egipto, Omán, Yemen y Emiratos Árabes)⁽¹⁹⁾. Se practica clandestinamente en las comunidades de inmigrantes asentadas en países industrializados⁽²⁰⁾, pero lo más frecuente es que se haga traspasar a la niña las fronteras del país de asentamiento, para ser mutilada en su patria de origen, frustrando las expectativas de persecución penal territorial.

(16) Vid. FAVRETTO, Ana Rossa y MASCHERPA, Franco, *Le conzecioni di salute e di malatia ne 'll interazione terapeutica interculturale*, en *Dei delitti e delle pene* 1/1994, Torino 1994, pp 147-170. KLEIN, Hanny, *Prisoners of ritual: some contemporary developments in the history of female genital mutilation*, ponencia presentada en el Second International Symposium on Circumcision, San Francisco, 30 de abril a 3 de mayo de 1991.

(17) Vid. FAVRETTO, Ana Rossa, y MASCHERPA, Franco, *o.u.c.*, pp. 147-170.

(18) Vid. LIGHFOOT-KLEIN, Hanny, *o.u.c.*, p. 4.

(19) Vid. WHO, 1998, *Female Genital Mutilation. An overview. La mutilación genital femenina y los derechos humanos*. Informe de *Amnistía Internacional*, Sección Española. Dossier Informativo de Infomundi, Servicio de Información y documentación sobre el Tercer Mundo, Medicus Mundi, junio de 1996.

(20) Hay constancia de tales prácticas en Australia, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Italia, Países Bajos, Reino Unido y Suecia. *La mutilación genital femenina y los derechos humanos*. Informe de *Amnistía Internacional*, Sección Española, p. 2. A esta lista se incorpora recientemente España.

En España han sido testimoniados ya hasta treinta supuestos de ablación clitoridiana de menores, algunos de ellos denunciados por los médicos y personal sanitario ⁽²¹⁾. Las actuaciones se venían archivando, en parte por la falta de voluntad de criminalizar a las paupérrimas familias, y, en parte, asimismo, porque éstas ya conocen las facilidades elusivas del triste “*turismo ablativo*”, y suelen sistemáticamente esgrimirlo como excusa: “Se fue de vacaciones y quiso complacer a su abuela”. Sin embargo, ante las reiteradas denuncias y la subsiguiente concienciación social y parlamentaria, comienzan tímidamente a actuarse las preceptivas diligencias judiciales.

Los casos registrados en España se localizan entre colectivos de origen subsahariano, principalmente Senegal, Gambia y Malí ⁽²²⁾.

V. ETIOLOGÍA DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

Observada desde un punto de vista antropológico cultural, no es, precisamente, la base moral o religiosa, sino el sentido útil de la práctica, aquello que la preserva, que la hace sobrevivir en la hija por encima y en la ignorancia del del dolor que, en su día, sintió la propia madre ⁽²³⁾.

Ciertamente, este sentido se relaciona con los valores de la sociedad patriarcal, asentada sobre el sistema de control monógamo de la sexualidad femenina. De este control dependía en buena parte la estabilidad económica y social del sistema, siendo así que el mismo, en palabras de *Nawal El Saadawi* ⁽²⁴⁾, se *apercibió en etapas muy tempranas de que el deseo sexual de la mujer es muy*

(21) *El País*, 29 de abril de 2001.

(22) Según los más recientes datos de la OMS (actualizados a mayo de 2001), las estadísticas nacionales de dichos países indican una prevalencia de las citadas prácticas del 94% de las mujeres en Malí, 80% en Gambia y 20% en Senegal. *WHO estimated prevalence rates for FGM, datos actualizados a mayo de 2001*, pp. 1-2.

(23) Es una práctica vinculada al ámbito cultural, más que a la religión. Pese a las enconadas disputas a este respecto, en países como Egipto, parece haber acuerdo en rechazar una base coránica cierta en el mandato de circuncisión femenina. De los 600 millones de musulmanes practicantes, sólo una quinta parte de los mismos aprueba y practica la mutilación genital femenina. *Vid.* a este respecto, Salami ALDEEB, “Mutilar en nombre de Yahveh o Allah, Medical and Social Aspects of Female Circumcision in Somalia”, en *Female Circumcision, Proceedings of the International Seminar on Female Circumcision*, 13-16 de junio, Mogadiscio, Somalia, 1988.

(24) Nawal EL SAADAWI *Circumcision of Girls, Traditional Practices affecting the Health of Women and Children*, World Health Organization EMRO Technical Publication 2, Alejandría (Egipto) 1988, p. 225. La reciente persecución político-religiosa de esta científica muestra la intensidad de pervivencia de estos valores en el Egipto actual.

poderoso, y que las mujeres, sin la aplicación de toda suerte de medidas de control y subyugación, no se someterían a las exigencias morales, sociales, legales y religiosas relacionadas con la monogamia.

Estamos, pues, en presencia de una convención que viene a sostener estructuras de poder sobre el refuerzo práctico de valores como el honor familiar y la adecuación matrimonial ⁽²⁵⁾. En los países de donde proviene, los variados *mitos de legitimación* de esta práctica no sólo ejemplifican su sentido simbólico-religioso sino, por encima de todo, su específico valor funcional.

— La *clitoridectomía* supone la neutralización del mínimo contenido masculino, de iniciativa, autoridad e inconformismo, con el que *impropiamente* nace la mujer. El clítoris representa ese factor masculino intrusivo y ajeno a la propia condición, por lo cual la ablación supone devolver a la niña a una femineidad más auténtica y depurada, que la habilita para el matrimonio ⁽²⁶⁾.

La lectura es que la ablación es, en efecto, una vuelta a la pureza originaria de la mujer. Los espurios apetitos y gratificaciones que dispensa a esta su *artificial* conformación de nacimiento son ajenos a su genuina condición casta y resignada. Tal disfunción sólo viene a ordenarse suprimiendo *ab radice* cualquier estímulo placentero asociado a la genitalidad. Es coherente, así, que la práctica no se asimile a privación, sino a limpieza, eliminación de impurezas, retorno a los orígenes.

— La *infibulación*, por ende, es la más inmediata y gráfica expresión del valor patrimonial de la menor como producto en el mercado social. La fibula (broche) supone el cierre físico a las relaciones sexuales, con garantía, pues, de castidad.

Pero la socialización de la menor constituye una *infibulación espiritual* que determina un bloqueo psíquico y simbólico aún más inhibitorio: se produce cuando, a partir de una acomodación, la menor aprehende el patrón de femineidad socialmente valioso, y se identifica con él. Tal es la asunción de este modelo que la *reinfibulación* se produce de nuevo después del parto, cuando ya no

⁽²⁵⁾ Vid. MACKIE Gerry, "Ending footbinding and infibulation: A convention Account", en *American Sociological Review*, diciembre de 1996, 61, 999-1017.

⁽²⁶⁾ Se parte, pues, de una previa descalificación "estética". Existen, así, mitos somalíes que sitúan el origen de la ablación femenina en una asamblea de mujeres avergonzadas por la fealdad de sus rasgos genitales, que deciden moderar. O en una ridícula competición mingitoria entre un hombre y su mujer que llevó a ésta al estiramiento de sus genitales para emular la destreza a larga distancia del varón: una deformidad que heredaron las descendientes de esta Eva inconformista. Vid. FAVRETTO, Ana Rossa, y MAS-CHERPA, Franco, *o.u.c.*, p. 159.

tiene ese valor certificante, pero sí retiene el sentido de acatamiento del modelo ⁽²⁷⁾.

VI. ASPECTOS NORMATIVOS

1. Declaraciones internacionales en la lucha contra la *mutilación genital femenina*

Una constelación de normas internacionales entran de lleno en la materia que nos ocupa, abordándola de forma específica o inespecífica.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) protege el derecho a la seguridad personal y proscribte el sometimiento a tratos inhumanos o degradantes. Se compromete a los Estados al respeto y garantía de los Derechos consagrados.

La *Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (1979), mencionándose la práctica de la mutilación genital de la mujer en la *Recomendación General 14* (1990), donde se recaba la adopción de las necesarias estrategias médicas y educativas.

La *Declaración de la ONU sobre eliminación de la Violencia contra la Mujer* (1993) sienta en su artículo 4 la significativa admonición de que no podrá invocarse ninguna costumbre, tradición o consideración para eludir su compromiso en orden a la erradicación de la violencia de género.

La *Declaración de Pekín de 1995*, que articula una activa *Plataforma de Acción*, confirma el compromiso de los Estados en la lucha contra las prácticas mutilatorias.

En la *Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño*, el art. 24 aboga por la intervención pública para la abolición de prácticas de victimización infantil basadas en la tradición.

La *Convención de la ONU sobre Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o en las Convicciones* protege los derechos de los menores frente a prácticas culturales o confesionales de índole victimizante.

De forma más genérica, los textos del *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales* y la *Conferencia Internacional de la ONU sobre Población y Desarrollo* abordan el derecho al disfrute de la salud y bienestar físico y mental, e insisten en la promoción de una política pública educativa en los países afectados.

(27) Vid. LIGHFOOT-KLEIN, Hanny, *o.u.c.*, p. 4.

En el ámbito del *Parlamento Europeo* la necesidad de adoptar una postura firme y unánime ante el problema inspiró la *Resolución del 10 de julio de 1997 sobre mutilación femenina en Egipto*. En la misma se percibe, por vez primera, un decidido posicionamiento europeo sobre la materia, suscitado ante la crisis de índole constitucional generada en el citado país a propósito del adecuado tratamiento jurídico de tales prácticas.

En el mencionado foro europeo se consolidaba, al fin, la estimación de la *ablación genital* de niñas como victimización de ámbito universal, vulneratoria de los Derechos Humanos. Se asume, así, que en absoluto se trata de un problema local o siquiera incardinable en determinadas comunidades nativas, sino que, antes bien, la inmigración generalizada a los países de ámbito europeo amplifica los términos del problema, vinculando, en una relación de vasos comunicantes, las respectivas posiciones de los países receptores de inmigración y aquellos desde donde irradia la práctica de estas costumbres.

Pero, tal y como en la citada resolución europea se reconoce, *el consenso mundial en contra de la mutilación genital femenina no la ha erradicado ni minimizado*, y, en efecto, se hace precisa una actuación de fondo más decidida, en el seno de los programas sociales, sanitarios y, en su caso, de política criminal.

2. La mutilación genital femenina en los países de origen

Desde la última década del pasado siglo van acumulándose las diferentes valoraciones jurídicas nacionales ante esta problemática. Se hace preciso separar las posiciones adoptadas en los países de donde la práctica es originaria respecto del tratamiento, normalmente de índole jurídico-penal, que se dispensa a este comportamiento en los países industrializados en los que se ha afrontado directamente el conflicto entre la costumbre importada y el preexistente Derecho penal.

El primer grupo incumbe eminentemente a las legislaciones de los países africanos, destacando entre ellos los que sostienen una abierta postura abolicionista, de signo institucional. Así países como Ghana, Guinea, Djibouti, Burkina Faso y República Centroafricana incorporan una específica prohibición de la práctica mutilatoria femenina en sus respectivos Códigos penales, a los que suman diferentes inversiones públicas en campañas sociales, sanitarias e informativas y activismo institucional.

En Burkina Faso, adalid en la persecución de estas prácticas, la legislación penal resulta especialmente exhaustiva tras la reforma penal operada en dicho país en 1996. El artículo 380 castiga la lesión genital en cualquiera de sus formas convencionales o inespecíficas, con pena de prisión de 3 a 6 años y multa de 150.000 a 900.000 francos, penas que pueden imponerse conjunta o alterna-

tivamente. En el último párrafo se prevé un tipo cualificado de lesión genital con resultado de muerte, que hace ascender la penalidad de 5 a 10 años de prisión. En el artículo 381 del mismo Código Penal se prevé una cualificación del tipo basada en la condición médica o paramédica del culpable, conjuntamente con la opción, en su caso, de una inhabilitación de hasta cinco años. La regulación se cierra con la incriminación, en el art. 382, de la omisión de denuncia por parte de quienes, teniendo conocimiento de los hechos, no lo pongan en conocimiento de la autoridad correspondiente, conducta que se hará acreedora de una multa de 10.000 a 50.000 francos.

Sin embargo, con las excepciones mencionadas, la mayoría de las legislaciones africanas, así como los puntos de vista de las respectivas instituciones, oscilan entre la indiferencia o la ambigüedad. Es frecuente que falten previsiones penales específicas en los países en los que se cuenta con un mayor índice de prevalencia de las prácticas, o en los cuales las mismas llegan a niveles de intensidad victimizante, con el recurso a la infibulación (así, Etiopía, Eritrea, Malí o Somalia). En todo caso, las *mutilaciones genitales* podrían sin dificultad subsumirse en tipos penales que recogen conductas físicamente lesivas más amplias. No es tanto un problema de déficit de tipicidad sino de significativa ausencia de voluntad abolicionista desde el punto de vista público y social.

Sudán, país en el que la prevalencia de las prácticas mutilatorias de niñas es del 89% ⁽²⁸⁾, cuenta, desde 1946, con una legislación de conyuntura fruto de la presión de los poderes coloniales británicos, en la que se prohibía la *mutilación genital stricto sensu*, legitimándose la *sunna* o escisión clitoridiana. Pese a ello, ante la virtualidad estrictamente simbólica de esta proscripción, la *mutilación genital* sigue bien consolidada en el citado país.

Por último, cabe destacar marcadamente el caso de Egipto, acaso, junto con Etiopía ⁽²⁹⁾, el país donde se consignan los más remotos antecedentes de la mutilación genital femenina (registrada y comentada ya por Heródoto). Aquí el debate sobre la legítima actitud pública en torno a las prácticas de *mutilación genital femenina* actúa como auténtico test proyectivo de una sociedad transida de contradicciones. Si bien la práctica escisoria está genéricamente implantada (97% de la población femenina), no así la *infibulación*, que se concentra en áreas rurales. La postura institucional no ha sido nunca francamente abolicionista, aunque se esgrime como base legal de la prohibición un Decreto Ministe-

⁽²⁸⁾ Según las recientes estadísticas facilitadas por la OMS, actualizadas a mayo de 2001.

⁽²⁹⁾ MODAWI, S., "The impact of social and Economic Changes in Female Circumcision", *Sudan Medical Association Congress Series*, n.º 1, Sudan Medical Association, Jartum, 1979.

rial de 1958, producido durante la presidencia de Nasser. A este Decreto Ministerial, no obstante, han seguido otros muchos, en una línea ideológica oscilante, prohibiendo y al tiempo legitimando algunas de las mutilaciones.

Una de las controversias que activó la presión internacional en esta materia es la relativa al papel de la sanidad pública. Aunque, siguiendo las directrices de la OMS, el personal médico tenía prohibidas las prácticas mutilatorias, en 1994 un Decreto del Ministerio de Salud consagró la disponibilidad de los hospitales públicos, una vez por semana, para que tales operaciones se realizaran en condiciones de higiene y seguridad. El Decreto fue rescindido tras la unánime repulsa mundial contra la medicalización de la costumbre. En 1996 se afianzó, sobre la base de un nuevo Decreto del Ministerio de Salud y Población, una genérica prohibición de las prácticas mutilatorias en los hospitales y centros de salud públicos, salvo por indicación médica, en caso de enfermedad.

Pero un abierto desafío del sector fundamentalista islámico produjo, finalmente, la declaración del Tribunal Administrativo de El Cairo, en el sentido de estimar inconstitucional esta prohibición, anulando el Decreto, así como el pronunciamiento del Consejo de Estado Egipcio y admitiendo como lícita la práctica. Finalmente el gobierno egipcio y su Ministerio de Sanidad recurrieron la sentencia del Tribunal Administrativo de El Cairo, auspiciados por el apoyo internacional suscitado, obteniéndose la anulación de la sentencia el 28 de diciembre de 1997.

En el plano religioso no están mejor armonizadas las posiciones⁽³⁰⁾. Los líderes religiosos en Egipto se han enzarzado en una reciente polémica que, desde un lado, lidera el cuestionamiento de la base coránica de la mutilación, mientras que, de otro, zanja la incertidumbre con el feroz dictado de una *fatwa* (orden religiosa) declarando la obligatoriedad de la práctica mutilatoria para la población general.

3. La mutilación genital femenina en países receptores de inmigrantes

En aquellos países en los que tempranamente ha apuntado la transposición de fronteras de estas prácticas ancestrales, adosadas al contingente humano de inmigrantes, se ha considerado precisa la adopción de posturas públicas firmemente abocadas a la proscripción penal de tales usos. La postura específicamente represora, a través de la creación de tipos penales específicos, predomina en los países anglosajones (Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda).

⁽³⁰⁾ Vid. los comentarios sobre el debate religioso en Egipto en *Dossier Informativo de Infomundi*, Servicio de Información y documentación sobre el Tercer Mundo, Medicus Mundi, junio de 1996, p. 4.

Temprana y prototípicamente, en Gran Bretaña (*Prohibition of Female Circumcision Act 1985*) no sólo llega a criminalizarse (a) la práctica de la mutilación genital femenina en cualquiera de sus modalidades (*escisión, infibulación, clitoridectomía o ablación genital*), sino que se castiga en pie de igualdad (b) la conducta de quienes *ayudan, activan, aconsejan o procuran* la ejecución de tales actos en persona ajena. La pena prevista es, conjunta o alternativamente, de multa o prisión de hasta cinco años.

La regulación británica, incluso salvando las amplias diferencias entre el mundo jurídico anglosajón y el continental, parece ignorar elementales requerimientos de proporcionalidad, por cuanto reúne agresiones de muy distinto potencial victimizante, aunque su criminodinamia sea asimilable (así, la *escisión* no aporta riesgos a la salud equiparables a los de la *infibulación*). Si algún ajuste proporcional puede realizarse a partir de la ponderación judicial en la alternativa legal establecida, no puede decirse lo mismo respecto a la asimilación entre conductas que indican títulos de participación radicalmente distintos: ayudar, activar, proveer de consejo, o procurar la ejecución de la práctica integra conductas diferencialmente calificables como inducción, complicidad o cooperación necesaria.

La *Prohibition of Female Circumcision Act* de 1985 se complementa con la *Children Act* de 1989, que promueve la investigación en caso de sospechas de violación de la prohibición de 1985, permite la retirada cautelar del menor del núcleo familiar incurso en sospecha y prohíbe, asimismo, el envío de menores al extranjero con finalidad mutilatoria.

En Canadá, reconocida la posibilidad de estimar delictiva, conforme al Código Penal, la conducta de *mutilación genital femenina*, la provisión aportada por la *Bill C-126* de 1993 canadiense se ocupa del problema del dramático *turismo ablativo*, castigándose como delito específico (273.3), subjetivamente configurado, la conducta de quien hace trasladar al extranjero a un menor residente con objeto de cometer allí sobre dicha persona acciones que en Canadá son constitutivas de diversos delitos mencionados. Se distinguen niveles de gravedad en torno a las edades de 14 y 18 años. Se trata de un delito que se perfecciona por el traslado del menor con la finalidad mencionada, sin que sea resultado típico (y menos condición de procedibilidad) el que efectivamente se practique la mutilación genital en el país de traslado. Tutela, así, la integridad personal del menor, que anticipa las barreras de protección al estricto momento consumativo de la lesión.

En Estados Unidos, la prohibición federal de la *mutilación genital femenina* data de 1995. En el Capítulo 7 del Título 18 del Código de los Estados Unidos se introduce la nueva criminalización que castiga, conjunta o alternativamente, con multa o prisión de hasta cinco años a quien, a sabiendas, circuncida, escinde o infibula total o parcialmente los labios mayores o menores o el clitoris

de menor de 18 años. En la letra c) del citado 116 se excluye la repercusión penal de cualquier invocación a la costumbre o ritual por parte del infractor. Un relevante número de estados americanos han aprobado enmiendas específicas a sus respectivos textos penales, sobre la base del modelo federal. Aunque en su mayoría se criminaliza estrictamente la práctica de la mutilación, dejando abierto el título de participación de progenitores o tutores, hay regulaciones (así, la *Senate Bill No. 393*, de 14 de mayo de 1996, del Estado de Delaware) que asimilan la realización activa de la práctica mutilante a la mera permisión de esta conducta por padres o tutores, con quiebra de los deberes legales de garantía de la menor.

También en Suecia y Francia ya se han puesto a prueba las legislaciones existentes al efecto de castigar las prácticas ablativas realizadas en suelo nacional por inmigrantes.

En Suecia, la sociedad hubo de enfrentarse a un caso de escandalosa práctica sistemática de las mutilaciones de niñas, realizada, en un Hospital Público, por un médico de la Seguridad Social sueca ⁽³¹⁾. Por su parte, Francia no penaliza específicamente la conducta de *mutilación genital femenina*, pero, ciertamente, es perfectamente subsumible en el art. 312 del Código Penal francés, que castiga la violencia contra niños. En 1999 se impuso una condena de ocho años a *Mamá Gréou*, natural de Malí de 52 años y autora de 48 mutilaciones a niñas de origen africano, a solicitud de sus propios padres ⁽³²⁾. Los padres de las niñas recibieron condenas de entre tres y cinco años a título de cómplices. El tribunal manifestó su intención de dictar una sentencia rigurosa, con la finalidad de enviar un mensaje a los colectivos de inmigrantes, o, en los términos de la propia sentencia, de marcar el carácter ejemplificador e intimidante.

(31) Vid. LIGHFOOT-KLEIN, Hanny, *Prisoners of Ritual, An Odyssey into Female Genital Circumcision in Africa*, Harworth Press, Nueva York, 1989, p. 45.

(32) En el juicio se alegó la condición normativa y consuetudinaria del uso, y la consagración hereditaria de ese oficio en la persona de la imputada, que pertenecía a la casta de los *forgerones o purificadores*. La defensa se basaba así en la adecuación social eximente, en tanto los padres imputados alegaron mayoritariamente *error de prohibición*.

El componente cultural como eximente pudo excluirse sobre la base de las recurrentes declaraciones internacionales, como la declaración de la ONU sobre *Eliminación de la Violencia contra la Mujer*, de 1993, que dispone en su art. 4 la invalidez de la invocación de ningún uso o tradición en la lucha contra la erradicación de la violencia contra la mujer. El *error de prohibición* encontró dificultades para prosperar, dado lo significativo de la clandestinidad en las citas y la ambigüedad de los mensajes en clave empleados en la comunicación con *mamá Gréou*.

VII. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA
EN EL DEBATE ESPAÑOL

A raíz de las recientes investigaciones seguidas por los medios de comunicación, más de treinta casos de clitoridectomía y escisión clitoridiana han sido documentados en España, suscitando una intensa preocupación ciudadana. El cariz inmediato y victimizante del problema no es de los que permitan ya ser zanjados, en la conciencia social, con la mera calificación de barbarie, más o menos exótica y confortablemente remota. Sólo a raíz de la enorme polémica suscitada se han comenzado a adoptar diligencias de averiguación judicial, antes renuentes. Pero, lo que es más importante, ha saltado a la palestra nacional el debate multiculturalista y político-criminal, inédito en España, en torno a las ancestrales conductas de *mutilación genital de niñas*.

El 10 de noviembre de 1998, la Comisión mixta de Derechos de la Mujer aprobó una proposición no de ley en la que se instaba del Gobierno una actuación sanitaria e informativa de prevención, conjunta a un específico programa socioeconómico, en colaboración con las ONG y los diversos foros internacionales, con el fin de erradicar prácticas de *mutilación genital femenina*. El 2 de abril de 2001, la misma Comisión aprobó una *Proposición no de Ley* por la que se instaba al gobierno a proteger a las mujeres que se habían visto obligadas a abandonar sus países, huyendo de la violencia de género.

De otra parte, y en el campo de las iniciativas parlamentarias, no menos de cinco Proposiciones no de Ley (presentadas por los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista, Mixto, Catalán y de Izquierda Unida), junto con una *Proposición de Ley* (a cargo del Grupo Parlamentario Mixto, ulteriormente retirada en aras de la obtención de consenso) han obrado la justa activación de las instancias públicas ante una práctica que, por su componente simbólico, además de materialmente victimizante, y unidireccionalmente dirigido a niñas, cabe (como así lo manifiestan los parlamentarios) ser incardinado en el elenco de manifestaciones de *violencia de género*. Las cinco propuestas se aunaron, el pasado 19 de junio, en una enmienda conjunta de carácter transaccional, en la que, unánimemente, se aprobó la impulsión de medidas informativas y de prevención de estas prácticas sobre colectivos de inmigrantes.

Además de ello, se deja a la *Comisión Técnica* el estudio de la oportunidad y adecuación de un eventual tipo penal específico, que contemple la *mutilación genital femenina*, así como la viabilidad de reformar el art. 23 de la LOPJ en el sentido de convertir el delito de *mutilación genital femenina* en uno de los perseguibles extraterritorialmente en virtud del principio de Justicia Universal (aunque, tal como se propuso, en un sentido limitado, es decir, siempre que los responsables del delito, que delinquieron en el extranjero, sean detenidos en España).

Por su parte, el Senado expresa su preocupación acerca de la protección actual de las inmigrantes, que no admite situaciones de incertidumbre jurídica. Intentando conciliar técnicamente sus inquietudes con lo acordado por el Congreso, toma en consideración y remite al Congreso la *Proposición de ley de Reforma del art. 149 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a fin de introducir una cláusula de interpretación sobre la represión de la mutilación genital femenina 622/000012*.

En la citada *Proposición de Ley* se incorpora un añadido al texto del artículo 149 del Código Penal, que regula las mutilaciones y deformidades infligidas en un órgano calificable como *miembro principal*: *En todo caso se considerará comprendida en el párrafo anterior la mutilación genital femenina en todas sus manifestaciones*.

La *mutilación genital femenina*, en cualquiera de sus formas *escisorias, ablativas o infibulatorias* parece en principio plenamente subsumible en el artículo 149 CP, incardinado en el Título III del Libro II del Código Penal, *De las lesiones*, en el que el bien jurídico protegido es la *salud e integridad física de las personas* ⁽³³⁾.

Sin embargo, tal como indica el *Preámbulo* de esta *Proposición*, se trata de *incrementar la seguridad jurídica frente a posibles manifestaciones dispares de los tribunales de justicia*.

Las temidas disparidades afectarían, de un lado, a la eventual exclusión del tipo del art. 149 del Código Penal de algunas variedades de *mutilación genital femenina*, como la *escisión*. La especificación del texto propuesto (...mutilación genital femenina *en todas sus variedades*) no supone el descarte absoluto de esa posibilidad excluyente. En efecto, la *escisión* (o *sunna*, práctica legal en muchos países africanos) que constituye una conducta de menor gravedad lesiva (menos victimizante que, por ejemplo, la *ablación* o la *infibulación*) ciertamente no constituye una amputación, en el sentido estricto que el legislador del art. 149 del Código Penal tiene acogido.

Sin embargo, parece que, desde el punto de vista sistemático y valorativo, en la incriminación de las conductas contra la *integridad corporal* de las personas, resulta coherente incluir la *escisión*, que implica una innecesaria modificación de la conformación anatómica personal, además de poner en riesgo la sa-

(33) Artículo 149 del Código Penal: “*El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años*”.

Artículo 150 del Código Penal: “*El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años*”.

lud (hemorragias, infecciones, shock, etc.) en el propio acto de intervención, y concierne, en cualquiera de sus variedades, a sujetos pasivos extremadamente vulnerables en razón de su edad. Supone asimismo un contenido sexualmente denigratorio y de supeditación patriarcal, cuyo desvalor comparte con las restantes variedades de mutilación genital del propuesto artículo 149 del Código Penal.

Por último, cabría considerar que la alusión legislativa a la *mutilación genital femenina* es un elemento normativo que remite a la incontrovertida definición de la OMS, organismo que elaboró el concepto⁽³⁴⁾. Acogiéndose a esos criterios técnicos, no habrá tampoco dificultad en incluir en el tipo las variedades más heterogéneas de intervención genital femenina que también se integran en la citada definición internacional⁽³⁵⁾.

En todo caso, el margen de arbitrio que el legislador deja al aplicador penal en su determinación última de la pena (prisión de seis a doce años) salvaría el desfase proporcional que supondría castigar con idéntica reacción penal conductas que, no obstante sus rasgos compartidos, son de dispar gravedad victimizante.

La segunda de las incertidumbres jurídicas que podrían dar lugar a disparidad en los criterios jurisprudenciales, y que la reforma pretende evitar, es la relativa a la consideración de los órganos femeninos mutilados como *miembros principales*.

El art. 149 del Código Penal incrimina la conducta de quien *causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica*, siendo prevista una pena de prisión de seis a doce años. En el art. 150 del Código Penal se castiga la *pérdida, o la inutilidad de un miembro no principal, o la deformidad, con pena de prisión de tres a seis años*.

El objeto de mutilación, por su relevancia bio-psico-social, merece ser englobado en el apartado penal en el que se han valorado como *miembro principal* órganos como el brazo, el ojo o la lengua. Miembro principal, según la interpre-

(34) De acuerdo con la clasificación de la OMS sobre mutilación genital femenina, la escisión se integraría en el Tipo I, *Female Genital Mutilation. Report of a WHO Technical Working Group*, Ginebra, 17-19 de julio de 1995, p. 6.

(35) Tipo IV. Incluye técnicas lesivas más heterogéneas, a veces combinadas entre sí, tales como pinchazos, heridas, incisiones, estiramiento o cauterización mediante calor del clítoris, raspadura del orificio vaginal o corte de la vagina. Asimismo, introducción de sustancias corrosivas o hierbas. *Vid. Female Genital Mutilation. Report of a WHO Technical Working Group*, Ginebra, 17-19 de julio de 1995, p. 6.

tación jurisprudencial es *toda extremidad u órgano externo o interno del cuerpo, que posea actividad funcional independiente y relevante para la vida, salud o normal desenvolvimiento del individuo. Miembro no principal sería aquel carente de función autónoma, por hallarse al servicio de otros órganos principales, y no resulta indispensable para la vida o salud completa del individuo, pero que, a consecuencia de su falta, no pueda éste realizar las funciones todas de su plena actividad*⁽³⁶⁾.

Miembros *no principales*, en cambio, han sido considerados los dedos, orejas, piezas dentarias y cabellos. Significativamente, el Tribunal Supremo consideró supuesto del art. 150 del Código Penal un caso de privación de un testículo, estimado miembro no principal (STS de 6 de mayo de 1986). No tenemos antecedentes legislativos que ofrezcan un criterio uniforme en base a la valoración de la *mutilación genital femenina*, y el carácter de *miembro principal* es en cualquier caso un elemento normativo altamente valorativo. De hecho, no faltan autores que exponen el ejemplo de la calificación de la *mutilación genital femenina*, ya a efectos del artículo 149 Código Penal o del 150 Código Penal, como exponente de la enorme permeabilidad de la cuestión a particularismos históricos, sociológicos y culturales⁽³⁷⁾, de la misma manera (pero en inverso sentido) que ha ocurrido con el *himen*, memorablemente considerado en cierta ocasión como *miembro principal* (STS 27 de enero de 1975)⁽³⁸⁾.

Así, no podemos estar seguros, por la abierta indefinición del concepto de que la sexualidad de la mujer no se valore más que desde perspectivas reproductivas, por lo que no cabe descartar que la *mutilación genital* fuera tratada en sede del artículo 150 Código Penal.

Cabría estimar, en cualquier caso, que la *mutilación* produce la *grave afectación somática o psíquica* del 149 Código Penal *in fine*, por la durabilidad, colateralidad de efectos y shock traumático que irá irradiando sus efectos a lo largo de la vida de la persona. Pero en muchas ocasiones ese trauma es fuertemente contrarrestado a partir de la socialización de la niña y la internalización por ella de las reglas culturales, haciendo que ésta reinterprete sus experiencias y no pueda comprobarse la materialidad del daño, que, en este caso, es el resultado típico. Tampoco cabe descartar como *deformidad* las radicales modifica-

(36) SSTS 15-6-92 y 20-1-93.

(37) Vid. TAMARIT SUMALLA, José M.^a, *Delitos de lesiones, Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, p. 739.

(38) Vid. GONZÁLEZ RUS, Juan José, "Las lesiones", en *Curso de Derecho penal español*, en CARMONA SALGADO, C., GONZÁLEZ RUS, J.J., MORILLAS CUEVA, L., POLAINO NAVARRETE, M. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Curso de Derecho penal español, Parte especial I*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 165.

ciones que a la conformación de la mujer supone una tan drástica intervención como lo es la terrible *infibulación*.

En relación con el marco punitivo previsto para el artículo 149 del Código Penal, incuestionablemente elevado, hay que contar, sin embargo, con que, en la conducta de *mutilación genital femenina*, se concitan factores que dotan al acto de un especialísimo desvalor (y que, en el ámbito del artículo 148, 1.º y 3.º del Código Penal, configuran incluso dos específicos factores de agravación).

Así, en primer lugar, el hecho de la *mutilación genital* se lleva a cabo utilizando medios y métodos que *ponen en riesgo la vida o la salud física y psíquica de la víctima*. Algo ocurre en la dramática generalidad de las ocasiones: en suelo occidental, por la clandestinidad en que las intervenciones han de sustanciarse; en suelo extranjero, por la precariedad y ritualidad de los medios empleados (recordemos los vidrios y cuchillas rituales, las espinas de acacia como sutura, los dudosos emplastos cicatrizantes, etc.).

El otro aspecto a desvalorar acentuadamente es el hecho de que se trata, incontrovertiblemente, de víctima acendradamente vulnerable en razón a su edad infantil (a veces, se trata incluso de lactantes).

Se ha avanzado, incluso, que el componente denigratorio que conlleva la práctica pusiera este delito a concursar con el atentado a la *integridad moral* ⁽³⁹⁾, por más que, ciertamente, como comentaremos, será muy difícil que se concite un dolo específico de causar vejación a la menor: tengamos en cuenta, por ejemplo, hasta qué punto la madre que procura a su hija la mutilación no está, desde su percepción subjetiva, actuando lo que cree es su deber de garante.

En definitiva, como se comprueba, el debate parlamentario de fondo parece haberse ceñido a los aspectos de tipificación que, sin embargo, no parecen ser los que estén fundamentalmente en juego ante una coyuntura social como la que al presente se vive. Al fin y al cabo, como los propios legisladores y la doctrina admiten, no estamos, hoy por hoy, ante un problema de déficit de tipicidad ⁽⁴⁰⁾. Por el contrario, cuestiones de antijuricidad y culpabilidad mucho más comprometidas se concitan aquí, comportando su delicadísima resolución ni más ni menos que la plasmación política y filosófica de la sociedad hacia la que vamos y en la que habremos de convivir en décadas por venir.

Y, cómo no, aquí, acaso con mayor fundamento que en otros ámbitos, viene a sembrar la incertidumbre el eterno asunto de fondo acerca de la propiedad y

⁽³⁹⁾ Vid. BOLEA BARDÓN, Carolina y ROBLES PLANAS, Ricardo, "Las mutilaciones genitales y los límites de la tolerancia", *El País*, edición para Catalunya, 5 de mayo de 2001

⁽⁴⁰⁾ Vid. GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Prevenir las mutilaciones sexuales", *El Periódico de Catalunya*, 9 de mayo de 2001.

eficacia de la criminalización, que, las más de las veces, revierte en el hueror valor icónico que muchas veces adquieren nuestras normas penales.

En el debate del Senado ⁽⁴¹⁾, se aludió tales cuestiones fundamentales significativamente: el rigor de la intervención penal fue convocado por cima de argumentos descalificados como *míticos*: el *mito* de la multiculturalidad y el *mito* de la ineficacia del Derecho penal como falacias a constreñir con límites y objeciones racionales. Analicemos tales aspectos al hilo de la presente controversia.

1. Multiculturalismo y sistema penal: acerca del llamado *mito* de la multiculturalidad

En el actual mosaico étnico, lingüístico y religioso, parece universalmente reconocido el Derecho de las minorías a desarrollar su cultura en el marco de un Estado Multicultural. En tal sentido, que el peso de las valoraciones culturales ajenas al entorno del país de convivencia revierta de una manera específica en la intensidad de la reacción penal es una reclamación frecuente en el ámbito del movimiento multicultural. Es claro que la naturaleza de la repercusión varía notablemente según el modelo político de protección a las minorías culturales que se defiende.

Sin entrar en los azares por los que transcurrió la idea de la afirmación de los Derechos culturales de las minorías ⁽⁴²⁾, mencionaremos a los efectos del presente estudio cómo en la actualidad se perfilan *grosso modo* dos principales diseños de *Estado Multicultural*.

Habermas postula un modelo de integración en un Estado que será ciertamente neutral, pero no pasivo: ha de tratarse de una neutralidad selectiva: El Derecho a desarrollar su propia cultura no es un derecho absoluto, como no lo es ningún Derecho humano. El Estado, no obstante su *ethos cosmopolita* ⁽⁴³⁾, ha de ser intransigente ante todo lo que limite la capacidad de optar del individuo. Y está claro que aquí la libertad de elección de las menores está constreñida de un modo fundamental y difícilmente reversible: la libertad cultural no sólo implicará el derecho a mantener su cultura, sino a la posibilidad de revisar sus propias tradiciones romper o de incluso con ellas.

⁽⁴¹⁾ Senado, Diario de Sesiones, núm. 52, Sesión del Pleno celebrada el jueves, 21 de junio de 2001, p. 2985.

⁽⁴²⁾ *Vid.* a tal respecto el interesante estudio de VELASCO ARROYO, "Derechos de las minorías y democracia liberal. Un debate abierto". Revista de Estudios Políticos, julio-septiembre 2000.

⁽⁴³⁾ *Vid.* VELASCO ARROYO, *o.u.c.*, p. 214

De tal manera que se pone el énfasis en la categoría de ciudadanía ⁽⁴⁴⁾ como elemento *cultural* identificador y aglutinante: la ciudadanía no sólo tiene que ser contemplada por el Estado como un reparto adscriptivo formal, sino que ha de ser concebido como conjunto de derechos y responsabilidades, la expresión de pertenencia a una comunidad política ⁽⁴⁵⁾.

Otra concepción *multicultural* es la de Kymlicka ⁽⁴⁶⁾, que mantiene un sentido mucho más radical de neutralidad, rabiosamente neoliberal: la neutralidad respetuosa del Estado Multicultural *integrado* es imposible. En cualquier Estado hay una tendencia irrefrenable a la imposición de modelos culturales dominantes. La única forma de preservar las culturas alternativas sería la de un *Estado Federal Multicultural*, que haría legítimos valores y normas extrañas a la organización dominante. En la parcela normativa, pues, que nos ocupa, estaríamos ante una auténtica “balcanización penal”.

2. El problema de la disparidad en la valoración del bien jurídico salud e integridad

En el ámbito de la vida y salud de las personas resulta imprescindible recabar de las mismas la estimación de su propia actitud frente al bien jurídico protegido. En este plano, la incidencia del consentimiento en las lesiones ha sido uno de los problemas más debatidos, concluyéndose hoy por hoy en la idea de que la integridad y salud admite una parcela concreta de disponibilidad, más allá de la cual el Estado ha de intervenir. El único efecto que se le concede a esta anuencia es el de atenuar la responsabilidad penal del tercero interviniente, en el art. 155 del Código Penal ⁽⁴⁷⁾.

En el caso en que nos ocupa es el garante de la menor quien la entrega para que sea intervenida. No hay *consentimiento* válido, y, ciertamente, la convalidación ulterior de la menor (muy frecuente, desde luego) una vez llega a adulta, no despliega los efectos atenuantes del consentimiento. Pero si los efectos jurídicos de la aceptación posterior y negación del daño no se van a producir, si que se gesta, por esta asunción del modelo socio-sexual impuesto, un importante efecto criminógeno.

(44) SYPNOWICH. Christine, “The culture of Citizenship”, en *Politics & Society*, Vol. 28, n.º 4, diciembre de 2000, Sage Publications Inc., pp. 531-555.

(45) *Vid.* VELASCO ARROYO, *o.u.c.*, p. 212 ss.

(46) *Vid.* KYMLICKA, Will, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford uk. Clarendon, 1991, pp. 81 ss. Una visión general del pensamiento de este autor, en *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 2001.

(47) *Vid.* GONZÁLEZ RUS, Juan José, *o.u.c.*, pp. 141 ss.

Así, la ulterior negación del daño (*caso Gréou*: “*Para ustedes es un mal —aseguraban las víctimas— para nosotras, un bien*”) sí implica un problema interpretativo sobre el plano de la antijuridicidad, que se localiza en la diferente conceptualización del bien jurídico. En efecto, la protección de la salud e integridad de las personas se erige en categoría supernormativa, que es aquilatada en modo muy diferente en una y otra orilla de la sociedad multicultural.

En la cultura occidental, *normalidad* y *salud* son estados equivalentes, y descansan en modelos ontológico-médicos. Los tribunales han valorado la salud como ausencia de enfermedad, incolumidad y, en términos más completos, estado de bienestar bio-psico-social⁽⁴⁸⁾. En cualquier caso, la salud existe, y la enfermedad constituye una disfunción, un factor de anormalidad cuya esencia se busca, localiza y pondera⁽⁴⁹⁾.

Así, en las culturas donde se practica la *mutilación genital femenina*, marcadamente en aquellas en las que prevalece la *infibulación*, *salud* y *normalidad* no son categorías homólogas. El bienestar, la salud, no constituyen estados, sino *situaciones personales*: se conciben en términos relacionales, de interacción y armonía con el entorno social, sin integrar categorías físicas.

Para la mujer, ya hemos visto, la vivencia de su cuerpo como *cuerpo doloroso* puede no generar en ella esa conciencia de disfunción, de ausencia de salud o presencia de enfermedad. La salud es una situación de afirmación social, y el malestar tiene igualmente un carácter social. La percepción de lo que sea *bienestar* no tiene proyección física sino únicamente relacional. En tales condiciones, los beneficios de la salud, para la mujer así condicionada, equivalen a gratificación social⁽⁵⁰⁾.

También el concepto de *integridad* tiene una doble valencia: de un lado, la intervención genital es una mutilación. De otro, la clitoridectomía no desintegra

(48) Sobre los diferentes modos de concebirse las complejas relaciones individuo-salud-enfermedad, véase un clarificador estudio en LAÍN ENTRALGO, Pedro, “Salud y perfección del hombre”, en *Ser y conducta del hombre*, Espasa Calpe, Madrid 1996, pp. 167-185.

(49) Vid. FAVRETTO, Ana Rossa, y MASCHERPA, Franco, *o.u.c.*, pp. 150 ss.

(50) No nos resulta tan distante: también en nuestro ámbito cultural determinadas exigencias sociales (de control por la imagen), se hacen fuertes sobre determinadas mentalidades adolescentes, imponiéndoles una dispar vitalización del bienestar y la normalidad. No otra cosa es la anorexia sino la cristalización patológica de las formas occidentales de coerción corporal. Vid. BARTKY, Sandra Lee, “Foucault, feminismo y la modernización del poder patriarcal”, en *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Elena Larrauri (Comp.), Ed. Siglo XXI, Madrid, 1994, pp. 63-92.

el cuerpo de la mujer, sino, como ya sabemos, tiene virtualidad *reintegradora*, la devuelve a su auténtica femineidad⁽⁵¹⁾.

La disparidad en la valoración de bienes jurídicos de la máxima relevancia social, como lo es la *salud e integridad física*, tendrá un sentido u otro según la concepción política que se sostenga acerca de la *multiculturalidad* en un Estado de Derecho.

En una visión diacrónica, puede ser tolerada y perpetuada esta disparidad, en un sistema que entienda el respeto a la propia cultura como desentendimiento institucional y estática *no intervención*. Desde otra concepción, la disparidad no tiene por qué ser arrobadamente adorada como algo intrínsecamente bueno, sobre la base de su mero signo culturalmente diferenciador. El Estado habrá de procurar que las discrepancias valorativas tan fundamentales se agoten, no sólo dejando que la propia dinámica de la cultura dominante se superponga a la menos fuerte en varias generaciones, sino tomando partido directa e inmediatamente en abono de los Derechos Humanos.

Desde un punto de vista sincrónico, la disparidad existente, en un momento determinado en la *sociedad multicultural*, con independencia de su proyección de futuro, no puede sino dejar su impronta en el Derecho penal. Pero también en este plano la significación política condiciona esencialmente los modos de abordar el problema.

En efecto, las distintas versiones de la *multiculturalidad* tienen sus equivalentes en el entendimiento y diferente planteamiento de los aspectos penales:

— El *Estado Multicultural Federal* hace que cuestiones de conflicto entre diferentes valoraciones culturales hayan de tener un reflejo en el plano de la antijuridicidad penal. La *mutilación genital femenina* quedaría amparada, así, por una causa de justificación, algo similar al planteamiento de esta cuestión en el ámbito de la delincuencia de conciencia. Ante el conflicto de deberes, el Estado debería aceptar el acatamiento al deber ético-cultural. Los partidarios de que la alternativa multicultural se proyecte sobre el terreno de la antijuridicidad avanzan la idea de que la obediencia a las exigencias de la condición cultural pueda constituir una *causa de justificación*, una eximente basada en la pertenencia a una particular idiosincrasia cultural. Lo que, desde luego, es fuerte-

(51) Los intentos de atraer a las inmigrantes a los mensajes preventivos y de información sanitaria se resienten de esta disparidad valorativa: “Si les hablamos de *amputación*, ninguna viene”, se conducen los profesionales implicados. Diario *El País*, 29 de abril del 2001.

mente contestado desde instancias feministas: supone la admisión del estado de modelos regresivos, validándolos y garantizando su supervivencia⁽⁵²⁾.

— Desde la perspectiva de la *integración multicultural*, esta colisión no podría nunca plantearse, ya que las exigencias de la propia cultura no alcanzarían nunca rango normativo ni estarían legitimadas por el sistema, al no satisfacer los más elementales parámetros constitucionales. Esto es, sólo podrían configurar deberes morales, que en ningún caso permitirían la confrontación con los deberes normativos de respeto a la dignidad, libertad e integridad física y psíquica de los ciudadanos⁽⁵³⁾. En efecto, sólo es posible plantear colisión de deberes, *ex art.* 20.7.º del Código Penal, entre aquellos que tienen respectivamente naturaleza jurídica y admiten la confrontación, por no mediar entre ellos diferencias esenciales o de imposible comparación⁽⁵⁴⁾.

El hecho de que la condición de minoría cultural no haya de tener reflejo para excluir la antijuridicidad de la *mutilación genital femenina* no significa, desde luego, que deba ser absolutamente desconsiderado por el sistema penal. La *multiculturalidad* (enmendemos sin arrogancia la plana al miembro del senado que así se manifestó), no es en absoluto un *mito* o una fantasmagoría demagógica, sino una realidad, el modo de estar configurada la sociedad contemporánea. Los valores constitucionales mínimos no pueden estimarse limitaciones o condiciones exógenas a la *sociedad multicultural*, sino fundamento, base de donde la misma se nutre y enriquece.

Es claro que es sobre el elemento de la *imputación subjetiva* donde pueden desplegarse efectos particulares derivados de la peculiar condición del infractor⁽⁵⁵⁾. La culpabilidad integra el plano valorativo individual, a diferencia del juicio de antijuridicidad que es de naturaleza *objetiva*: éste indica el desvalor

(52) Vid. LARRAURI, Elena, “Feminismo y multiculturalidad”, en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, 1998, p. 43.

(53) No existiría, en suma, reconocimiento de esta especial valencia de salud como auténtico bien jurídico en tanto perteneciente a un orden moral cuya obligatoriedad está anclada en el plano anímico espiritual. Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, Presentación del Prof. Dr. Jorge Eduardo Buompadre, Prólogo del Prof. Dr. Edgardo A. Donna, MAVÉ, Mario A. Viera Editor, Corrientes (Argentina), 2000, p. 536.

(54) Vid. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Conciencia y Derecho penal; límites a la eficacia del Derecho penal en comportamientos de conciencia*, Comares, Granada, 1994, p. 167 ss.

(55) En sede de culpabilidad, lo distinto ha de ponderarse en su extensión diferencial, en contraste con los criterios axiológicos propios del examen de la antijuridicidad: lo igual como igual. Vid. TORÍO LÓPEZ, A., “El concepto individual de la culpabilidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, enero-abril 1985, pp. 286-288.

para el ordenamiento de una conducta, en tanto atentado contra un bien social, o, si concurre *causa de justificación*, la consideración de valiosa para el ordenamiento de una conducta en subsumible en un tipo penal ⁽⁵⁶⁾.

Una primera postura ha situado el problema de la contradicción valorativa intercultural en el plano de la imputabilidad, sea elemento o presupuesto de la culpabilidad: la persona altamente condicionada por su percepción cultural del mundo padece de una dificultad motivacional básica, que disminuye o puede anular su *capacidad de culpabilidad*. Así, en España, ante la actual insustanciabilidad de la eximente del art. 20.3.^a, se ha intentado reanimar al fosilizado precepto, dotándolo de una contemporánea *naturaleza multicultural*: “*El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad*”. Ciertamente, además de la mayor capacidad subsuntiva con que hoy se redacta la *anomalía o alteración psíquica* del art. 20.1.º del Código Penal, las alteraciones sensoriales que aquí son relevantes (clásicamente, la sordomudez) no suelen en nuestros días sumir a los afectados en ese abismo de incomunicación.

A través de esta conceptualización, se ha pretendido que la carencia de elementos de culturación acumula potencial suficiente para anular las bases de la imputabilidad. Quedarían exentos, pues, los *sujetos que no pueden acceder al conocimiento de las valoraciones ínsitas en las normas penales, por padecer una situación grave de incomunicación social desde el nacimiento o la infancia*. En suma, una inimputabilidad *por causas socio-culturales* ⁽⁵⁷⁾.

Para los movimientos *multiculturales* reivindicativos, sin embargo, situar la cuestión en el plano de la *imputabilidad* supone una humillante desvaloración que marca la estimación de inferioridad moral o mental de los miembros del colectivo. No sólo implica consagrar la sospechosa doctrina de la *eficacia incapacitante* de determinadas culturas. Supone, además, y en definitiva, cargar el peso de la discordancia valorativa en un déficit o menoscabo personal: en efecto, se dice, *no se puede considerar al indígena más inimputable que al no indígena, ya que el delincuente indígena es por regla general un sujeto plenamente desarrollado, tanto volitiva como intelectualmente* ⁽⁵⁸⁾.

(56) Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, Presentación del Prof. Dr. Jorge Eduardo Buompadre, Prólogo del Prof. Dr. Edgardo A. Donna, MAVÉ, Mario. A. Viera Editor, Corrientes (Argentina), 2000, pp. 106-111.

(57) MORALES PRATS, Fermín, “Artículo 20. 3.º Código Penal”, en *Comentarios al nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.

(58) SOLÍS MANSILLA, Osvaldo J., “Admapu y criminalidad mapuche actual”, en *Cuadernos de Criminología*, Policía de investigaciones de Chile, Instituto de Criminología, Santiago, 1999, p. 144.

Dejando a un lado la supuesta ausencia de sensibilidad de esta propuesta, ponderada, entre otros, por los pulidos partidarios de la *corrección política*, parece altamente artificioso estimar, en efecto, que la experiencia social de la culturización, aun asumida desde la infancia, sea de tal intensidad como para barrer la capacidad de culpabilidad personal, de modo que *no pueda comprenderse la ilicitud* de la mutilación o *actuar conforme a esa comprensión* (sea cual sea la acepción que se confiera a ese *pueda* legislativo, como *libertad de actuación* o *capacidad de motivación normal*). Sólo en algunos casos de exaltación fanática cabría, sin embargo, plantearse cuánto de personal y anímico (en el sentido de una alienación incapacitante ex artículo 20.1 del Código Penal) y no de condicionamiento exógeno, ambiental o socio-cultural, se concita en el caso.

El camino parece, en principio, expedito para llevar la cuestión al plano del *error de prohibición*, o, en términos del art. 14 del Código Penal, sobre la *ilicitud del hecho* ⁽⁵⁹⁾. No es imposible que diferencias culturales esenciales, y acaso invencibles, conduzcan al desconocimiento de la prohibición referida a la mutilación genital. Sin embargo, lo cierto es que pocos supuestos se adecuarían a las exigencias del *error de prohibición*. En la mayoría de los casos, se trata de un voluntario y consciente desacato a la norma. Así, en casi todos los supuestos de *mutilación genital* detectados en España se ha utilizado, como coartada elusiva, la ausencia de competencia territorial de los tribunales españoles, alegando oportunamente haberse realizado la operación allende las fronteras. Ello da idea de hasta qué punto existe conciencia del mandato normativo (y de sus límites aplicativos), que sin embargo se incumple.

El fundamento de la *inexigibilidad de otra conducta, o exigibilidad disminuida*, puede aportar las bases de otra interpretación del contexto antro-po-cultural en el que la mutilación genital se determina. Esta parece la solución no sólo más plausible desde el punto de vista dogmático, sino asimismo político ⁽⁶⁰⁾. Estaríamos ante una *situación motivacional* ⁽⁶¹⁾ diferencial, ciertamente *anormal* desde nuestra óptica, pero que, en cualquier caso, no radica en el sujeto, proyectando la sombra de su “incapacidad” cultural dondequiera que vaya.

En términos generales, aunque la *no exigibilidad* es admitida como criterio regulativo general, no ocurre lo mismo a la hora de estimarla *causa supralegal*, fuera de los supuestos legales de inculpabilidad ⁽⁶²⁾. Ahora bien, si se estima que *puede generar efectos exculpatorios fuera de las hipótesis específicas a las que*

(59) Vid. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *o.u.c.*, p. 237 y ss.

(60) Vid. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *o.u.c.*, p. 232 y ss.

(61) Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 4.ª edición, Barcelona, 1996, p. 608.

(62) Vid. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Teoría jurídica del delito/3*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 129.

sirve de genuino fundamento⁽⁶³⁾, pocos supuestos responden tan óptimamente al fundamento de la *no exigibilidad*, y en pocos casos su aplicación estaría mejor justificada.

Dadas las condiciones de socialización, dada la tolerancia jurídica en la mayoría de los países de procedencia, la posibilidad de obrar normativamente está apenas al alcance de muchas familias, educadas en los efectos medicinales, catárticos y morales de la conducta de mutilación genital de niñas. Cuando menos, el rigor de la exigencia debe ceder en base a fundamentos de equidad.

Una última solución aportada para supuestos en que la conciencia personal se impone sobre la influencia del mandato prohibitivo es la de estimar una causa suprallegal de exclusión de la pena, valorada sobre el caso concreto⁽⁶⁴⁾. Los fundamentos propios de la *punibilidad, necesidad, merecimiento y susceptibilidad de pena* estarían aquí ausentes, como ausente la conexión, entre las exigencias de la culpabilidad y las demandas político-criminales, que es propia de la punibilidad⁽⁶⁵⁾. Ocurre, sin embargo, que los criterios de excepcionalidad con que parece que debieran operar las excusas de punibilidad quebrarían, sin duda, ante la recurrencia con que tal recurso habría de ser tenido en cuenta.

3. La criminalización de la mutilación genital femenina y el principio de necesidad de intervención penal: acerca del llamado mito de la inutilidad del Derecho penal

Ante el dilema ético que aporta a nuestras instituciones la necesidad de reprimir la mutilación genital femenina, sin incurrir en una auténtica *victimización institucional*, procede una justa consideración de la oportunidad, necesidad y adecuación de poner en juego instrumentos penales, de acuerdo con los caracteres esenciales que invisten al Derecho penal⁽⁶⁶⁾. Bien es verdad que a veces este expediente se zanja con demasiada precipitación. Así, la probada inutilidad del Derecho penal para resolver éste y otros problemas sociales com-

(63) Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Universidad de Valencia, 1984, pp. 571 y ss.

(64) Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas realizadas por motivos de conciencia*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Madrid, 1993, pp. 71 y ss.

(65) Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, Tomo II, *Teoría jurídica del delito*, Vol. I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 2000, p. 66.

(66) Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1996, pp. 126-140.

plejos, justamente recordada por la doctrina, ha sido tildada de *mito* con un exceso de desenvoltura parlamentaria ⁽⁶⁷⁾.

Ciertamente, un riguroso planteamiento de la decisión criminalizadora exige la ponderación de los llamados límites *funcionales* al llamado *ius puniendi*, que conectan con el *principio de subsidiariedad*, el *carácter fragmentario* y el cometido de la *protección de bienes jurídicos peculiares* al Derecho penal ⁽⁶⁸⁾.

Si, desde el asociacionismo y los propios colectivos defensores de víctimas las medidas punitivas se rechazan, significativamente, como soluciones contra-productentes, parece que la airosa calidad de *mito* a la que se asocia este argumento no resulta aquí especialmente adecuada ⁽⁶⁹⁾. El debate sobre la *necesidad de intervención*, y, en su caso, el mejor modo de articular la misma, precisa un abordaje menos visceral y más asentado en la realidad que hoy vive el inmigrante.

Es claro que la erradicación del problema no puede relegarse al pulso entre las fuerzas sociales. Efectivamente, en el mundo occidental, cuando menos, estas prácticas terminarán decayendo por la fuerza de la pulsión dominante, pero no sin el concurso de más de una generación de víctimas. Las instituciones públicas han de tomar partido activo en tal campaña: y, ciertamente, será difícil que la sola represión penal pueda cumplir esta función social adaptativa.

El signo de las exposiciones parlamentarias en torno a la *mutilación genital femenina* es, sin lugar a dudas, el consenso y una excelente orientación de ética política. Sin embargo, en todo momento, la preocupación por la intervención punitiva parece sobreponerse sobre la consideración de la intervención, en todo caso precedente y preventiva, de tipo social y asistencial. En la alusión a la

⁽⁶⁷⁾ Senado, Diario de Sesiones de Pleno, núm. 52, Sesión del Pleno celebrada el jueves, 21 de junio de 2001, p. 2985. El argumento parlamentario del asesinato, que las leyes penales no erradican sin que nadie se plantee su destipificación, parece sobradamente desenfadado. En principio el asesinato, paradigma histórico de *delito natural*, aparece, por su propia esencia e implicación, apartado del debate de la *necesidad de intervención punitiva*. Es impensable hoy abordarlo desde perspectivas no penales (salvando los intentos de De Quincey de glosar su vertiente puramente “artística”). Ello no puede extrapolarse a otras áreas de criminalidad (droga, prostitución, suicidio, delitos bagatelarios, delitos sin víctima o estos delitos “multiculturales”) donde entran legítimamente en juego otros planteamientos sociológicos.

⁽⁶⁸⁾ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1996, pp. 53 y 54.

⁽⁶⁹⁾ *La asociación de Mujeres Anti Ablación de España, AMAM, rechaza la penalización*, Fuente: Europa Press, www.vocesdemujer.org/temas/derechos/ablacion.

función de las leyes penales, destaca una invocación *sobre todo* a la finalidad pedagógica, de transmitir al conjunto de la sociedad cuáles son los valores mínimos sobre los cuales no hay duda⁽⁷⁰⁾.

El énfasis en la pedagogía, inevitablemente espuria, de la *admonición penal* nos transporta al terreno del Derecho penal simbólico y de promoción. A costa de la *función instrumental* genuina, protectora de bienes jurídicos, la *función simbólica* de las leyes penales comienza a hacerse fuerte en la mente de nuestros legisladores⁽⁷¹⁾. Así, la transmisión de mensajes a la sociedad, a través de *leyes reactivas* (exhiben la rapidez de reflejos del derecho penal), *leyes identificativas* (demuestran la identificación legislativa con las preocupaciones sociales) o *declarativas* (aclaran cuáles son los valores correctos) cumple objetivos que apenas son colaterales a los clásicamente adscritos al Derecho penal⁽⁷²⁾.

El art. 15 de la CE proscribire los *tratos inhumanos y degradantes*, y reivindica como derecho fundamental la *inalienable dignidad de la persona*. Esta declaración no admite su sometimiento a transacción, y se establece firmemente como uno de los pilares filosóficos y normativos sobre los que nuestro Estado de Derecho se levanta.

Pero es bien cierto que antes de poder pedir cuentas y exigir, por ello, la satisfacción de las demandas punitivas, se hace preciso enviar un mensaje nítido, asentado prioritariamente, no en la amenaza penal, sino en las propias bases de la concesión de la ciudadanía.

Tal como indicamos, una primera perspectiva atañe a la dotación de sentido ultraformal al concepto de ciudadanía, algo más que la dispensa maquinal de unos documentos que permiten a heterogéneos contingentes humanos cubrir determinadas necesidades socio-económicas. Han de verse nítidamente perfilados, para el inmigrante, los límites sociales y culturales genéricos con los que

(70) Senado, Diario de Sesiones de Pleno, núm. 52, Sesión del Pleno celebrada el jueves, 21 de junio de 2001, p. 2985.

(71) A la imagen del Derecho penal como repertorio de valores *que se protegen* se superpone la del Derecho penal como catálogo de contenidos que se publicitan, reduciéndose la admonición penal a la condición de técnica de marketing, especialmente agresiva, eso sí. La promoción, en el mercado de consumo, se filtra por todos los poros de nuestra piel. Por su parte, la pedagogía social aspira a la formación de sensibilidades e internalización de reglas de vida: facetas ambas incompatibles, como bien se ha argumentado, con la condición de *ultima ratio* del Derecho penal. Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal, Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 97 ss.

(72) Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en *Actualidad Penal*, La Ley, n.º 1, semana 1-7 de enero de 2001, p. 17.

ha de transigir, para poder adquirir la ciudadanía. Una ciudadanía entendida como cultura común, proyecto político y social que los miembros sociales han de desarrollar aunadamente, aunque desde sus singulares modelos de convivencia legítima ⁽⁷³⁾.

En segundo lugar, la dotación de la infraestructura básica para lograr la promoción de los derechos humanos del inmigrante, que haga posible un acercamiento clarificador de tipo sanitario, y una comprensión de los valores de salud promovidos en nuestra sociedad. Así, para ello, se precisa un delicado esfuerzo de acercamiento y diálogo intercultural y mejora de las condiciones existenciales de los inmigrantes. La falacia de los mitos legitimantes, su verdadero sentido en la supeditación de la condición femenina, y el apercibimiento de la auténtica trascendencia psico-bio-social de la mutilación, sólo puede lograrse desde la plataforma de un diálogo sensible y no estigmatizador.

Si el Derecho representa una *ordenación objetiva de vida*, es preciso que ese sentido ordenador sea accesible al individuo, pueda tener ese valor regulatorio para quien ha de *determinarse subjetivamente* por la norma ⁽⁷⁴⁾. Como antes quedó apuntado, sin esos esfuerzos básicos, socialmente condicionantes, el sistema tendrá que aminorar sus demandas punitivas ante la obviedad de las condiciones de *no exigibilidad* presentes demasiadas veces en estos supuestos.

Sólo en último lugar, como no podía ser de otro modo, la criminalización de la conducta de *mutilación genital femenina* parece, en efecto, un expediente necesario para la motivación positiva de los ciudadanos en un sentido de respeto a la *integridad física* del menor. Muy especialmente, pasa esta vocación por la lucha, con instrumentos penales, por la erradicación de modos de vida basados en el ejercicio lucrativo de oficios socialmente desvaliosos.

Pero el tratamiento jurídico-penal de las madres y acaso de otros familiares partícipes en la actuación mutilatoria presenta otros aspectos controvertidos que cuestionan de otro lado la adecuación de la reacción institucional represora ante el problema de la mutilación genital femenina. En efecto, la *mutilación genital femenina* responde a unos específicos mecanismos de control de la sociedad patriarcal. Aquí, el control de género se ejerce vicarial e indirectamente: cuando los varones se niegan a aceptar esposas no mutiladas, pudiendo esta

⁽⁷³⁾ Vid. planteamientos afines en SYPNOWICH; Christine, "The culture of Citizenship", en *Politics & Society*, vol. 28 núm. 4, diciembre 2000, Sage Publications In., pp. 531-555, y VELASCO ARROYO, "Derechos de las minorías y democracia liberal. Un debate abierto", *Revista de Estudios Políticos*, julio/septiembre de 2000.

⁽⁷⁴⁾ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4.^a edición, totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de POLAINO-ORTS, Miguel, Bosch, Barcelona 2001, pp. 316 y ss.

carencia ser causa de repudio inmediato; cuando aquellas mujeres que se resisten a la práctica son apartadas de los beneficios sociales que, en algunos casos, son los únicos a los que pueden aspirar, y, finalmente, cuando el control cristaliza en la culturación de las mujeres en la idea de que tales prácticas constituyen bienes en sí mismas ⁽⁷⁵⁾.

En esas condiciones de control indirecto (por más que intenso), las sociedades patriarcales relegan la ejecución de sus instrucciones a *las propias mujeres*. Las mutilaciones de niñas son tildadas, con desenfado, de “cosas de abuelas”, asunto propio de mujeres ⁽⁷⁶⁾. Es raro que los varones intervengan en la transacción o en la ceremonia ⁽⁷⁷⁾. Ellas son las que apalabran a las parteras o curanderas. Ellas preparan anímicamente a las niñas. Ellas intervienen en el ritual, generalmente inmovilizando o sujetando a la víctima. La falsía, tantas veces denunciada, de neutralidad penal, lleva a la paradoja de que, aplicando las previsiones técnicas sobre autoría y participación, la criminalización terminará revirtiendo sobre las propias mujeres, que, a su vez, son víctimas del mismo sistema cuyas condiciones imponen a sus hijas.

Si a la actuación de quien mutila se aparece la autoría como título de participación, y a la de la madre implicada, en términos generales, le correspondería el de *inductora o cooperadora necesaria*, más correoso se presenta el calificar la intervención del padre, y su responsabilidad. La figura de un progenitor, altamente interesado, en abstracto, pero distraídamente ausente de los avatares y pormenores del caso concreto elude bonitamente cualquier intento de responder a las exigencias de la equiparación entre acción y omisión del art. 11 del Código Penal.

⁽⁷⁵⁾ Ello no sólo es válido para el caso de la mutilación como llave para el *status* matrimonial; igualmente, esta opresión puede volver a sentirse ante la precisión de una forzosa *reinfibulación post partum*, estando en juego no sólo el mantenimiento de la condición socio-económica de la esposa, sino también la amenaza de pérdida de sus hijos. Vid. LIGHFOOT-KLEIN, Hanny, *o.u.c.*, p. 5.

⁽⁷⁶⁾ Frecuentemente, los padres de las niñas aluden así a la naturaleza de estas prácticas. Vid. IRUJO; José M.^a, “Cientos de niñas que viven en España son mutiladas sexualmente”, *El País*, España, www.surmedia.com, p. 3.

⁽⁷⁷⁾ Vid. *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Informe de Amnistía Internacional*, Sección Española. “Dossier Informativo de Infomundi, Servicio de Información y documentación sobre el Tercer Mundo, Medicus Mundi”, junio de 1996, pp 2-3.

4. Supuestos de perpetración extraterritorial: las dificultades de aplicación del Derecho penal

Las complejidades en torno al tratamiento jurídico de este problema vienen a enrevesarse cuando, en la comisión, media una dolosa explotación de las limitaciones del principio territorial. En los casos detectados el argumento recurrente (y no siempre convincente) es que “se hizo allí”. El patético *turismo ablativo* estaría sostenido al coste incluso de sacrificios comunitarios que sufragarían estas peregrinaciones desde lugares tan distantes a África como Canadá o Australia.

Se aduce, así, que el principio territorial no permite ampliar la red del control social a casos de *mutilación genital* en el extranjero. De ahí que la *Comisión Técnica* que actualmente estudia la adecuación de nuestras leyes a la erradicación de estas prácticas haya de tomar en consideración el eventual retoque del artículo 23 de la LOPJ, para extender a tales supuestos una competencia universal que evitara la impunidad, tal como ya se hizo para el supuesto de la *prostitución y explotación sexual de menores* ⁽⁷⁸⁾.

Se ha avanzado la consideración del artículo 151 Código Penal, en cuya virtud, el envío de la menor con fines de mutilación, constituiría *provocación, conspiración y proposición para cometer los delitos anteriormente previstos del Título III, Libro II, De las lesiones*, actos preparatorios que se castigan con pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente ⁽⁷⁹⁾.

Otros argumentos en juego se basarían en la consideración de que el delito *se ha iniciado ya* (incuestionable, desde el punto de vista del *criterio de la actividad*) ⁽⁸⁰⁾ y de que el envío, predeterminado a la mutilación de la menor, es ya una acción punible perpetrada en suelo nacional. Dificultades técnicas que, en cualquier caso, son más fáciles de solventar que el dilema de ética social que a veces afecta a la necesidad, legitimidad o voluntad de aplicar el Derecho penal.

⁽⁷⁸⁾ Cambio operado por la LO 11/1999, de 30 de abril. Sin embargo, las modificaciones en orden a la persecución de la conducta son, en el caso de esta reforma, mucho más amplias: en la rectificación del artículo 23 de la LOPJ no sólo se amplía extraterritorialmente la competencia, sino que se renuncia al criterio de la *doble incriminación* y se modifica el régimen de prescripción de estos delitos, para que las posibilidades de persecución se mantengan activas hasta la edad adulta de la víctima menor de edad.

⁽⁷⁹⁾ Vid. BOLEA BARDÓN, Carolina y ROBLES PLANAS, Ricardo, “Las mutilaciones genitales y los límites de la tolerancia”, *El País*, edición para Catalunya, 5 de mayo de 2001.

⁽⁸⁰⁾ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, Tomo II, *Teoría jurídica del delito*, Vol. I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 2000, p. 174.

5. La *mutilación genital femenina* y el derecho de asilo

Las nuevas condiciones de bienestar, cultura o relativa autonomía personal comienzan a permear las comunidades de donde estas prácticas proceden; de ahí que se consignan ya puntuales movimientos migratorios, internos y al exterior, por parte de mujeres y adolescentes que intentan evadirse de estas prácticas o impedir que sus hijas pasen por ellas ⁽⁸¹⁾. Algunas llegan a trasponer fronteras buscando asilo en otros países.

La *condición de refugiado* se vincula, de acuerdo con la *Convención de Ginebra*, de 28 de julio de 1951, y al *Protocolo de Nueva York*, de 31 de enero de 1967 sobre Estatuto del Refugiado, en esencia, a motivos de persecución *por raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas*. Los fundamentos humanitarios que justifican el amparo de estos grupos vulnerables están plenamente presentes en el supuesto de mujeres evadidas por razón de amenazas de *mutilación genital*.

Ahora bien, la única subsunción posible del colectivo de niñas y adolescentes que trasponen las fronteras huyendo de las prácticas mutilatorias es el de *grupo social*, lo cual no parece lo suficientemente específico como para extenderles la condición de *refugiadas* que la obtención de Asilo requiere conforme a los Instrumentos Internacionales. Ciertamente, si son ya clásicas las dudas interpretativas suscitadas por la ambigüedad de las declaraciones internacionales en relación con el concepto cierto de *refugiado*, el problema se complica por la necesidad humanitaria de subsumir en él al colectivo de víctimas potenciales de *mutilación genital femenina* ⁽⁸²⁾.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas ha sostenido abiertamente la interpretación conforme a la cual una menor que no halla en su país protección contra la imposición de esta práctica puede ser considerada perseguida. La condición de *refugiada*, desde esta interpretación, alcanzará también a la madre que pide protección para su hija y se ve obligada a salir del país ⁽⁸³⁾.

(81) El destino de las evadidas es, por descontado, poco auspicioso. En algunos casos, son literalmente cazadas y conducidas por la fuerza. En Etiopía, significativamente, movimientos de revuelta política como el FLPE (Frente de Liberación Popular de Eritrea) atrajo contingentes de jóvenes de diversos lugares de Etiopía, concitadas por el común horror a la *mutilación genital*. Vid. LIGHFOOT-KLEIN, Hanny, *o.u.c.*, p. 6.

(82) Vid., sobre la falta de rigor en la vertebración internacional del concepto, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1996, p. 544.

(83) Vid. *La mutilación genital femenina y los derechos humanos*. Informe de Amnistía Internacional, Sección Española.

Países que han concedido este asilo son, hasta el momento, Canadá (1993), Estados Unidos (1996) y Suecia (1997), que sin embargo sólo les concedió permiso de residencia, por estimar, por su parte, que no se cumplían los requisitos para la concesión del estatuto de *refugiado*.

Recientemente, *Amnistía Internacional*, en su Sección española, ha reclamado programáticamente que el reconocimiento de esta condición sea tan formal como sustantivo tanto en España como en la Comunidad Internacional. En nuestra normativa, el Asilo *para los ciudadanos y los apátridas*, en los términos de nuestra Constitución⁽⁸⁴⁾, es un derecho de carácter público, emanado de la Soberanía del Estado y graciable, cuya concesión se funda en causas legales de justificación (que, tras la reforma operada a la *Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*, introducida por *Ley 9/1994*, residen esencialmente en *ser el peticionario titular de la condición de refugiado*⁽⁸⁵⁾). El actual desconcierto jurídico, de signo nacional e internacional, en relación con el significado e implicaciones de los conceptos de refugiado y asilado no abonan precisamente el terreno para una definida toma de posición al respecto⁽⁸⁶⁾.

Sin embargo, en nuestro país, se evidencia la voluntad política de proteger y acoger a las personas que huyen, por tales razones, en el marco de la ley de Extranjería así como conforme a la Ley de Asilo y Refugio. En coherencia, el pasado 2 de abril, en el Congreso de los diputados, la Comisión Mixta de los Derechos de la mujer elaboró una *Proposición no de Ley* en la que se insta al gobierno a proteger a las mujeres que se hayan visto obligadas a abandonar sus países de origen a causa de la violencia de género, entre las que cabe incardinar conductas como las *mutilaciones genitales* o los matrimonios forzados. Sin embargo, no son claros aún, en nuestro país, los perfiles jurídicos que habría de adoptar la dispensa de este prometido amparo.

(84) Artículo 13.4 de la Constitución española: *La ley establecerá los términos en que ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del Derecho de asilo en España.*

(85) *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4.ª edición, totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de POLAINO-ORTS, Miguel, Bosch, Barcelona 2001, pp. 559 y ss.

(86) *Vid.* CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, I, "Introducción", 5.ª edición, Tecnos, Madrid, 1996, p. 246.

VIII. VALORACIÓN FINAL

Las anteriores referencias a los modos, recurrencia y repercusión de las prácticas de *mutilación genital femenina*, así allende nuestras fronteras como, igualmente, entre nosotros, han convulsionado la conciencia ciudadana, una vez se han hecho del dominio público.

Es incuestionable que, así las cosas, nuestro país, que asume políticamente los derechos de los colectivos minoritarios a la preservación de su cultura, haya considerado inobjetable la *necesidad de intervención* a todos los niveles, rompiendo, por razones constitucionales, la plácida neutralidad abstencionista del *Estado Multicultural* más neoliberal.

En relación con la tutela penal de la niña inmigrante, las consideraciones críticas antes expuestas nos hacen asumir una postura cauta acerca de la aplicabilidad del Derecho penal, en esta parcela. Sin rechazar, en términos absolutos, la justicia de que nuestro Código Penal ofrezca respuestas puntuales a las exigencias de protección que demandan estas denigrantes prácticas, no pocas sombras cercan la virtualidad aplicativa de la propuesta mención final del artículo 149 Código Penal: en efecto, el elevado marco penológico de referencia (de seis a doce años), las condiciones de *no exigibilidad* referentes a un importante número de hipótesis y la carencia actual —pese a las manifestaciones de intenciones— de métodos preventivos de carácter no represor, pueden dar al traste con la efectividad de una regulación dispensada con carácter meramente apaciguador. No queremos ver, en suma, que esa inminente coda del art. 149 del Código Penal acabe dormitando al sol, como una exótica *serpiente de verano* ⁽⁸⁷⁾.

(87) Desde perspectivas preventivas sociales, se postula, audazmente, la mayor eficacia de operar sobre el “mercado matrimonial”, intentando acotar zonas sociológicamente *libres de exigencias mutilatorias*, más que reprimir casos aislados, que no afectarían a las condiciones matrimoniales genéricas. Se argumenta, en pro de esta estrategia, ser el modelo adoptado por los poderes políticos chinos para reprimir costumbres degradantes como el vendaje de los pies de las niñas. MACKIE, Gerry, *Ending footbinding and infibulation: A Convention Account*, American Sociological Review, diciembre de 1996, 61, pp. 999-1017.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LOS DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

**(Especial atención a la Sentencia del Tribunal Supremo,
Sala 2.ª, de 26 de junio de 2001 y a las Sentencias
de las Audiencias Provinciales)**

LUIS ROCA AGAPITO

*Doctor en Derecho. Prof. de Derecho Penal
Universidad de Oviedo (*)*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN SENTIDO ESTRICTO (ART. 319 DEL CP).
 - 1. Bien jurídico protegido.**
 - 2. Sujeto activo.**

(*) Por este motivo, las referencias fundamentales a la legislación urbanística autonómica lo serán a la del Principado de Asturias.

Quisiera expresar aquí mi agradecimiento a los Profs. de la Universidad de Oviedo D. Javier Domínguez Begega (Magistrado de la Audiencia Provincial de Asturias) y D. José Lorca Martínez (Fiscal de Menores de Asturias) por la ayuda que me han prestado en la recopilación de material jurisprudencial y bibliográfico y por sus comentarios al respecto.

3. Conductas punibles.

- A) La identificación jurisprudencial entre «construir» y «edificar».
- B) Su distinción sobre la base de las características del suelo y del carácter no autorizado o no autorizable de la actuación.

4. Otras cuestiones comunes a estas modalidades.

- A) Norma penal en blanco.
- B) Ley penal en el tiempo.
- C) Aspecto subjetivo.
- D) La demolición de lo construido o edificado (art. 319.3 del CP).

III. PREVARICACIÓN URBANÍSTICA (ART. 320 DEL CP).

I. INTRODUCCIÓN (**)

El presente trabajo tiene por objeto ofrecer al lector una panorámica de la jurisprudencia vertida por los diferentes Tribunales de Justicia en materia de delitos relativos a la ordenación del territorio (arts. 319 y 320 del CP).

Limitado, pues, el objeto de este trabajo al estudio de la jurisprudencia, las referencias a obras doctrinales las hemos querido reducir al mínimo. No es

(**) Abreviaturas: AA: Actualidad Administrativa; ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AJA: Actualidad Jurídica Aranzadi; AP: Actualidad Penal; ARP: Base de Datos Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias provinciales y otros Tribunales, Ed. Aranzadi; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial, Ed. CGPJ; CGC: Cuadernos de la Guardia Civil; CPC: Cuadernos de Política Criminal, EDERSA; D: Base de datos «El Derecho»; DJ: Documentación Jurídica, Ed. Ministerio de Justicia; EJMF: Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal; EPC: Estudios Penales y Criminológicos, Ed. Universidad de Santiago de Compostela; LH-Casabó Ruiz: *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Ed. Universidad de Valencia, 1997; LH-del Rosal: *Política Criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993; LH-Valle Muñiz: *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001; LL: La Ley; PJ: Poder Judicial, Ed. CGPJ; RCCPP: Revista de Ciencias Penales, Ed. Asociación Española de Ciencias Penales; RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología, Ed. UNED; RDP: Revista de Derecho Penal, Ed. Lex Nova; RDU: Revista de Derecho Urbanístico; RP: Revista Penal, Ed. Praxis/La Ley; TSJyAP: Repertorio de Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias provinciales y otros Tribunales, Ed. Aranzadi.

nuestra pretensión hacer aquí un profundo estudio de estos delitos, sino ofrecer un lugar de consulta de la jurisprudencia (hacemos referencia a casi un centenar de resoluciones, *vid. infra* apartado IV) ⁽¹⁾, pudiendo acudir luego a la bibliografía específica sobre esta materia para un mayor detalle ⁽²⁾.

Es preciso destacar que en este ámbito delictivo la importancia de las sentencias de las Audiencias Provinciales es más que evidente ⁽³⁾, y el hecho de que

(1) Véase también el exhaustivo examen de la jurisprudencia en esta materia llevado a cabo por URRAZA ABAD, «Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales», AP 2001, 595 ss.

(2) Existen numerosas monografías y varios trabajos colectivos sobre los delitos urbanísticos que tratan los diversos problemas que plantea su regulación. Entre otras obras, cabe citar las siguientes: AA.VV.: *La disciplina urbanística: el suelo no urbanizable, las parcelaciones ilegales y el nuevo Código Penal. Actas I [sobre el suelo no urbanizable, la disciplina urbanística y las parcelaciones ilegales] y II Jornadas [sobre la disciplina urbanística y el nuevo Código Penal]*, Ed. Gobierno de Aragón, Servicio Técnico de Inspección y Disciplina Urbanística, Zaragoza, 1997; AA.VV., *Derecho penal administrativo. (Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente)*, Ed. Comares, Granada, 1997; ACALE SÁNCHEZ, M.: *Delitos urbanísticos*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997; BLANCO LOZANO, C.: *El delito urbanístico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001; DOMÍNGUEZ LUIS/HERNÁNDEZ GARCÍA/FARRÉ DÍAZ/GRINDA GONZÁLEZ/HERVAS VERCHER/SOSPEDRA NAVAS/HERREROS VENTOSA: *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999; DOMÍNGUEZ LUIS, J.A./FARRÉ DÍAZ, E.: *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, Ed. Revista General de Derecho, Madrid, 2000; GARCÍA PLANAS, G.: *El delito urbanístico. Delitos relativos a la ordenación del territorio*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1997; GÓMEZ RIVERO, M.C.: *El régimen de autorizaciones en los delitos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999; GÓMEZ TOMILLO, M.: *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 2000; LASO MARTÍNEZ, J.L.: *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código penal (con referencias a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997; DE LA MATA BARRANCO, N.J. (ed.): *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.): *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio*, Ed. Consejería de Obras Públicas y Transporte, Sevilla, 1998; DE VEGA RUIZ, J.A.: *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, Ed. Colex, Madrid, 1996.

(3) Incluso, al referirnos a las Sentencias de las Audiencias Provinciales, habría que hablar de Jurisprudencia con mayúsculas, puesto que, a tenor de lo dispuesto en el art. 14.3 LECrim, los competentes para conocer de los delitos sobre la ordenación del territorio serán, por regla general, los Juzgados de lo Penal, cuyas decisiones son recurribles en apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial (art. 795.1 de la LECrim).

el Tribunal Supremo no haya llegado a conocer de estos casos sino hasta fecha muy reciente (STS, Sala 2.ª, de 26 de junio de 2001, Ponente Saavedra Ruiz) ⁽⁴⁾, ha dado lugar a que aquéllas hayan seguido criterios muy diversos en cuestiones centrales relativas a estos delitos, como pueda ser, por ejemplo, la condición especial o común de este delito.

Ciertamente, la reciente STS va a ofrecer, de cara al futuro más inmediato ⁽⁵⁾, un importante punto de referencia para esa jurisprudencia menor, que podrá así ir unificando criterios e impidiendo que casos semejantes sean tratados de manera muy diferente, como hasta ahora ha sucedido. Con todo, no se puede decir que el TS haya sentado jurisprudencia con dicha resolución, pues haría falta todavía otra resolución que confirmase su doctrina.

Unido a esta ausencia hasta el momento de un criterio unitario, se encuentra también el inconveniente de que en estas infracciones se carece por completo de precedentes judiciales anteriores a 1996, ya que nunca antes había estado vigente en nuestro ordenamiento una regulación de este tenor.

(4) Esta sentencia se encuentra publicada en *LL* n.º 5392, de 9 de octubre de 2001.

Hay que advertir que el TS pudo llegar a conocer de este caso, porque se pudo interponer recurso de casación [art. 847.b) LECrim] contra la SAP Pontevedra de 27 de septiembre de 1999, la cual se dictó en única instancia. La AP conoció en primera y única instancia, porque la redacción del art. 14 de la LECrim vigente a la conclusión del procedimiento abreviado incoado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cambados, otorgaba entonces la competencia a la AP para conocer de los delitos graves (arts. 13.1 y 33.2 del CP: pena de prisión superior a tres años), y el delito por el que se le acusaba era el del art. 338 en relación con el 319 del CP, que está sancionado con una pena de prisión de tres a cuatro años y medio (pena superior en grado a la del art. 319 del CP).

Hoy, en cambio, sería difícil que la AP llegase a conocer en única instancia en un caso parecido, porque, como es sabido, por Ley 36/1998, de 10 de noviembre, las Audiencias conocen ahora de las causas por delitos con pena superior a cinco años de prisión.

(5) De cara al pasado, puede consultarse el breve balance que hace VERCHER NOGUERA sobre los primeros cinco años de vigencia del CP en esta materia [«A modo de cuestionario sobre los delitos urbanísticos tras cinco años de vigencia», *RDU* 187 (2001), 47 ss.]. Véase también del mismo autor «Algunas reflexiones generales sobre la relación Derecho Penal-Derecho administrativo en el contexto de la ordenación del territorio», *EJMF* 2000-1, 589 ss.

En efecto, el CP de 1995 regula por vez primera en nuestra historia el denominado “delito urbanístico”⁽⁶⁾. Concretamente lo hace en los arts. 319 y 320 del CP, ubicados dentro del Tít. XVI del Lib. II del Código, bajo la rúbrica «Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente». Este Título reúne un conjunto de materias muy heterogéneas como puede deducirse de su propia estructura. Dicho Título está dividido en cinco Capítulos: el primero se ocupa «De los delitos sobre⁽⁷⁾ la ordenación del territorio» (arts. 319 y 320); el segundo tiene por objeto los «delitos sobre el patrimonio histórico» (arts. 321 a 324); el tercero regula los «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» (arts. 325 a 331); el cuarto se refiere a los «delitos relativos a la protección de la flora y fauna» (arts. 332 a 337); y concluye este Título con un Capítulo, el quinto, referente a unas «Disposiciones comunes» a los anteriores Capítulos (arts. 338 a 340).

Todo este conjunto de disposiciones se ha pretendido, a veces, reunirlo en torno a un referente común: el medio ambiente. Ciertamente es que en el anterior CP el medio ambiente había sido también objeto de protección. Sin embargo, lo había sido de una manera bastante dispersa⁽⁸⁾. Por el contrario, en el NCP se pretende aglutinar la materia medioambiental en un único Título, fundamentalmente en el Tít. XVI, como hemos visto.

No obstante, resulta preciso aclarar que el CP de 1995 presenta importantes novedades en este ámbito con respecto al ACP. Por un lado, los delitos contra el

(6) En Derecho comparado no suele ser habitual incluir las infracciones penales en materia urbanística dentro del propio CP. En algunos países, como Alemania, los ilícitos urbanísticos ni siquiera rebasan el ámbito administrativo, y en otros países, como Francia o Italia, se encuentran regulados en Leyes penales especiales. Un estudio de la regulación italiana puede verse en ACALE SÁNCHEZ, «La protección penal del ambiente frente a las agresiones urbanísticas en la legislación italiana», *CPC* 60 (1996), 677 ss., con ulteriores referencias.

(7) En cuanto al uso de esta preposición, véase CASTRO BOBILLO, «Los delitos contra la ordenación del territorio», *AP* 1997, 405.

(8) Como es sabido, el llamado “delito ecológico” se recogía en el art. 347 bis ACP (introducido por LO 3/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP), y los delitos de incendios forestales se contenían en los arts. 553 bis a), bis b) y bis c) ACP (introducidos por LO 7/1987, de 11 de diciembre).

ACALE SÁNCHEZ, al analizar los primeros pronunciamientos jurisprudenciales en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio, ve un cierto paralelismo entre la situación suscitada a raíz de la introducción del art. 347 bis ACP y la producida tras la entrada en vigor del CP de 1995 en relación con los delitos urbanísticos («Primeros pronunciamientos jurisprudenciales en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Jerez de la Frontera, de 7 de mayo de 1998», *AP* 1999, 1 ss.).

medio ambiente y contra el patrimonio histórico (ahora Caps. II, III y IV del Tít. XVI) experimentan importantes modificaciones de contenido (en las cuales nosotros no vamos a entrar ahora). Pero por otro lado, como ya hemos señalado, se recogen también intereses que con anterioridad no se protegían, como es la «ordenación del territorio» del Cap. I aludido. De ello cabe deducir que la ordenación del territorio es un interés independiente del medio ambiente, aunque se reconozca que entre ellos existan, lógicamente, mutuas relaciones⁽⁹⁾. En la jurisprudencia de las Audiencias está muy presente esta doble componente, según podremos comprobar más adelante al hablar del bien jurídico protegido⁽¹⁰⁾.

Esta protección de la ordenación del territorio, pese a que resulte ser una novedad introducida por el CP de 1995, había sido reivindicada, sin embargo, ya desde el Proyecto de CP de 1980⁽¹¹⁾. Por tanto, el NCP no hace más que culminar una vieja aspiración exigida hace ya más de cuatro lustros. Pero pese a esta insistencia en su introducción, el legislador de 1995 no ha expresado sufi-

(9) Parece que constitucionalmente incluso también está reconocida esa autonomía. Concretamente, el medio ambiente se encuentra regulado en el art. 45 CE y la ordenación del territorio en el art. 47 CE. Además, el art. 148.1, al aludir a las competencias que las CC.AA. pueden asumir, cita en el n.º 3 la «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda», y, separadamente, en el n.º 9 la «gestión en materia de protección del medio ambiente» [DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente», *DJ* n.º 37/40 (1983), vol. 2, 881 s.; utilizan también esta referencia constitucional, entre otros, ORTEGA MONTORO, «Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código penal de 1995», *LL* 1997-6, 1535; SALINERO ALONSO, «Delitos contra la ordenación del territorio», *LL* 1997-4, 1333; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, «Delitos sobre la ordenación del territorio: el delito urbanístico en el nuevo Código Penal», *CPC* 1997, 671].

(10) Véase, por ejemplo, la SAP *Cádiz*, Secc. 3.ª, de 4 de enero de 1999, según la cual se «protege un bien jurídico que antes sólo lo estaba por normas administrativas, como es la ordenación del territorio, tipificando acciones que perjudican gravemente la idónea regulación del suelo, con efectos perturbadores y nocivos para la naturaleza». Y paradigmática en este sentido de acentuar la componente medioambiental es la SAP *La Coruña*, Secc. 6.ª, de 7 de marzo de 2000 (*infra* II 1).

(11) En relación con la regulación en estos intentos fallidos de nuevo texto punitivo, véanse, por todos, RODRÍGUEZ RAMOS, «Los delitos urbanísticos en el Proyecto de Código penal», *LL* 1981-2, 888 ss., para el Proyecto de CP de 1980; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *DJ* n.º 37/40 (1983), vol. 2, 877 ss., para la PANCP de 1983; RODRÍGUEZ RAMOS, «Política criminal y reforma penal. El Anteproyecto de Código Penal de 1992. De los delitos relativos a la ordenación del territorio, al medio ambiente, a la caza y a la pesca», *LH-del Rosal*, 919 ss., para el Anteproyecto de CP de 1992; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «Reflexiones en torno a la proyectada regulación del delito urbanístico», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* n.º extr. 23 (1992), 2673 ss., para el Proyecto de 1992.

cientemente cuáles han sido las razones que, a su juicio, justificaron la introducción de dicha regulación⁽¹²⁾. En este punto, la Exposición de Motivos del CP de 1995 se limita a indicar únicamente que «se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela de una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales...». Pero no dice nada más⁽¹³⁾.

Ciertamente la idea del principio de intervención mínima, junto con la de subsidiariedad y de *ultima ratio* que debe inspirar el Derecho penal, es un referente constante en toda la jurisprudencia en esta materia (*infra* II, 2, 4). Se acude muchas veces al mismo para superar las deficiencias de la redacción legal, tratando de dotar a estas disposiciones de un cierto contenido de lesividad material⁽¹⁴⁾.

(12) Sobre el problema político-criminal de fondo, véase, por todos, QUINTERO OLIVARES, «Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio», *CDJ* 1997 t. XI («Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador»), 349 ss.

(13) El Proyecto de CP de 1992 (antecedente inmediato del Proyecto de 1994 que sería el que al fin y a la postre culminaría en el CP de 1995) sí contenía una explicación más detallada (véase el Proyecto CP de 1992 en *AP Legislación* 1992, 934 ss., especialmente 949 s.).

(14) Véase al respecto el artículo de SILVA SÁNCHEZ, «¿Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español», *AP* 1998, 435 ss., quien entiende que con el art. 319 del CP más que el principio de intervención mínima (que según una asentada jurisprudencia carece de rango constitucional), los principios que se verían comprometidos serían los de proporcionalidad y de legalidad. Para evitar en lo posible su inconstitucionalidad propone “proceder por vía interpretativa, tratando de adecuar el tipo al menos a las exigencias materiales que la Constitución exige a la intervención del Derecho penal. En particular, puede ser operativa en este sentido una *reducción teleológica* consistente en exigir para las conductas materialmente típicas la concurrencia de una puesta en peligro grave de las propiedades del suelo como elemento integrante del hábitat humano” (449). Sigue expresamente a SILVA SÁNCHEZ en este punto la SAP *Jaén*, Secc. 1.ª, de 4 de septiembre de 2000.

Una reflexión más general sobre la forma de ajustar el Derecho penal tradicional a las nuevas formas de delincuencia, y los problemas que ello presenta, puede verse en SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 1999. Véase también la recensión a esta obra de SANZ MORÁN, *RDP* 2 (2001), 293.

Entre que el legislador penal poco aclara al respecto y que tampoco se cuenta con precedentes judiciales, como hemos dicho, resulta lógico que en las sentencias de las Audiencias Provinciales se recurra con frecuencia a los argumentos esgrimidos por la doctrina a la hora de solventar ciertos problemas que plantea su regulación⁽¹⁵⁾, cosa que, por otro lado, no es nada habitual que suceda.

Veamos cuáles son algunos de estos problemas y su tratamiento en las distintas Audiencias. Empecemos por los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto contenidos en el art. 319 (apartado II), para a continuación hacer referencia a la prevaricación urbanística del art. 320 (apartado III).

II. DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN SENTIDO ESTRICTO (ART. 319 DEL CP)

1. Bien jurídico protegido

El primer problema que se plantea, como en cualquier otra figura delictiva, es la determinación del bien jurídico protegido⁽¹⁶⁾. Ya hemos hecho referencia más arriba a que en algunas ocasiones se ha visto el medio ambiente como el bien jurídico protegido en estos delitos (por ejemplo, la SAP *La Coruña* Secc. 6.ª de 7 de marzo de 2000)⁽¹⁷⁾.

(15) Referencias doctrinales pueden encontrarse, entre otras sentencias, en las siguientes: SAP *Zaragoza*, Secc. 3.ª, de 25 de enero de 1999; *Málaga*, Secc. 1.ª, de 9 de septiembre de 1999 y 19 de enero de 2000; *Cádiz*, Secc. 4.ª, de 28 de mayo de 1999 (Rec. Apelación 14/1999), 28 de mayo de 1999 (Rec. Apelación 16/1999), 28 de mayo de 1999 (Rec. Apelación 20/1999), 20 de octubre de 1999 (Rec. Apelación 74/1999), 20 de octubre de 1999 (Rec. Apelación 86/1999); *La Coruña*, Secc. 6.ª, de 7 de marzo de 2000; *Alicante*, Secc. 7.ª, de 27 de febrero de 2001; Auto AP *Castellón*, Secc. 2.ª, de 31 de julio de 1999; SAP *Jaén*, Secc. 1.ª, de 4 de septiembre de 2000.

(16) Específicamente sobre esta cuestión, véanse, entre otros, BERNAL DEL CASTILLO, «Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos», *RDPC* 3 (1999), 11 ss.; MATELLANES RODRÍGUEZ, «Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio», *RP* 8 (2001), 60 ss.; SILVA FORNÉ, «Delitos sobre la ordenación del territorio: bien jurídico tutelado y política criminal», *RCCPP* 1 (1998), 433 ss.

(17) Esta resolución afirma que “en relación con el tipo agravado [para ella el 319.1] podemos decir de modo descriptivo que el bien jurídico protegido es el medio ambiente en tanto que, siendo susceptible de protección especial, así haya sido establecido normativamente”. Y continúa diciendo: “Para llegar a tal conclusión hay que partir de que el medio ambiente, constitucionalmente protegido en el art. 45 CE, es un nuevo concepto jurídico indeterminado, acerca del que también hay discrepancias... Por su parte, si nos fijamos

Sin embargo, la mayoría de las sentencias consultadas, pese a que puedan destacar el aspecto de atentado contra el medio ambiente, entiende que el bien jurídico que predomina es la ordenación del territorio⁽¹⁸⁾. Es decir, un bien jurídico independiente del medio ambiente y del patrimonio histórico, que en menor medida son también bienes tutelados en este Capítulo.

Para la jurisprudencia la ordenación del territorio no es meramente la regulación o la normativa administrativa de la ordenación del suelo, pues ello conllevaría el peligro de convertir a estas infracciones en meros delitos formales (meros ilícitos administrativos elevados a la categoría de delito). La jurisprudencia

ahora en el tipo agravado podemos encontrar una clara vinculación o semejanza entre los lugares descritos en el mismo [el 319.1], y los propugnados como integradores del medio ambiente por esta doctrina, por lo que fácilmente se puede comprender la efectiva vinculación del precepto con la necesidad de proteger el medio ambiente”.

Esos lugares a que haría referencia la doctrina, desde una postura intermedia del medio ambiente, incluirían el suelo, el subsuelo, el agua, el aire, la flora, la fauna, paisajes, bellezas ambientales y el patrimonio histórico artístico (f.j. 3.º).

(18) A este respecto, LÓPEZ RAMÓN aclara que más que ordenación del territorio, lo protegido sería la “legalidad de la actividad urbanística”, pues, “la ordenación del territorio es un concepto que se refiere a una función pública de corrección de los desequilibrios territoriales, que no resulta implicada, ni siquiera indirectamente, cuando en los artículos 319 y 320 del CP se tipifican los delitos de construcción no autorizada, de edificación no autorizable en suelo no urbanizable y de prevaricación urbanística” [«Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos», *RDU* 151 (1997), 54 s.].

En una línea similar de “identidad ontológica entre delitos e infracciones administrativas” se pronuncian, entre otros, LLIDÓ SILVESTRE, «Algunas notas administrativas sobre el delito urbanístico», *AA* 1997, 242; y ROMERO REY, «Interrelaciones entre la protección penal y la protección administrativa de la ordenación del territorio. En especial, el artículo 319 del Código Penal», *RDU* 177 (2000), 101. Y en parecidos términos, ESTÉVEZ GOYTRE considera que “la incardinación de un acto ilícito en uno u otro sector del ordenamiento jurídico para, en consecuencia, poder ser sancionado con la aplicación de una pena o sanción administrativa, no responde a unos criterios preestablecidos ni cerrados. Es, por el contrario, un concepto puramente normativo de modo que un mismo hecho puede ser considerado, ora infracción administrativa, ora delito o falta, siendo ésta una decisión puramente política que depende exclusivamente de las decisiones que adopte el poder legislativo en cada momento” («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», *AA* 1996, 634).

En definitiva, tras estas palabras se esconde la cuestión última y muy problemática de la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo, sobre la cual no se puede afirmar nada con absoluta rotundidad. Sobre ello, véase por todos TORÍO LÓPEZ, «Injusto penal e injusto administrativo. (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», *LH-García de Enterría* (1991), 2529 ss.

dencia, con buen criterio, ha intentado materializar el bien jurídico «ordenación del territorio»⁽¹⁹⁾.

Aquello que dotaría a estos delitos de un determinado contenido material de injusto estaría constituido por el atentado contra el mandato constitucional de una “utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general” (SSAP *Málaga*, Secc. 1.^a, de 9 de septiembre de 1999 y 19 de enero de 2000)⁽²⁰⁾. La AP *Cádiz*, que es la que mayor número de resoluciones ha dictado sobre estas infracciones, se ha pronunciado también en este sentido en varias ocasiones. Así, la SAP *Cádiz*, Secc. 8.^a, de 3 de febrero de 2000 afirma que “el bien jurídico protegido no es tanto la normativa urbanística como el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de «utilización racional del suelo orientada a los intereses generales»”⁽²¹⁾. Cabría citar igualmente en este sentido las SSAP *Cádiz*, Secc. 1.^a, de 4 de enero de 1999, 31 de mayo de 1999 y 7 de junio de 1999; el Auto AP *Vizcaya*, Secc. 2.^a, de 29 de junio de 1999; y la SAP *Palencia*, Secc. Única, de 14 de marzo de 2000, que coincide en sus declaraciones al respecto con el Auto de la AP de *Vizcaya*⁽²²⁾.

(19) Como ha dicho la SAP *Cádiz* Secc. 1.^a de 11 de septiembre de 1998, “el bien jurídico que protege el artículo 319 comentado, no es la mera legislación urbanística en modo alguno, sino el mismo medio ambiente en su aspecto referido a la ordenación del territorio y el cuidado del suelo no urbanizable por su destino especial”.

Semejante preocupación también está presente en la doctrina. Véase, a título meramente ejemplificativo, PAREDES CASTAÑÓN, «Delitos sobre la ordenación del territorio», *TSJyAP* 8 (2000), 11 (con ulteriores referencias).

(20) Estas sentencias siguen expresamente en este punto a Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN. Véase de este autor «Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio», *CDJ* 1998, t. X [«Empresa y derecho penal (II)»], 145 ss.; también en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Trivium, Madrid, 1997, 3189 ss.

En términos parecidos, también VERCHER NOGUERA, «Los delitos sobre la ordenación del territorio», en AA.VV., *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*, Ed. Diario Expansión, 1999, 421 ss., y concretamente este autor recalca el papel del término “racional” (427).

(21) La siguen, entre otras, SAP *Cádiz*, Secc. 8.^a, de 16 de febrero de 2000 (n.º 23/2000); de 16 de febrero de 2000 (n.º 25/2000); 17 de febrero de 2000 (n.º 26/2000); 17 de febrero de 2000 (n.º 27/2000); 18 de febrero de 2000; 23 de febrero de 2000 (n.º 79/2000); 23 de febrero de 2000 (n.º 80/2000); 30 de junio de 2000; 5 de julio de 2000; 6 de septiembre de 2000].

(22) Ya RODRÍGUEZ RAMOS hablaba de un bien jurídico «urbanismo», como “equivalente a calidad de vida y, más concretamente, a calidad del marco físico de esa vida, a calidad del hábitat” [«La protección penal del urbanismo. Pautas para criminalizar algunas conductas», *RDU* 81 (1983), 39].

2. Sujeto activo

El sujeto activo es, sin duda alguna, el elemento típico de estas infracciones cuya interpretación ha suscitado mayores problemas a los Tribunales ⁽²³⁾. El art. 319 del CP circunscribe el ámbito del sujeto activo a «los promotores, constructores o técnicos directores», planteándose el dilema de si debe tratarse de profesionales dedicados habitualmente a tales actividades, o si por el contrario, sujeto activo puede serlo cualquiera que esporádicamente «promueva o construya».

Con respecto a los «técnicos directores» parece que no ofrece duda la condición de delito especial. La STS de 26 de junio de 2001 señala en este punto que “los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función”, de tal manera que “tanto el proyectista como los directores precisan estar en posesión de la correspondiente titulación académica y profesional habilitante” ⁽²⁴⁾.

Las otras dos posibilidades de ser sujeto activo (promotor o constructor) ofrecen, sin embargo, una gran polémica en el seno de la jurisprudencia, no siendo infrecuente incluso el hecho de darse discrepancias hasta en el seno de una misma sede judicial ⁽²⁵⁾.

En efecto, la jurisprudencia se encuentra claramente dividida en dos grandes grupos. Por un lado, se encuentran aquellas Audiencias partidarias de exigir en el sujeto activo la condición de profesional dedicado a estas actividades. Dentro de este grupo —en términos cuantitativos, podríamos decir que mayori-

Para ALONSO ÁLAMO, en cambio, un concepto tan amplio del bien jurídico protegido parece excesivo, y a su juicio, “medio ambiente, ordenación del territorio y patrimonio histórico pueden y deben ser distinguidos conceptualmente” [«Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo», *CGC* 17 (1997), 71].

⁽²³⁾ Véase específicamente sobre esta cuestión, entre otros, los trabajos de MAGRO SERVET, «Los particulares y la autoría en los delitos de construcción ilegal», *LL* 2001-1, 1623, quien llega a solicitar incluso una aclaración legislativa al respecto; y VERCHER NOGUERA, «Constructores, promotores y técnicos directores en los delitos contra la ordenación del territorio a la luz de la reciente jurisprudencia penal», *AJA* n.º 357, 17 de septiembre de 1998.

⁽²⁴⁾ En este mismo sentido ya se habían pronunciado las SSAP *Palencia* de 17 de marzo de 1998 y 13 de julio de 1998.

⁽²⁵⁾ En la AP *Cádiz* ha llegado a darse el caso extremo de dictarse dos resoluciones el mismo día que siguen criterios diferentes: la SAP *Cádiz*, Secc. 2.ª, de 30 de junio de 2000 (Ponente Álvarez-Ossorio Benítez) que no exige la profesionalidad, y la SAP *Cádiz*, Secc. 8.ª, de 30 de junio de 2000 (Ponente Marín Fernández), que, en cambio, sigue el criterio mayoritario de la Audiencia, exigiendo la profesionalidad.

tario— cabría incluir, entre otras, las Audiencias de *Cádiz*⁽²⁶⁾, *Castellón*⁽²⁷⁾, *Córdoba*⁽²⁸⁾, *Girona*⁽²⁹⁾, *Huelva*⁽³⁰⁾, *Lugo*⁽³¹⁾, *Málaga*⁽³²⁾, *Pontevedra*⁽³³⁾, *Valencia*⁽³⁴⁾ y *Valladolid*⁽³⁵⁾.

(26) Véase, entre otras, las SSAP *Cádiz*, Secc. 1.ª, de 31 de mayo de 1999, 7 de junio de 1999, 22 de septiembre de 1999, 27 de septiembre de 1999, 10 de enero de 2000 y 3 de marzo de 2000. En contra, existe también alguna sentencia de la misma Secc. 1.ª, SAP *Cádiz* de 11 de septiembre de 1998. No obstante, el criterio mayoritario de esta Audiencia es la exigencia de profesionalidad. Véase, por todas, la SAP *Cádiz*, Secc. 4.ª, de 28 de mayo de 1999 (Rec. Apelación n.º 14/1999), en la cual se dice que esta cuestión “motivó, que el pasado 10 de mayo del año en curso, se debatiera en Pleno por esta Audiencia, llegándose a la unánime conclusión, de que se trataba de un delito especial”.

(27) Auto AP *Castellón*, Secc. 2.ª, de 31 de julio de 1999.

(28) SAP *Córdoba* de 15 de diciembre de 1998.

(29) SAP *Girona*, Secc. 3.ª, de 24 de septiembre de 1999.

(30) SAP *Huelva* de 3 de enero de 2000, la cual no analiza expresamente el círculo del sujeto activo, pero habla de “sus únicos posibles autores”, lo cual parece indicar que lo considera un delito especial.

(31) SAP *Lugo* de 25 de abril de 2000 (n.º 248/2000), según la cual “sólo pueden ser sujetos activos del mismo los profesionales de construcciones (...) Debiendo mantenerse, pues (...) sólo la responsabilidad por falta de desobediencia del art. 634 del CP...”.

Algún autor ha propuesto en estos casos en que el sujeto sigue construyendo calificarlos como delito continuado en concurso con otro de desobediencia a la autoridad (CATALÁN SENDER, «El delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística, los principios generales del Derecho y las cuestiones previas. Hacia una interpretación sistemática del mismo», *CPC* 1998, 566).

(32) SSAP *Málaga*, Secc. 1.ª, de 9 de septiembre de 1999 y 19 de enero de 2000.

(33) SAP *Pontevedra*, Secc. 3.ª, de 24 de julio de 2000, la cual después de exponer tanto los argumentos a favor del carácter especial de estos delitos, como en contra del mismo, opta por mantener una tesis restrictiva. Si bien hay que aclarar que esta decisión ha sido anterior a que el TS confirmase una SAP *Pontevedra* de 27 de septiembre de 1999 que condenaba por delito urbanístico a un particular. Por ello, quizás en un futuro esta Audiencia reconsidere su postura.

(34) SAP *Valencia*, Secc. 1.ª, de 12 de septiembre de 2000 y, Secc. 5.ª, de 17 de enero de 2001.

(35) SSAP *Valladolid*, Secc. 2.ª, de 15 de junio de 1998, 3 de septiembre de 1998 y 1 de diciembre de 1998.

Por otro lado, frente a éstas estarían el propio *Tribunal Supremo* ⁽³⁶⁾ y aquellas otras Audiencias que consideran que el sujeto activo en estos delitos puede serlo cualquiera, entre las que se encuentran las Audiencias de *Baleares* ⁽³⁷⁾, *Cáceres* ⁽³⁸⁾, *Jaén* ⁽³⁹⁾, *La Coruña* ⁽⁴⁰⁾, *Palencia* ⁽⁴¹⁾ y *Zaragoza* ⁽⁴²⁾, entre otras.

Las Audiencias que se decantan por el carácter común de estos delitos definen al **promotor** como aquella persona que “hace o practica las diligencias conducentes al logro de la construcción, que pueden ser previas, simultáneas o posteriores al comienzo de la construcción; normalmente es quien sufraga económicamente la obra, o pone los medios precisos para que la misma se haga realidad, o al menos quien de forma relevante coadyuva con sus gestiones a que la construcción se realice”. Y por **constructor** se entiende la “persona que materialmente ejecuta la construcción, aportando al efecto su trabajo, y en

(36) La STS de 26 de junio de 2001 declara que “el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores la mera capacitación profesional. Y esta situación posterior a la entrada en vigor de la Ley [de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999] no es distinta a estos efectos a la existente con anterioridad a la misma, lo que significa que la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores, con independencia en relación con estos últimos de su responsabilidad fiscal o administrativa por falta de capacitación”.

(37) SAP *Baleares*, Secc. 2.ª, de 29 de abril de 2000.

(38) SAP *Cáceres*, Secc. 2.ª, de 24 de febrero de 1998.

(39) SAP *Jaén*, Secc. 2.ª, de 29 de mayo de 2000, que en el caso concreto que enjuiciaba, condenó al acusado “independientemente de su profesión de carpintero”. Tampoco exige la profesionalidad la SAP *Jaén*, Secc. 1.ª, de 4 de septiembre de 2000.

(40) SAP *La Coruña*, Secc. 2.ª, de 5 de julio de 1999 y SAP *La Coruña* Secc. 6.ª de 7 de marzo de 2000, que condenan a “un no profesional de la construcción”.

Por otra parte, no nos queda del todo claro qué criterio es el que mantiene la SAP *La Coruña*, Secc. 2.ª, de 5 de mayo de 2000, porque tras exponer los criterios divergentes existentes en la jurisprudencia, a continuación, declara que “en todo caso es preciso que el sujeto conozca las técnicas y habilidades para la promoción y construcción, lo que no es lícito presumir en el hecho enjuiciado, dada la profesión —patrón de bajura— del inculpa-do”.

(41) SSAP *Palencia* de 17 de marzo de 1998, 14 de abril de 1998, 13 de julio de 1998, 31 de diciembre de 1998.

(42) Aunque con un criterio vacilante, pues si bien en las SSAP *Zaragoza*, Secc. 1.ª, de 11 de mayo de 1999 y 15 de junio de 1999 se afirma que cabe incluir al “auto constructor”; en cambio, en la SAP *Zaragoza*, Secc. 3.ª, de 25 de enero de 1999, se entiende que la enumeración que hace el precepto, “parece exigir una cierta profesionalidad en quien realiza la conducta”.

ocasiones también los materiales necesarios para llevar a cabo la concreta obra o construcción de que se trate” (43).

No obstante, las sentencias más recientes que optan por el carácter no profesional del sujeto activo, entre las que se encuentra la del propio TS de 26 de junio de 2001, se apoyan en la definición legal contenida en el **art. 9.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación**, que define al **promotor** como «cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título». Y por **constructor** se entiende la persona que “asume contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato, [y quien] deberá tener la titulación o capacitación profesional que habilite para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor”. De tal manera que “ello significa —continúa el TS— 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”. Y concluye diciendo: “la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores” (44).

Veamos cuáles han sido los argumentos que esgrimen los órganos jurisdiccionales en favor de sus decisiones (45). Para ello seguiremos un orden basado

(43) SAP *Palencia* 17 de marzo de 1998. En este sentido, también SAP *Palencia* 14 de abril de 1998, 13 de julio de 1998, 31 de diciembre de 1998.

(44) En este sentido, citando también el art. 9.1 LOE, entre otras, SAP *La Coruña*, Secc. 6.ª, de 7 de marzo de 2000; SAP *Jaén*, Secc. 2.ª, de 29 de mayo de 2000; SAP *Cádiz*, Secc. 2.ª, de 30 de junio de 2000, la cual, aunque no condenó al acusado porque en el momento en que se desarrollaron los hechos aún no había entrado en vigor la LOE, sin embargo, considera que “la situación de duda que existía dado el vacilante posicionamiento de la Jurisprudencia y la Doctrina, que obligaba a la aplicación del *in dubio*”, con la aparición de esta Ley se disipa; SAP, *Jaén*, Secc. 1.ª, de 4 de septiembre de 2000.

Con anterioridad a esta Ley, también alguna sentencia había utilizado en favor suyo otras definiciones legales de promotor. Así, la SAP *Cádiz*, Secc. 1.ª, de 11 de septiembre de 1998 se basó en la legislación vigente sobre viviendas de protección oficial.

(45) Salvo algunas sentencias que citaremos en los lugares oportunos cuando queramos resaltar algo que nos haya llamado la atención, las sentencias que ofrecen los argumentos fundamentales en relación con este tema son, entre otras, las siguientes: STS de 26 de junio de 2001; SAP *Cádiz*, Secc. 4.ª, de 28 de mayo de 1999 (Rec. Apelación n.º 14/2000); a la cual siguen, entre otras, las de 28 de mayo de 1999 (Rec. Apelación n.º 16/1999), 28 de mayo de 1999 (Rec. Apelación n.º 20/1999), 20 de octubre de 1999

en los criterios tradicionales de interpretación de las normas jurídicas, pudiendo dividir entonces los argumentos en cuatro grupos diferentes.

1. En primer lugar, cabe hacer referencia a argumentos de índole *gramatical*.

Conforme a ello, son varias las sentencias que, atendiendo a la redacción del art. 319 del CP, consideran que es preciso exigir la condición de profesional en el sujeto activo, puesto que si el legislador hubiese querido establecer un círculo muy amplio de posibles autores habría utilizado expresiones genéricas como «el que», «los que», «quien» o «quienes promuevan, construyan o dirijan...». Sin embargo, ha empleado términos específicos ⁽⁴⁶⁾.

No obstante, este argumento es rebatido por otras sentencias, para las cuales la simple lectura del texto no impide que puedan ser responsables también los particulares que con sus propios medios se dediquen a promover o construir. Una interpretación literal no excluiría esta posibilidad. De hecho, así lo han reconocido expresamente algunas sentencias ⁽⁴⁷⁾, que a pesar de ello sostienen el criterio de la profesionalidad en virtud de otros argumentos que pasamos a continuación a exponer.

2. En segundo lugar, se han empleado diversos argumentos de carácter *histórico*.

Así, la SAP *Cádiz*, Secc. 2.ª, de 23 de junio de 1999 entiende que “las cualificaciones exigidas encuentran su origen en el artículo 264.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, siendo mínima la modificación que, a este respecto, introduce el Código Penal de 1995 que sólo sustituye la referencia «empresario

(Rec. Apelación n.º 74/1999), 20 de octubre de 1999 (Rec. Apelación n.º 86/1999); SAP *Cádiz*, Secc. 8.ª, de 3 de febrero de 2000; a la cual siguen, entre otras, las de 16 de febrero de 2000 (n.º 23/2000 y n.º 25/2000), 17 de febrero de 2000 (n.º 26/2000 y n.º 27/2000), 18 de febrero de 2000, 23 de febrero de 2000 (n.º 79/2000 y n.º 80/2000), 30 de junio de 2000 (n.º 304/2000), 5 de julio de 2000, 6 de septiembre de 2000; SAP *Girona*, Secc. 3.ª, de 24 de septiembre de 1999; SAP *La Coruña*, Secc. 6.ª, de 7 de marzo de 2000; SAP *Málaga*, Secc. 1.ª, de 9 de septiembre de 1999; a la cual sigue la de 19 de enero de 2000; SAP *Pontevedra*, Secc. 3.ª, de 24 de julio de 2000; SAP *Valencia*, Secc. 1.ª, de 12 de septiembre de 2000.

Con lo cual, cuando citemos las sentencias destacadas en negrita, habrá que entender que también nos estamos refiriendo a todas aquellas que la siguen.

⁽⁴⁶⁾ Hacen referencia a este argumento gramatical, entre otras, la SAP *Cádiz*, Secc. 1.ª, de 9 de septiembre de 1999; la SAP *Girona*, Secc. 3.ª, de 24 de septiembre de 1999; y la SAP *Cádiz*, Secc. 8.ª, de 3 de febrero de 2000.

⁽⁴⁷⁾ Como sucede, por ejemplo, con la SAP *Cádiz*, Secc. 1.ª, de 31 de mayo de 1999, o las SSAP *Cádiz*, Secc. 1.ª, de 22 de septiembre de 1999, 10 de enero de 2000, 3 de marzo de 2000 (en esta última aparece citada la sentencia de 12 de abril de 1999).

de la obra» por «constructores», lo que no elimina, sino más bien refuerza, la exigencia de que ha de tratarse de un «profesional técnico del sector»⁽⁴⁸⁾.

Por el contrario, el TS no afirma con tanta rotundidad, como lo hace la Audiencia de Cádiz, que de este precepto —lo mismo que de aquellos del Código Civil que regulan la responsabilidad decenal del constructor⁽⁴⁹⁾—, se pueda derivar la exigencia de profesionalidad del sujeto activo. Más bien, el Alto Tribunal entiende que la cuestión quedó abierta, “sin definir el alcance de dichas actividades o profesiones”, y sería la LOE de 1999 la que aclararía las cosas, según hemos visto antes.

Mayor importancia tiene, a mi juicio, el recurso a los precedentes prelegislativos, y concretamente al **Informe del CGPJ al Anteproyecto de CP de 1992**. A este respecto, la SAP Cádiz, Secc. 8.ª, de 3 de febrero de 2000 ha afirmado que “si nos atenemos a los trabajos de discusión del Código y a sus antecedentes, reflejados en los diversos anteproyectos existentes, nos encontramos que cuando en el Anteproyecto de 1992 se eliminó la referencia a una cualificación profesional de los sujetos activos en el artículo correspondiente, el Consejo General del Poder Judicial informó desfavorablemente y negativamente a dicha supresión, señalando que «si no se acota el círculo de los sujetos activos en el ámbito de los empresarios y profesionales... la esfera de las conductas punibles resulta desmesurada»⁽⁵⁰⁾. A raíz de dicha crítica en el Proyecto

(48) También se refiere a este precepto la SAP Valencia, Secc. 1.ª, de 12 de septiembre de 2000.

(49) Sobre cómo ha influido la aprobación de la LOE en la regulación del CC puede verse, entre otros, el reciente trabajo de JIMÉNEZ MORAGO, «Particularidades sobre la Ley de Ordenación de la Edificación. ¿Subsiste el art. 1591 CC?», LL n.º 5389, de 4 de octubre de 2001.

(50) Véase el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992, en *Código Penal. (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal)*, n.º 103 (1992), Ed. Secretaría General del Congreso de los Diputados, 297 ss. (especialmente, 445 s.). También aparece publicado este Informe en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* n.º 11 («Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial»), Ed. CGPJ, Madrid, 1992; e igualmente en *CPC* 1992, 645 ss.

Concretamente, respecto del delito urbanístico proponía que “debe volverse, sin duda alguna, a la redacción de los artículos 307 a 309 de la PANCP-83. Si no se acota el círculo de los sujetos activos al ámbito de los empresarios y profesionales y se prescinde del grave daño a los intereses protegidos por el planeamiento urbanístico, la esfera de conductas punibles resulta desmesurada. Sería autor del delito el particular que por sus propios medios se construye en suelo no urbanizable una «chabola de segunda residencia» (supuesto muy frecuente en determinadas zonas), o el que instala sin autorización un chiringuito playero de cierta permanencia. La redacción del proyecto es, por ello, indefendible” (*CPC* 1992, 752).

de 1994 se volvió al sistema anterior, por lo que cabe entender que la voluntad del legislador era la de restringir la esfera de los sujetos activos”⁽⁵¹⁾.

Pero el argumento histórico de mayor peso, sin duda, y al cual, por cierto, no suelen aludir las sentencias de las Audiencias, es el debate parlamentario que dio lugar a la aprobación del vigente CP, del cual podemos deducir claramente esta conclusión. Concretamente, en el Congreso de los Diputados, en sede de Comisión de Justicia e Interior, el Sr. Barredo López (Grupo Parlamentario Socialista), al contestar a una Enmienda del Grupo Popular, dijo que era una enmienda que “no delimita uno de los problemas que teníamos ya en el año 1992, que era el ámbito subjetivo de los autores, toda vez que se habla, en general, del que construyere, etcétera, pero no se refiere a los autores, constructores, promotores o directores técnicos, que es una forma de concretar el sujeto activo de la pena”⁽⁵²⁾.

No obstante, ya hemos dicho que existen sentencias bastante recientes para las cuales este argumento histórico no valdría, puesto que acuden al art. 9.1 LOE, como criterio integrador de estos términos y que es posterior a la aprobación del CP de 1995, y que, por tanto, rebatiría el argumento histórico aludido.

3. En tercer lugar, resulta muy frecuente en la jurisprudencia acudir a diversos argumentos de índole *sistemática*. El que con mayor frecuencia se emplea es el que hace referencia a la pena de inhabilitación especial con que se castigan estas conductas.

a) En efecto, las SSAP *Valladolid*, Secc. 2.ª, de 3 de septiembre de 1998 y 1 de diciembre de 1998, y *Cádiz*, Secc. 3.ª, de 22 de diciembre de 1998, por ejemplo, utilizan este argumento; o la SAP *Zaragoza*, Secc. 3.ª, de 25 de enero de 1999 que, aunque —según ha quedado dicho— dicha Audiencia se apartaría posteriormente del criterio sostenido en esta sentencia, también lo utiliza, al declarar que es “cierto que podría argüirse que en el concepto de promotor o constructor deben incluirse a quien levanta un edificio ilegal por su cuenta encargando su construcción o llevándola a cabo por sí mismo; pero sin embargo ese tinte de profesionalidad que parece inferirse de la enumeración aludida, queda reafirmado por la existencia junto a las penas de prisión y multa de la inhabilitación especial que afecta a profesión, oficio, industria o comercio, co-

(51) Además de la SAP *Cádiz*, Secc. 4.ª, de 28 de mayo de 1999, también hace referencia al Informe del CGPJ al Anteproyecto de CP de 1992 la SAP *Málaga*, Secc. 1.ª, de 9 de septiembre de 1999.

(52) Véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Comisión de Justicia e Interior, n.º 512, de 6 de junio de 1995, p. 15604.

mo expresa el artículo 39 del Código, por lo que su aplicación habrá de hacerse a un profesional y no a un particular que no desarrolla esa actividad”⁽⁵³⁾.

De todas formas, este argumento, a juicio del TS, no resulta del todo convincente. El hecho de que se imponga una pena de inhabilitación “no puede excluir de la autoría del delito a las personas que promuevan o construyan sin licencia o excediéndose de la concedida, y que no sean profesionales, pues no deja de tener sentido dicha inhabilitación aun en dicho caso, puesto que tales actividades están sujetas al régimen de licencia y autorización y ello ya comporta una relación con la Administración de que se trate, inhabilitación que conforme a lo dispuesto en el art. 45 del CP deberá concretarse expresa y motivadamente en la sentencia”. O también porque, como dice la SAP *Palencia* de 13 de julio de 1998, “existen otros muchos delitos en el Código Penal (v.g., entre otros, arts. 144, 147, 321, 325, 341 y 359), que no tienen la condición de especiales, en cuanto puede cometerlos cualquiera que realice la conducta descrita en el tipo, y que sin embargo se castigan también con la pena de inhabilitación especial”⁽⁵⁴⁾.

Ahora bien, a esto se ha contestado desde otras instancias volviendo a recurrir al argumento gramatical, como hace la SAP *Cádiz*, Secc. 8.ª, de 3 de febrero de de 2000.

b) Otro argumento de carácter sistemático que se emplea por las Audiencias hace referencia a la disposición del párr. 3.º del art. 319 del CP que autoriza a los Jueces y Tribunales a «ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe». En este sentido, las SSAP *Cádiz* Secc. 1.ª de 7 de junio de 1999 y 27 de septiembre de 1999 aducen que “coincidirían en la misma persona del sujeto infractor y el beneficiario de la indemnización por derribo de la edificación, lo que abunda en la tesis de que la ley está pensando en un autor especial y distinto del propio dueño de la obra y del terreno donde construye, que no se dedica ni profesional ni habitualmente a la función de construcción”.

De todas formas, no alcanzamos a comprender muy bien este razonamiento, porque no queda del todo claro, a nuestro juicio, que pueda calificarse de «tercero de buena fe» al autor doloso de la construcción o edificación ilegal.

(53) También otorgan especial importancia a este criterio referente a la pena de inhabilitación la SAP *Cádiz*, Secc. 8.ª, de 3 de febrero de 2000 (n.º 14/2000); la SAP *Málaga*, Secc. 1.ª, de 9 de septiembre de 1999; la SAP *Girona*, Secc. 3.ª, de 24 de septiembre de 1999; y la SAP *Cádiz*, Secc. 4.ª, de 28 de mayo de 1999 (Rec. Apelación n.º 14/1999).

(54) En el mismo sentido, entre otras, SSAP *Palencia* de 31 de diciembre de 1998; *La Coruña*, Secc. 2.ª, de 5 de julio de 1999; o la SAP *La Coruña*, Secc. 6.ª, de 7 de febrero de 2000.

c) Por último, podría también emplearse otro argumento sistemático que no he visto hasta ahora utilizado en la jurisprudencia, y que podría ir en contra de la exigencia de la profesionalidad en el sujeto activo. Nos referimos al hecho de que no puedan imponerse, por no estar expresamente prevista tal posibilidad, las consecuencias accesorias del art. 129 del CP, como la clausura de la empresa, la disolución de la sociedad, la suspensión temporal de sus actividades, la prohibición de realizar en el futuro sus actividades o la intervención misma de la empresa⁽⁵⁵⁾.

En el ámbito de la construcción y de la promoción de viviendas es muy frecuente que tales actividades sean desempeñadas a través de empresas o sociedades. Resulta, por tanto, un tanto ilógico, si es que se exige la nota de profesionalidad en el sujeto activo, que no se haya previsto la posibilidad de imponer tales consecuencias accesorias, precisamente a aquellas entidades que actúan con mayor frecuencia en dicho ámbito. No obstante, es cierto que en gran medida podría paliar este problema el art. 31 del CP relativo a la responsabilidad penal por la actuación en nombre de otro o en su representación, pero, a nuestro juicio, las incertidumbres al respecto no quedarían del todo disipadas⁽⁵⁶⁾.

4. En cuarto lugar, se acude también a argumentos de carácter *teleológico*, en nuestra opinión, éstos sí, mucho más decisivos⁽⁵⁷⁾. En esta línea, se hace alusión a los principios de intervención mínima, de *ultima ratio* y de

(55) Algunas de estas medidas quizás puedan imponerse como medidas cautelares para restaurar el equilibrio ecológico perturbado, a tenor de lo dispuesto en el art. 339 del CP, pero no como consecuencias accesorias derivadas de la comisión de un delito sobre la ordenación del territorio.

Sobre las consecuencias accesorias del art. 129 del CP, véase, entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, «Las consecuencias accesorias del art. 129 del CP», *LH-Valle Muñiz*, 273 ss., con ulteriores referencias.

(56) Por ello no podríamos suscribir completamente las palabras de la SAP *Cádiz* de 28 de mayo de 1999 (Rec. Apelación n.º 14/1999), la cual aduce que estos problemas de impunidad podrían ser resueltos acudiendo a lo dispuesto en el art. 31 del CP.

No obstante, sobre el “pobre papel” que ha jugado hasta la fecha el art. 31 del CP, véase, entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, «La aplicación jurisprudencial del art. 31 del Código Penal español», *RDP* 3 (2001), 61 ss., y más ampliamente, el mismo autor, en «Las denominadas “actuaciones en nombre de otro” a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales previstos en el artículo 31 del Código Penal», *AP* 1999, 881 ss., con ulteriores referencias.

(57) Algún autor ha llegado a pedir incluso que los Tribunales planteen cuestiones de inconstitucionalidad por entender que no se respetan los principios de intervención mínima y proporcionalidad (IBÁÑEZ GARCÍA, «El delito urbanístico, ¿delito demagógico?», *AP* 1998, 925 ss.).

subsidiariedad del Derecho penal, para restringir el ámbito de lo punible a aquellos casos en los que el sujeto activo ostente la condición de profesional de la construcción⁽⁵⁸⁾.

En cambio, para otras Audiencias el ataque al bien jurídico protegido es suficientemente relevante con independencia de quien lo cometa. Bien es cierto que esta consideración puede ser debida a que parten de un bien jurídico diferente que en las otras sedes judiciales. Cabe citar en este sentido la SAP *La Coruña*, Secc. 6.ª, de 7 de marzo de 2000.

De todas formas, existe todavía un argumento, apuntado por alguna sentencia, que podría excluir de forma definitiva la posibilidad de que los particulares puedan ser autores de este delito. Nos referimos a la posible conculcación del principio de proporcionalidad si no se exigiese el carácter profesional del sujeto. En este sentido se ha pronunciado la SAP *Girona*, Secc. 3.ª, de 24 de septiembre de 1999, la cual después de utilizar el argumento gramatical, de resaltar también el principio de intervención mínima, se refiere finalmente a un argumento de tipo "punitivo", en el cual no sólo incluye la referencia a la pena de inhabilitación especial, ya mencionada, sino que señala también lo desproporcionado de la pena de *prisión* si no se exigiese la profesionalidad del sujeto activo.

3. Conductas punibles

El art. 319 contiene lo que, en principio, parecen ser dos conductas típicas: una, la construcción no autorizada en lugares especialmente protegidos (art. 319.1), y otra la edificación no autorizable en suelo no urbanizable (art. 319.2).

La primera cuestión que habremos que examinar (A) es si la jurisprudencia, efectivamente, entiende que nos encontramos en realidad ante dos conductas distintas, o bien si uno puede referirse indistintamente a una u otra como términos sinónimos. La segunda cuestión (B.a') se refiere al suelo sobre el que recae(n) esa(s) conducta(s) típica(s). Y por último, habrá que estudiar la diferencia, si es que existe, entre el carácter no autorizable de la edificación y la ausencia de autorización en la construcción (B.b').

A) La identificación jurisprudencial entre «construir» y «edificar».

Por lo que a la primera cuestión se refiere, parece, como hemos dicho, que el art. 319 del CP contempla dos conductas típicas diferentes: una, «llevar a cabo una construcción» (apartado 1.º) y otra «llevar a cabo una edificación» (apartado 2.º del citado precepto).

(58) En este sentido queremos resaltar las SSAP *Cádiz*, Secc. 4.ª, de 28 de mayo de 1999 (Rec. Apelación n.º 14/1999) y SAP *Cádiz*, Secc. 8.ª, de 3 de febrero de 2000; y también la SAP *Málaga*, Secc. 1.ª, de 9 de septiembre de 1999.

En el sentido de diferenciar cada una de ellas se ha pronunciado la mayoría de la doctrina, criterio que nosotros compartimos. DE LA CUESTA ARZAMENDI ofrece argumentos muy convincentes, para entender que ambas expresiones tienen un contenido distinto⁽⁵⁹⁾. Para este autor, “el debate parlamentario indica que son términos diversos”⁽⁶⁰⁾; la legislación urbanística (art. 86 del Reglamento de Disciplina Urbanística) “distingue, en efecto, entre «edificaciones, construcciones e instalaciones»”, y “tampoco desde un punto de vista semántico los términos, aunque próximos, coinciden absolutamente”. Ciertamente, “la edificación —continúa el citado autor— exige elevar algo (con cierta solidez: edificio) sobre el suelo, lo que no es preciso en una construcción (puede tratarse de un elemento en el subsuelo) o instalación”.

Conforme a ello, la doctrina entiende por «construcción» la “ejecución de toda obra artificial que modifique la naturaleza de un terreno, con la posible precisión de que se trate de obras en las que se añadan elementos físicos permanentes”⁽⁶¹⁾; y por «edificación», la “construcción que materializa un aprovechamiento objeto de regulación urbanística, cerrada y con techo”⁽⁶²⁾. En este sentido, bien podría decirse que “toda edificación es una construcción, pero no toda construcción es una edificación”⁽⁶³⁾.

(59) Sobre lo que sigue, DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995», *AP* 1998, 309 ss., particularmente, 318.

(60) Véase la Enmienda n.º 371 del Grupo Socialista en el Senado, *BOCG*, Senado, V Legislatura, serie II, n.º 87(c), de 21 de septiembre de 1995, la cual propuso la sustitución del término construcción por «edificación», “ya que este último está plenamente identificado en la legislación urbanística”.

(61) NARVÁEZ RODRÍGUEZ, «Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística», *AP* 1997, 359. También destaca la nota de permanencia CASTRO BOBILLO, *AP* 1997, 408, según el cual “por construcción, en sentido literal, debe entenderse cualquier obra nueva de ingeniería, arquitectura, monumento u obra pública, de modo que es independiente del destino que tenga la obra. Sí ha de exigirse, sin embargo, que ésta tenga carácter permanente”. Por su parte, VERDÚ MIRA, «Los nuevos delitos contra la ordenación territorial», *AJA* n.º 266, de 24 de octubre de 1996, p. 2, subraya la enorme carga de imprecisión que conlleva este vocablo.

(62) NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *AP* 1997, 376. BETRÁN ABADÍA/CORVINOS BASECA/FRANCO HERNÁNDEZ, «Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística», *RDU* 151 (1997), 23 ss. Otros autores añaden que la obra esté destinada a la configuración de una habitación, morada o usos análogos, como BARRIENTOS PACHO, «Delitos relativos a la ordenación del territorio», *LL* 1996-6, 1559; o CASTRO BOBILLO, *AP* 1997, 411.

(63) BOIX REIG/JUANATEY DORADO, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. II, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, 1577.

Por el contrario, en la **jurisprudencia** puede percibirse una cierta inclinación hacia la **identificación de ambas conductas**. De hecho, alguna sentencia ha llegado a calificar el apartado 1.º como un tipo agravado (por tanto, derivado) del apartado 2.º, que sería el tipo básico ⁽⁶⁴⁾. Esta conclusión, en puridad, no sería correcta para la doctrina, puesto que la «construcción» es una conducta más amplia que comprendería a la «edificación», pero no al revés. Para la doctrina deberíamos estar más bien en presencia de dos tipos autónomos, si bien con algún elemento en común.

Efectivamente, se observa en algunas sentencias que no se distingue, como hace la doctrina, «llevar a cabo una construcción» de una «edificación». Un caso claro en el que se podría haber distinguido ambas conductas, pero que no se hizo, fue el caso «Airtel», enjuiciado en el Auto AP Vizcaya, Secc. 2.ª, de 29 de junio de 1999, en el cual se examinó la denuncia presentada contra los promotores de la construcción (sin licencia) de una torre de telefonía móvil en suelo rural y contra el Alcalde de Elorrio por haberla autorizado *ex post*. Si atendiésemos exclusivamente al parecer de la doctrina, esta conducta sólo podría ser calificada como una construcción. En cambio, la Audiencia parece considerar que podría ser también una edificación. Aunque absuelve a los acusados del delito del apartado 2.º, sin embargo, no lo hace porque no hayan edificado, sino porque la actuación era autorizable. En esta resolución se puede entrever, a nuestro juicio, una cierta identificación entre ambas conductas.

Pero todavía resulta más clara dicha identificación en otras sentencias. Concretamente, en la SAP Palencia de 17 de marzo de 1998, por ejemplo, según la cual “construir significa fabricar, erigir, edificar y hacer de nuevo una cosa, y edificar significa fabricar y hacer un edificio, entendiendo por tal toda obra o fábrica construida para habitación, vivienda, o para otros usos análogos, de donde se ha de concluir que edificar o construir no es solamente la realización de la estructura, sino que comprende todas aquellas operaciones necesarias para que el edificio u obra construida sirva para el fin que le es propio, de tal suerte que en tanto sea necesario acometer o ejecutar obras, sin las cuales el edificio razonablemente no podría ser utilizado para el fin a que está destinado, debe entenderse que se está construyendo o edificando”.

(64) En este sentido, la SAP La Coruña, Secc. 6.ª, de 7 de marzo de 2000. También algún autor habla de tipo básico para el art. 319.2 y tipo cualificado para el 319.1 [como, por ejemplo, MARTÍNEZ ARRIETA, «El delito urbanístico», CDJ 1997 t. II («Empresa y delito en el nuevo Código Penal»), 11 ss.; o también SÁNCHEZ MARTÍNEZ, CPC 1997, 677 ss.].

La STS de 26 de junio de 2001 alude también a ello cuando dice que “se parte de la base que el art. 319 del CP describe un tipo —en rigor dos, el básico del párrafo segundo y el cualificado del primero, aplicado en el presente caso—”, pero no queda completamente claro si refleja su opinión *obiter dicta*, o si se trata de una aclaración del propio recurrente.

En términos similares se pronunció también la SAP *Palencia* de 14 de abril de 1998, si bien hay que decir que en este caso, a nuestro juicio, con excesivo rigor, se consideró que se había realizado la conducta típica, y ello pese a que se trataba tan sólo de la colocación de unas ventanas (únicos hechos que se podían enjuiciar, puesto que la edificación de la vivienda en suelo no urbanizable de especial protección agropecuaria había sido anterior a la entrada en vigor del CP) ⁽⁶⁵⁾.

Pero posteriormente, la AP de *Palencia* —con mejor criterio— matizaría su anterior opinión, y en la SAP *Palencia* de 10 de marzo de 1999 distinguiría entre lo que se consideran actos de edificación y lo que vendrían a ser actos de ornamentación, adecentamiento o de aseguramiento, irrelevantes penalmente. En la citada sentencia se puede percibir también una cierta separación entre edificar y construir pues, aquí sí, cabe entender implícitamente que la «construcción» tiene un perfil mucho más amplio que la «edificación».

Esta distinción entre la conducta típica y actos de aseguramiento de la construcción (o actos posteriores irrelevantes) está también presente en la SAP *Cádiz*, Secc. 3.ª, de 22 de diciembre de 1998, la cual entendió que “poner rejas y puertas en una construcción ya realizada y enfoscar el exterior no pueden ser considerados como llevar a cabo una edificación”. E incluso, alguna sentencia —como la SAP *Almería*, Secc. 2.ª, de 18 de marzo de 1999—, en este afán de delimitar el ámbito de la conducta típica, ha llegado a considerar (quizás exageradamente) que no es «construcción» todo aquello que no sea una obra de nueva planta ⁽⁶⁶⁾.

De lo dicho, a nuestro juicio cabe percibir, en términos generales, una cierta confusión en la jurisprudencia entre el ámbito de las conductas punibles. No obstante, hay que reconocer que también existen sentencias en las que sí se observa una nítida distinción entre edificación y construcción. Por ejemplo, la SAP *Cáceres*, Secc. 2.ª, de 24 de febrero de 1998, en la cual se señala con rotundidad que “el ámbito del art. 319.1 es más amplio en la medida que hace referencia a la construcción, de mayor alcance que la estricta edificación”. Por su parte, la SAP *Alicante*, Secc. 7.ª, de 27 de febrero de 2001, la cual —por cierto, trayendo a colación un trabajo doctrinal ⁽⁶⁷⁾—, indica que “en el apartado que nos ocupa [apartado 2.º del art. 319 del CP] no se alude a todo

⁽⁶⁵⁾ También parecen identificar ambas conductas las SSAP *Palencia* de 13 de julio de 1998 y 13 de octubre de 1998.

⁽⁶⁶⁾ La SAP *Zaragoza*, Secc. 1.ª, de 15 de junio de 1999 se ocupa también de la delimitación del ámbito de la conducta punible.

⁽⁶⁷⁾ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *AP* 1997, 353 ss.

tipo de construcciones, sino a las edificaciones”⁽⁶⁸⁾. O más claramente, la SAP *Jaén*, Secc. 1.ª, de 4 de septiembre de 2000, apoyándose también en la doctrina.

B) Su distinción sobre la base de las características del suelo y del carácter no autorizado o no autorizable de la actuación.

El que la jurisprudencia identifique en alguna medida, como hemos visto, «llevar a cabo una construcción» con «llevar a cabo una edificación», no significa, como es lógico, que equipare ambas modalidades típicas. No podría hacerlo porque el apartado 1.º del art. 319 del CP tiene una pena mayor que el apartado 2.º, por lo que a diferente pena debe corresponder, lógicamente, injustos también distintos.

La diferencia entre ambas modalidades la encuentra la jurisprudencia en el distinto carácter del suelo sobre el que se construye o se edifica y en el carácter autorizado o no autorizable de la actuación.

Veamos por separado cada uno de estos elementos.

a’) Como primera diferencia, la jurisprudencia destaca el que las «construcciones» han de recaer sobre determinados lugares especialmente protegidos («suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección»), mientras que las «edificaciones» lo hacen sobre «suelo no urbanizable»⁽⁶⁹⁾.

Conviene, no obstante, realizar en este punto alguna precisión sobre el alcance de la expresión «**suelo no urbanizable**».

Como es sabido, de esta materia se ocupa, aparte de la abundante legislación urbanística autonómica, la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV). Esta Ley trae causa en la conocida STC 61/1997, de 20 de marzo, que declaró inconstitucional gran parte del contenido del RD-legislativo 1/1992, de 26 de junio, sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbanística, porque el Estado había invadido materias que no eran de su com-

(68) La sigue la SAP *Alicante*, Secc. 7.ª, de 21 de junio de 2001.

(69) En este sentido, cabe citar las SSAP *Palencia* de 13 de julio de 1998 y 13 de octubre de 1998.

petencia (art. 148.1.3.^a CE) ⁽⁷⁰⁾. La LRSV, que, por cierto, recientemente también ha sido declarada, en parte, inconstitucional por el mismo motivo por la STC 164/2001, de 11 de julio de 2001 ⁽⁷¹⁾, clasifica el suelo en urbano, urbanizable y no urbanizable.

En principio, por tanto, se podría decir que será suelo no urbanizable aquel que no sea ni urbano ni urbanizable ⁽⁷²⁾. La LRSV declara que tendrán la condición de suelo no urbanizable los terrenos que se hallen «sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación del territorio o la legislación urbanística en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público» (art. 9.1). También deben incluirse aquellos terrenos que el «planeamiento general considere necesario preservar por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales» (art. 9.2). Igualmente, tendrá la calificación de suelo no urbanizable «el suelo que, en los municipios que carezcan de planeamiento general, no tenga la condición de urbano de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 8» (art. 11) ⁽⁷³⁾.

⁽⁷⁰⁾ Sobre esta STC, en referencia concreta a los delitos e infracciones urbanísticas, puede consultarse, entre otros muchos, BERLANGA RIBELLES, «Infracciones y delitos urbanísticos: las infracciones urbanísticas», *CDJ* 1997, t. XI («Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador»), 323 ss.; PELEGRÍN LÓPEZ, «La actuación de la Administración y su incidencia sobre los tipos penales protectores de la ordenación del territorio y del medio ambiente», *EJMF* I-2000, 564.

⁽⁷¹⁾ Concretamente los arts. 16.1 y 38. Véase el «Comentario de urgencia» a la misma de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *AJA* n.º 497, de 2 de agosto de 2001.

⁽⁷²⁾ En este sentido, la SAP Cáceres, Secc. 2.^a, de 24 de febrero de 1998 y la SAP Zaragoza, Secc. 1.^a, de 15 de junio de 1999.

⁽⁷³⁾ En el ámbito de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias (que es desde donde escribo), no se cuenta todavía con una Ley sobre el régimen del suelo. En estos momentos (octubre de 2001) es objeto de debate en la Junta General del Principado un Proyecto de Ley al respecto (publicado en el *Boletín Oficial de la Junta General del Principado de Asturias*, V Legislatura, Serie A, n.º 34-1, 23 de febrero de 2001) (<http://anleo.jgpa.es/busqueda>). El art. 24 del Proyecto presentado regula el suelo no urbanizable, en términos muy similares al art. 9 LRSV, declarando como tal los terrenos sometidos a algún régimen especial de protección por su valor paisajístico, histórico, arqueológico, científico, ambiental o cultural, por los riesgos naturales que en ellos concurren, o por su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público (equivaldría al art. 9.1 LRSV); los núcleos rurales constituidos por asentamientos consolidados de población de carácter rural y tradicional; y los terrenos que el planeamiento general considere nece-

En este punto hay que llamar la atención sobre la importancia que ha tenido la reforma introducida por el RD-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, que suprimió el último inciso del punto segundo del art. 9 LRSV⁽⁷⁴⁾. Esta reforma ha supuesto sustraer de la potestad municipal la clasificación de suelo no urbanizable de forma discrecional, lo cual ha tenido su repercusión en el ámbito penal, como han puesto de relieve las SSAP *Alicante*, Secc. 7.^a, de 27 de febrero de 2001 y 21 de junio de 2001.

Por tanto, aquellas edificaciones que se lleven a cabo en suelo no urbanizable común general⁽⁷⁵⁾ (lo mismo que las infracciones en suelo urbano o urbanizable), no serán subsumibles en el delito urbanístico, quedarán relegadas al terreno de las infracciones administrativas⁽⁷⁶⁾. En cambio, sí lo serán

sario preservar por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales (equivaldría al art. 9.2 LRSV).

Además, el suelo no urbanizable se puede dividir en otras categorías. Actualmente, estas subdivisiones las establece para el Principado de Asturias la Ley 6/1990, de 20 de diciembre, sobre edificación y usos en el medio rural. Concretamente, el art. 2.1 contempla hasta seis categorías de suelo no urbanizable: «a) *Suelo no urbanizable de especial protección*, integrado por aquellos espacios cuyos excepcionales valores de cualquier género les hagan merecedores de un alto grado de protección; b) *Suelo no urbanizable de interés*, compuesto por aquellos terrenos protegibles en función de sus singularidades agrarias o paisajísticas; c) *Suelo no urbanizable de costas*, respecto al cual deben establecerse las medidas de protección que demanden las peculiaridades de las franjas costeras; d) *Suelo no urbanizable de infraestructuras*, comprensivo de los terrenos que resultan afectados por la localización de infraestructuras básicas o de transporte; e) *Núcleo rural*, como categoría del suelo no urbanizable objeto de ocupación residencial; f) *Suelo no urbanizable genérico*, que es aquel que por su naturaleza y situación no resulta incluíble en alguna de las restantes categorías del suelo no urbanizable».

(74) El inciso final decía así: «así como aquellos otros que [el planeamiento general] considere inadecuados para un desarrollo urbano».

Esta reforma pretendía “corregir —dice la Exposición de Motivos del RD-Ley— las rigideces advertidas en el mercado como consecuencia del fuerte crecimiento de la demanda y la incidencia en los productos inmobiliarios del precio del suelo, condicionada a su vez por la escasez de suelo urbanizable. En consecuencia, la reforma que se introduce habrá de incrementar la oferta del suelo al eliminar aquellas previsiones normativas en vigor que por su falta de flexibilidad pudieran limitarla, trasladando este efecto positivo al precio final de los bienes inmobiliarios”.

(75) En el Principado de Asturias sería el *suelo no urbanizable genérico* del art. 2.1.f) Ley 6/1990, de 20 de diciembre, sobre edificación y usos en el medio rural.

(76) Para Asturias, la normativa básica sobre disciplina urbanística se encuentra en la Ley 3/1987, de 8 de abril, reguladora de la disciplina urbanística; y en la Ley 3/1995, de 15 de marzo, de sanciones en materia de vivienda. La Disposición Adicional 4.^a del Proyecto actualmente en debate pretende modificar profundamente la Ley 3/1987, de 8 de abril.

aquellas llevadas a cabo en suelo no urbanizable calificado de especial protección atendiendo a los valores establecidos en el art. 9 LRSV.

En concreto, la conducta típica de «edificar» del apartado 2.º del art. 319 del CP recaería sobre suelos destinados a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos, y, en general, a los vinculados con la utilización racional de los recursos naturales, a que hace referencia el art. 9.2 LRSV⁽⁷⁷⁾.

Por su parte, «llevar a cabo una construcción» del apartado 1.º del art. 319 del CP se refiere a lugares de especial protección por motivos distintos de los referidos anteriormente. En este caso, los terrenos presentan un valor más importante, de ahí que la pena de prisión sea mayor. Lo que este tipo protege son ámbitos estrictamente establecidos: **suelos destinados a viales, zonas verdes, dominio público, valor paisajístico, ecológico, artístico o cultural, o que, por los mismos motivos, hayan sido declarados de especial protección**, por lo que el “suelo no urbanizable especialmente protegido por su interés agrario no es objeto de protección en el art. 319.1 del CP” (SSAP *Palencia* de 17 de marzo de 1998 y 14 de abril de 1998)⁽⁷⁸⁾.

Pero es preciso tener en cuenta que además de que se trate de un lugar que goce de esas características (viales, dominio público, paisajes, belleza ambiental o patrimonio histórico o artístico) se requiere también que así haya sido declarada o tenido en cuenta por una norma que haya habilitado su protección. Por razones de seguridad jurídica habrá que exigir una declaración formal previa, bien sea legalmente⁽⁷⁹⁾, o bien administrativamente a través del planeamiento urbanístico con base en la normativa vigente en la materia.

En este punto debemos prestar especial atención a los lugares que tengan reconocido su valor paisajístico o ecológico, pues a tenor de lo dispuesto en el art. 338 del CP, «cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún

(77) Así, la SAP *Cádiz*, Secc. 1.ª, de 11 de septiembre de 1998, refiriéndose al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992; y en una línea similar, pero ya refiriéndose a la LRSV, se pronuncia la SAP *Valencia*, Secc. 2.ª, de 6 de mayo de 1999.

Véanse al respecto también la SAP *Baleares*, Secc. 2.ª, de 29 de abril de 2000 y la SAP *Jaén*, Secc. 2.ª, de 29 de mayo de 2000.

(78) A este respecto, el Auto AP *Vizcaya*, Secc. 2.ª, de 29 de junio de 1999 distingue entre valor ecológico y valor agrícola, concluyendo que no es posible incluir el valor agrícola dentro del valor ecológico, como pretendía el recurrente.

(79) Respecto de las zonas de dominio público, véanse, por ejemplo, la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas; la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; o la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras.

En cuanto a los lugares que tengan reconocido su valor artístico, histórico o cultural, véase la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Artístico.

espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas».

Esta disposición plantea dificultades a la hora de ponerla en relación con el art. 319.1 del CP, porque este precepto podría haber incluido ya dentro de su ámbito de tipicidad los espacios naturales protegidos, y en este sentido, se ha negado la posibilidad de aplicar el art. 338 del CP al delito tipificado en el art. 319.1 del CP⁽⁸⁰⁾.

Precisamente el TS, en su sentencia de 26 de junio de 2001, ha tenido ocasión de ocuparse de ello. En este caso, agentes forestales del Servicio de Medio Ambiente Natural de la Consellería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Xunta de Galicia denunciaron al acusado, porque estaba construyendo una casa a una distancia de 85 metros de la línea de costa y dentro del espacio natural protegido Umia-O Grove. El recurrente denunciaba aplicación indebida del art. 338 del CP, porque, a su juicio, el art. 319.1 del CP ya describe el supuesto de hecho de aquél y quedaría, por tanto, absorbido por éste. Sin embargo, el Alto Tribunal consideró que “el art. 319.1 no incluye *per se* dicha calificación agravatoria, como sí sucede en el tipo descrito en el art. 330 del CP”, “luego la agravación implica algo cualitativamente distinto”, porque “el art. 319.1 del CP parte de un planteamiento protector general, mientras que la agravación reconoce un plus de protección cuando además de los valores referidos en aquel precepto, el espacio natural haya sido reconocido como protegido”.

Según la interpretación del TS, por tanto, no es que haya que excluir del ámbito del tipo objetivo del art. 319.1 del CP los lugares calificados como espacios naturales protegidos, sino que estos supuestos quedarán reservados para el tipo agravado del art. 338 del CP. Por tanto, si la «construcción» se lleva a cabo en algún espacio natural protegido deberá aplicarse el art. 338 del CP y si llega a dañarse gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo de tal carácter, además, cabrá aplicar en concurso ideal el art. 330 del CP.

Los espacios naturales protegidos son, a tenor de lo dispuesto en el art. 10.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, «aquellos espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y los espacios marítimos sujetos a la jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que contengan elementos y sistemas naturales de especial interés o valores

(80) Así, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, AP 1998, 327, quien, no obstante, sostiene la posibilidad de aplicar el art. 338 del CP al art. 319.2, y ello pese a que en este supuesto se pudiese alegar que el art. 319.1 del CP fuese ley especial, pero ello supondría “un privilegio sin sentido”.

naturales sobresalientes», y se clasifican, a tenor del art. 12 de dicha Ley, en «Parques, Reservas Naturales, Monumentos Naturales y Paisajes Protegidos»⁽⁸¹⁾.

Por lo que se refiere a los terrenos de especial protección del apartado 1.º del art. 319 del CP, veamos a continuación algunos supuestos concretos en los cuales los Tribunales impusieron una sentencia condenatoria a sus autores⁽⁸²⁾.

S Respecto de los suelos destinados a **viales o zonas verdes**, podemos citar la SAP *Jaén*, Secc. 1.ª, de 4 de septiembre de 2000⁽⁸³⁾.

S En cuanto a suelos de **dominio público**, cabe hacer particular referencia a la zona de protección de dominio público marítimo-terrestre. A esta clase de supuestos ha prestado especial atención la Audiencia de *La Coruña* en la sentencia de la Secc. 6.ª, de 7 de marzo de 2000⁽⁸⁴⁾. Por el contrario, en la SAP *Cádiz*, Secc. 8.ª, de 17 de febrero de 2000 (n.º 26/2000), en un supuesto muy

(81) En el ámbito de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, debe tenerse en cuenta también la Ley 5/1991, de 5 de abril, de protección de los espacios naturales; y las Leyes 8/1996, de 27 de diciembre, de declaración del Parque Natural de Redes; y 2/1988, de 10 de junio, por la que se declara el Parque Natural de Somiedo.

(82) Las sentencias citadas a continuación siguen el criterio de no exigir la profesionalidad en el sujeto activo (*vid. supra* apartado II.2).

(83) Esta sentencia condenó a un guardabosques, como promotor de una construcción por la cual se apropiaba hasta de un 30% del ancho total de la calle Constitución del Ayuntamiento de Jabalquinto, que como tal figuraba en las correspondientes Normas Subsidiarias de Planeamiento del citado Ayuntamiento, mediante la creación de un patio delantero de 6,40 metros de largo por 2,40 metros de ancho.

A este respecto son muy interesantes las consideraciones de un arquitecto como BORREL CALONGE, quien apunta las dificultades de prueba que se pueden plantear en muchos supuestos, sobre todo, porque tiene constatado que “muchos planes de urbanismo se realizan a escalas muy poco precisas y sobre bases topográficas erróneas o imprecisas”, y el ejemplo que pone de una discusión sobre la anchura de una calle es muy ilustrativo al respecto [«Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y sobre el patrimonio arquitectónico. Aspectos técnicos», *RDU* 151 (1997), 70].

(84) Se condenó a una persona no profesional de la construcción que realizó una nave de 255 m² adosada a otra preexistente en suelo clasificado como no urbanizable, aproximadamente a 6 metros de distancia del límite interior de la ribera del mar.

También condenó por construir en zona de protección de dominio público marítimo-terrestre la SAP *La Coruña*, Secc. 2.ª, de 5 de julio de 1999.

similar pero debido al criterio que mantiene esta Audiencia respecto del sujeto activo, absolvió al procesado⁽⁸⁵⁾.

S Y por lo que se refiere a los **lugares que tengan legal o administrativa-mente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural**, se puede traer a colación la SAP *Palencia* de 14 de marzo de 2000. Esta sentencia resulta muy interesante porque absolvió al acusado que había construido en suelo no urbanizable de especial protección natural ambiental grado 2, que según el Plan General de Ordenación Urbana de Palencia permite construir edificación dedicada a actividades agrarias, granja escuela e incluso vivienda unifamiliar agraria. La AP *Palencia* entiende que la construcción litigiosa no difería sustancialmente de estas dedicaciones, por lo que considera que no se puede afirmar con rotundidad que la construcción litigiosa perturbase el bien jurídico protegido. Podría, no obstante, plantearse la posibilidad de que la conducta fuese subsumible en el apartado 2.º del art. 319 del CP. Sin embargo, la Audiencia entendió que tampoco se podían subsumir los hechos en este precepto, porque la edificación llevada a cabo no reunía el carácter de «no autorizable», que es otro elemento que distingue a las conductas del art. 319 y que pasamos a continuación a examinar.

b') En efecto, la jurisprudencia distingue también los apartados 1.º y 2.º del art. 319 del CP en que las «construcciones» deben carecer de autorización, mientras que para las «edificaciones» se exige que no sean autorizables.

“**«No autorizable»** se considera —dice la SAP de *Palencia* de 14 de marzo de 2000 acabada de citar— lo que no sólo no está permitido, sino que en el futuro tampoco podrá ser permitido ni autorizado, de tal suerte que debe reservarse el tipo en cuestión para aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidad de las que ni siquiera quepa posibilidad de una posterior subsanación, autorización o convalidación”⁽⁸⁶⁾. En el caso que enjuiciaba no podía afirmarse que la situación de ilegalidad administrativa en que se hallaba la construcción litigiosa no pudiera ser objeto de subsanación posterior, por lo que tampoco consideró aplicable el apartado 2.º

(85) Se trataba de un hostelero que estaba construyendo una edificación de 80 m² en una zona de protección ecológica, suelo no urbanizable que según el Plan General Municipal de Ordenación del Ayuntamiento de Rota invadía el dominio público marítimo-terrestre y se encontraba afectado, por tanto, por las servidumbres que establece la Ley de Costas.

(86) Esta sentencia ha seguido lo ya señalado anteriormente por las SSAP *Palencia* de 13 de julio de 1998 y 13 de octubre de 1998. *Valencia*, Secc. 2.ª, de 6 de mayo de 1999, y *Zaragoza*, Secc. 1.ª, de 15 de junio de 1999.

A este respecto, es preciso poner de relieve que algunas sentencias han considerado que tampoco se puede aplicar este precepto, por no reunir la edificación el carácter de «no autorizable», a las *urbanizaciones ilegales consolidadas* de hecho. Se han ocupado de ello, entre otras, las SSAP *Palencia* de 13 de julio de 1998 y 13 de octubre de 1998, y *Valencia*, Secc. 2.^a, de 6 de mayo de 1999. En estas resoluciones se consideró que la posibilidad de una futura, aunque todavía no aprobada, modificación del planeamiento, hacía que las edificaciones fuesen susceptibles de ser legalizadas, y por tanto, dejarían de ser «no autorizables».

Lo llamativo de estas resoluciones es que si exagerásemos esta interpretación podríamos vaciar prácticamente de contenido el apartado 2.º del art. 319 del CP, dado que siempre resultará posible modificar en un futuro el planeamiento, con lo cual, lo que hoy es suelo no urbanizable, mañana puede ser urbanizable y por tanto sería autorizable edificar en el mismo. Por otra parte, esta argumentación tiene, a nuestro juicio, un grave inconveniente de fondo que la hace inviable, y es que implica aplicar normas jurídicas que todavía no están en vigor, algo que jurídicamente no resulta admisible, y ello aunque sea en favor del reo ⁽⁸⁷⁾.

Por lo que se refiere al carácter «no autorizado» de las construcciones del apartado 1.º del art. 319 del CP, dicha expresión comprende tanto los casos de una construcción sin licencia, como aquellos en los que la construcción se efectúa en contra o excediéndose de lo dispuesto en la misma ⁽⁸⁸⁾.

(87) *Vid. infra* en el apartado II.4.C) la argumentación de la SAP *Almería*, Secc. 1.^a, de 29 de marzo de 2000 en un caso similar, en el que un agricultor construyó él mismo en unos terrenos en los que existían ya 20 o 25 viviendas más, a pesar de ser el suelo no urbanizable. Esta Audiencia absuelve al agricultor, pero por aplicación del art. 14 del CP.

(88) La licencia, como es sabido, es una autorización de carácter reglado, es decir, se limita a comprobar si lo solicitado se ajusta o no a la normativa vigente, mediante la cual se permite la ejecución de obras o la utilización del suelo en los términos previstos por la legislación aplicable. Según dispone para el Principado de Asturias el art. 1.1 de la Ley 3/1987, «la licencia urbanística es el acto administrativo mediante el cual adquieren efectividad las posibilidades de parcelación, edificación, ocupación, aprovechamiento o uso relativos a un suelo determinado». Conforme a ello, se puede decir que los supuestos de exigibilidad de una licencia son numerosísimos, como lo pone de relieve también el art. 242.1 RD-legislativo 1/1992 (aún vigente), según el cual «todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal». Por lo tanto, el carácter «no autorizado» es mucho más amplio que el de «no autorizable» del apartado 2.º del art. 319 del CP. No obstante, recordemos que la lesividad de la conducta prevista en el apartado 1.º no se encuentra en la mera infracción de la normativa urbanística sino en que se construya en suelos de gran valor para la sociedad, que es lo que constituye el desvalor de resultado de este delito (*vid. supra* apartado II.1).

Por otro lado, la comprobación de si se da o no este elemento típico no suele plantear problemas a la jurisprudencia. No obstante, podrían plantearse algunas dificultades en aquellos supuestos en que el sujeto construye habiendo solicitado la licencia, pero sin obtener una resolución expresa al respecto. ¿Habrá que entender que la ha obtenido por silencio administrativo positivo? Con independencia de lo que pueda establecer la normativa genérica al respecto, el art. 242.6 RD-legislativo (todavía también vigente) establece que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico». Por tanto, la respuesta será que la construcción no está autorizada, no tiene la correspondiente licencia⁽⁸⁹⁾.

4. Otras cuestiones comunes a estas modalidades

A) Norma penal en blanco.

Ya hemos hecho referencia más arriba, al examinar la clase de suelo sobre el que se construye o edifica (apartado II.3.B.a'), a cómo el art. 319 del CP resulta ser una norma penal en blanco, que a juicio de la jurisprudencia debe ser completada acudiendo a la legislación urbanística⁽⁹⁰⁾.

Como es sabido, la existencia hoy en día de las leyes penales en blanco, pese al peligro que pueda comportar dejar en manos de la Administración la determinación del carácter delictivo de una conducta, pudiendo verse afectados negativamente los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de división de poderes, con todo, cumple una importante función. La razón por la cual actualmente siguen existiendo leyes penales en blanco es de carácter práctico, y no de carácter político, como antaño.

El legislador penal se ve obligado a recurrir a esta técnica legislativa, porque el Derecho penal no puede regular detalladamente determinados sectores de nuestra actual sociedad, como pueda ser la ordenación del territorio, que se encuentran sujetos a rápidos y frecuentes cambios. El Derecho penal, que necesita de la aprobación de Leyes Orgánicas, no puede seguir este ritmo frenético,

(89) Para el Principado de Asturias, el art. 1.4 Ley 3/1987 dispone que «las licencias se entenderán obtenidas por silencio positivo una vez transcurridos los plazos y cumplidas las condiciones establecidas por la legislación de Régimen Local». No obstante, continúa este precepto, «en ningún caso podrán adquirirse por silencio facultades en contra de las prescripciones de las leyes, planes y demás normativa urbanística».

(90) Específicamente, sobre los problemas que plantean las remisiones normativas en el ámbito de los delitos sobre la ordenación del territorio, véanse, entre otros, GÓRRIZ ROYO, «La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio», *RCCPP* 1 (1998), 73 ss., y VERCHER NOGUERA, *EJMF* I-2000, 595 ss.

por lo que el recurso a las leyes penales en blanco va a permitir evitar que se quede atrás.

No obstante, y para eludir una posible vulneración de los principios antes señalados, la utilización de la técnica de las leyes penales en blanco debe encontrarse sujeta a una serie de límites que la hagan aceptable. La SAP *La Coruña*, Secc. 6.^a, de 7 de marzo de 2000 recuerda, a este respecto, que “el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 3/1988, de 21 de enero, 127/1990, de 5 de julio, y otras posteriores avaló su constitucionalidad siempre que se cumplan las exigencias que la propia doctrina constitucional establece y que son: a) reenvío expreso y justificado; b) norma penal que contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c) satisfacción de la exigencia de certeza. Y por su parte la sentencia 120/1998, de 15 de junio, después de reafirmar la constitucionalidad de las normas penales parcialmente en blanco, ha señalado, además, que la reserva de ley que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas contengan remisiones a los reglamentos administrativos (SSTC 127/1990, 111/1993, 62/1994, 102/1994 y 24/1996); y desde otro punto de vista ha respondido también que el órgano judicial puede integrar el tipo penal incluso con una norma autonómica de naturaleza administrativa dictada en el marco de sus respectivas competencias”⁽⁹¹⁾.

Dicha integración mediante la normativa autonómica podría, a su vez, plantear también problemas de igualdad ante la ley, puesto que las normas que completan la ley penal pueden ser diferentes en las distintas Comunidades Autónomas. Ciertamente existe tal posibilidad, puesto que con la distribución de competencias se ha dictado una abundante normativa autonómica sobre la ordenación del territorio, en la cual nosotros no podemos entrar ahora. Sin embargo, hay que señalar que estos problemas son más aparentes que reales, porque la normativa autonómica rige para todo el que quiera construir en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma, y no sólo para los ciudadanos de la misma. Con lo cual el peligro de un trato desigual desaparece.

El peligro de infringir el principio de igualdad se encuentra más bien en que los Tribunales sigan un criterio distinto en cuanto al sujeto activo. Aquí sí que, a nuestro juicio, se genera una desigualdad de trato de una provincia a otra,

(91) Sobre esta cuestión, véanse, entre otros, CASABÓ RUIZ, «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente», *EPC* t. V (1982), 235 ss.; y SILVA SÁNCHEZ, «¿Competencia “indirecta” de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?», *LL* 1993-1, 964 ss.; y del mismo, «Las “normas de complemento” de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas. (Consideraciones a propósito de la STC (2.^a) 120/1998, de 15 de junio)», *PJ* 52 (1998), 483 ss.

dada la diversidad de criterios que sostienen las Audiencias en cuanto al carácter especial o no de estos delitos (apartado II.2). Para evitar tales desigualdades habría que esperar a que el TS volviese a conocer de un asunto parecido al que ya juzgó⁽⁹²⁾, y así sentase definitivamente jurisprudencia sobre esta cuestión⁽⁹³⁾; o bien que el propio legislador reformase la regulación penal, aclarando la condición que deben reunir los «promotores, constructores o técnicos directores». Hay que reconocer, de todas formas, que, en principio, parece bastante difícil que se produzca alguna de estas dos circunstancias, con lo cual habrá que ver por qué derroteros discurre la próxima jurisprudencia de las Audiencias en esta materia y ver si la STS de 26 de junio de 2001 ha servido de algo.

B) Ley penal en el tiempo.

Por lo que a los problemas que pueda suscitar la aplicación en el tiempo de los delitos sobre la ordenación del territorio⁽⁹⁴⁾, hay que señalar que la jurisprudencia ha concebido estos delitos como *delitos permanentes* (entre otras, la SAP *Palencia* de 14 de abril de 1998).

Esta doctrina de una consumación prolongada en el tiempo ha llevado a los Tribunales a plantearse algunos problemas relativos a la aplicación de la ley penal en el tiempo, como qué sucede cuando la construcción empezó a llevarse a cabo antes de la entrada en vigor del CP de 1995 y se concluye con posterioridad a la misma. Supuestos de este tipo han sido juzgados, entre otras, por la

(92) Tan solo caben tres posibilidades, por lo que alcanzamos a imaginar que el TS vuelva a conocer de un caso relativo a la ordenación del territorio: 1) Por un asunto semejante al ya resuelto, pero todavía pendiente en el que hubiese conocido en única instancia una Audiencia Provincial. Difícilmente ocurrirá, a no ser que cambie la legislación actualmente vigente, por lo dicho al comienzo de este trabajo en la nota 3. 2) Porque, como ha sucedido con la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia (art. 380 del CP), se diese el caso de acusar a un aforado (esta circunstancia fue la que motivó que tuviese que pronunciarse el TSJ *Madrid* en un Auto de 9 de julio de 1999 sobre una prevaricación urbanística). 3) Porque el delito sobre la ordenación del territorio haya sido cometido en concurso con otro delito que corresponda conocer a una Audiencia Provincial.

(93) Ciertamente, también puede suceder que cambie de criterio.

(94) Véase específicamente sobre ello, entre otros, GÓRRIZ ROYO, *RCCPP* 1 (1998), 73 ss.; y VERCHER NOGUERA, «La ley penal en el tiempo y los delitos contra la ordenación del territorio», *AJA* n.º 321, de 11 de diciembre de 1997.

SAP Zaragoza, Secc. 3.^a, de 25 de enero de 1999 y la SAP, Secc. 1.^a, de 4 de enero de 1999 ⁽⁹⁵⁾.

Por otra parte, hemos visto también más arriba (apartado II.3.B.a'), la repercusión que ha tenido en el ámbito penal la aprobación del RD-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, que suprimió el último inciso del apartado 2.º del art. 9 LRSV. Al ser una reforma más favorable para los acusados, algunas sentencias la han aplicado con efectos retroactivos ⁽⁹⁶⁾.

C) Aspecto subjetivo.

En cuanto al elemento psíquico-subjetivo de estos delitos, hay que decir que el CP de 1995 sólo castiga su comisión dolosa. Como dice la SAP Zaragoza, Secc. 1.^a, de 11 de mayo de 1999, “sólo son punibles las conductas que se lleven a cabo con dolo directo o eventual, no siendo punibles los delitos contra la ordenación del territorio en su modalidad culposa, debiendo extenderse el dolo al conocimiento de que la edificación no es autorizable, esto es, sin autorización... y que se efectúe en suelo no urbanizable” ⁽⁹⁷⁾.

El problema principal a este respecto radica en que el conocimiento debe alcanzar a los elementos normativos contenidos en los tipos delictivos, como son la clasificación del suelo como no urbanizable y el carácter no autorizado o no autorizable de la construcción y de la edificación, respectivamente. Puesto que el elemento típico configura asimismo la antijuridicidad del comportamiento, resulta que el tratamiento del error en estos supuestos por parte de la juris-

⁽⁹⁵⁾ Mayores dudas puede plantear el supuesto enjuiciado por la SAP Málaga, Secc. 2.^a, de 16 de septiembre de 1998, pero que no obstante no condenó en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal.

⁽⁹⁶⁾ Un problema parecido, de aplicación en el tiempo de leyes extrapenales que deben integrar los preceptos penales en blanco, fue objeto de decisión por la SAP Cádiz, Secc. 2.^a, de 30 de junio de 2000, si bien en este caso se refería a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

Sobre la problemática de la ley penal en el tiempo y las leyes penales en blanco, puede verse, por todos, SILVA SÁNCHEZ, «Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las “Leyes en Blanco”», EPC t. XVI (1993), 423 ss.

⁽⁹⁷⁾ En idénticos términos se pronuncian también SAP Zaragoza, Secc. 1.^a, de 15 de junio de 1999; y la SAP Baleares, Secc. 2.^a, de 29 de abril de 2000.

prudencia (también en la doctrina) no resulta claro si debe ser de tipo o de prohibición⁽⁹⁸⁾.

Mientras que unas Audiencias entienden que nos encontramos claramente ante un error de tipo (p. ej., la SAP Cáceres, Secc. 2.^a, de 24 de febrero de 1998; SSAP Zaragoza, Secc. 3.^a, de 25 de enero de 1999, y Secc. 1.^a, de 11 de mayo de 1999 y 15 de junio de 1999; SAP Almería, Secc. 1.^a, de 29 de marzo de 2000), otras, en cambio, consideran que estos supuestos tratan más bien de un error de prohibición (p. ej., la SAP Cádiz, Secc. 2.^a, de 30 de junio de 2000).

En lo que sí parece existir un cierto consenso es en que “respecto a los profesionales (arquitectos, ingenieros, etc.) la operatividad del eventual error o su invencibilidad es distinta que respecto de los particulares. Así, para el técnico-director o el constructor o promotor profesional no es admisible el error, y mucho menos que sea invencible. En cambio, respecto al propietario que no sea profesionalmente promotor y en relación al suelo no urbanizable es posible que actúe mediando el error e incluso que sea invencible” (SAP Zaragoza, Secc. 1.^a, de 15 de junio de 1999). Por lo tanto, siguiendo este criterio, el error sólo sería relevante en aquellas Audiencias que no exigiesen la profesionalidad en el sujeto activo.

En este punto, y particularmente a la hora de examinar el grado de conocimiento exigible al sujeto activo, vuelve a producirse una disparidad de criterio en la jurisprudencia. Concretamente, en la Audiencia de Cádiz se han dado dos resoluciones que parecen matener criterios diversos. Mientras que la SAP Cádiz, Secc. 2.^a, de 30 de junio de 2000 mantiene un criterio muy flexible y beneficioso para el reo, por el contrario, la SAP Cádiz, Secc. 1.^a, de 31 de mayo de 1999 sigue un criterio más severo, y entiende que “no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente; tal y como ocurre en el presente supuesto donde, no sólo es notoria, pública y evidente la ilicitud (al menos administrativa) de las construcciones ilegales, sin licencias o no autorizables, sino que incluso, su tipificación penal ha sido ampliamente difundida a través de los diversos medios de comunicación, especialmente en el concreto ámbito local y provincial del lugar donde ocurren los hechos, ampliamente afectada por una proliferación de construcciones de este tipo”. Tampoco admitió el error la SAP Baleares, Secc. 2.^a, de 29 de abril de 2000.

(98) Para una exposición más detenida de este problema, véanse, por todos, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, «Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error», *LH-Casabó Ruiz* (1997), vol. 1, 657 ss.; y SUAY HERNÁNDEZ, «Los elementos normativos y el error», *ADPCP* 1991, 97 ss.

D) La demolición de lo construido o edificado (art. 319.3 del CP).

El apartado 3 del art. 319 del CP dispone que «en cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe». En realidad, la demolición de la obra no se corresponde exactamente con la reposición de las cosas a su estado anterior, si bien ésta siempre podrá ser ordenada por el Juez, según lo dispuesto por el art. 112 del CP, a tenor del cual «la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa».

No es frecuente que los Jueces ordenen la demolición de la obra⁽⁹⁹⁾. Por lo que nosotros alcanzamos a conocer, tan sólo una sentencia de una Audiencia la ha ordenado directamente. Me refiero a la SAP *Jaén*, Secc. 1.ª, de 4 de septiembre de 2000⁽¹⁰⁰⁾.

De todas formas, resulta lógico que no se acuerde la demolición, porque normalmente existe abierto y en suspenso un expediente administrativo por los hechos enjuiciados⁽¹⁰¹⁾, con lo cual “existe todavía la posibilidad de llegar a autorizar la edificación” (SAP *La Coruña*, Secc. 6.ª, de 7 de marzo de 2000).

Por último, decir que la demolición “no puede reputarse una pena, sino una consecuencia civil” (SAP *Palencia* de 31 de diciembre de 1998), y tiene, además, “carácter facultativo” (SAP *Jaén*, Secc. 1.ª, de 4 de septiembre de 2000).

III. PREVARICACIÓN URBANÍSTICA (ART. 320 DEL CP)

Como ya hemos indicado al principio de este trabajo, el Cap. I del Tít. XVI del Lib. II del CP está integrado también por otro precepto, aparte del art. 319:

(99) Para la situación anterior al CP de 1995 a este respecto, véase CATALÁN SENDER, *CPC* 1998, 557 ss., quien resalta cómo apenas se tiene noticia de algún caso de demolición por infracción urbanística, y ello porque dicha postestad se había depositado en los Ayuntamientos, los cuales no se atrevían a imponerla, por diversas razones. Entre ellas, este autor señala “ser vecino contiguo a la persona que se le iba a demoler la construcción, haber otras construcciones en idéntica situación y no poder hacer nada por haber transcurrido el plazo de prescripción, o por ser un demérito para el Alcalde si se quería presentar a las próximas elecciones” (559).

(100) Otras resoluciones lo que han hecho ha sido confirmar la previa decisión del Juzgado de lo Penal, como la SAP *Palencia* de 31 de diciembre de 1998; o la SAP *Jaén*, Secc. 2.ª, de 29 de mayo de 2000, entre otras.

(101) Es preciso recordar la prejudicialidad de la vía penal, tal y como establece el art. 274 RD-Legislativo 1/1992 (aún vigente).

el art. 320 CP, que regula una específica forma de prevaricación dentro del ámbito de la ordenación del territorio ⁽¹⁰²⁾.

El art. 320 CP sanciona a los funcionarios que autorizasen proyectos de edificación o concediesen licencias contrarias a la legislación urbanística. Concretamente, el art. 320 del CP tipifica dos comportamientos: uno informar favorablemente a sabiendas de su injusticia (apartado 1.º) y otro resolver o votar a favor de su concesión, también a sabiendas de su injusticia (apartado 2.º) ⁽¹⁰³⁾.

Por lo que alcanzo a conocer, hasta el momento no ha habido todavía ninguna sentencia que haya condenado por una prevaricación urbanística del art. 320 del CP. Por el momento no ha habido más que alguna resolución que o bien ha decretado el archivo de las actuaciones o bien ha absuelto de la acusa-

(102) En relación con esta figura delictiva, véanse, entre otros, ACALE SÁNCHEZ, «La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Título XVI del Código Penal: especial referencia al art. 320», *PJ* 47 (1997), 115 ss.; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, «La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el art. 320 del Código Penal», *AJA* n.º 270, de 21 de noviembre de 1996; RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, «La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística», *LH-Valle Muñiz*, 1737; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, «Alcance y límites a la cláusula agravatoria de la responsabilidad de los funcionarios en materia urbanística», *CPC* 1998, 435; SIERRA LÓPEZ, «La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el título XVI: su relación con la prevaricación genérica del artículo 404 del Código Penal», *AP* 2000, 771; TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente», *EPC* t. XX, 311; VERCHER NOGUERA, «La especial forma de prevaricación en los delitos contra la ordenación del territorio», *LL* 1997-1, 1914; DE VICENTE MARTÍNEZ, «La responsabilidad penal del funcionario público o autoridad en materia de ordenación del territorio», en *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio*, Ed. Consejería de Obras Públicas y Transporte, Sevilla, 1998.

(103) Art. 320 del CP:

«1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia».

ción que se venía formulando contra el Alcalde por haber concedido alguna licencia que se entendía contraria a las normas urbanísticas vigentes ⁽¹⁰⁴⁾.

En ninguno de estos supuestos se condenó al acusado, porque se consideró que los hechos no revestían el carácter de típicos; y ello porque la injusticia o la arbitrariedad de la autorización no ha podido ser constatada.

(104) Estas resoluciones son: el Auto AP *Vizcaya*, Secc. 2.^a, de 29 de junio de 1999; el Auto del TSJ *Madrid* de 9 de julio de 1999 (este Auto sería recurrido en súplica y desestimado por Auto TSJ *Madrid* de 28 de julio de 1999); el Auto AP *Castellón*, Secc. 2.^a, de 31 de julio de 1999; y la SAP *Ávila* de 18 de octubre de 1999.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Aforamiento:

- STS 1335/2001, de 19 de julio 235

Alzamiento de bienes:

- STS 739/2001, de 3 de mayo 169
— STS 1716/2001, de 25 de septiembre 256

Animales dañinos:

- SAP SEVILLA 204/2001, de 17 de abril 267

Apropiación indebida:

- STS 1505/2001, de 23 de julio 238
— STS 1493/2001, de 25 de julio 245

Asesinato (alevosía):

- STS 1247/2001, de 25 de junio 211

B

Blanqueo de capitales:

- STS 1293/2001, de 28 de julio 246

C

Calumnias:

- STC 148/2001, de 27 de junio 137

Circunstancias agravantes (disfraz):

- STS 838/2001, de 10 de mayo 179

Circunstancias atenuantes (analógica):

- STS 1180/2001, de 2 de julio 220

Cooperación necesaria:

- STS 1197/2001, de 20 de junio 204

Cuestiones prejudiciales:

- STS 1490/2001, de 24 de julio 241

D

Delito continuado:

- STS 1197/2001, de 20 de junio 204

Delito contra la integridad moral:

- SAP BARCELONA, de 14 de junio de 2001 292

Delito contra los derechos de los trabajadores:

- AAP VIZCAYA 54/2001, de 13 de febrero 261

Delito de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos:

- STC 167/2001, de 16 de julio 140

Delitos contra el medio ambiente:

- STS 1705/2001, de 29 de septiembre 258

| | Página |
|--|--------|
| Delitos relativos a la ordenación del territorio: | |
| — STS 1250/2001, de 26 de junio | 213 |
| Delitos societarios: | |
| — SAP MADRID 370/2001, de 6 de junio | 287 |
| Denuncia: | |
| — STS 1335/2001, de 19 de julio | 235 |
| Derecho a la doble instancia: | |
| — STS 1575/2001, de 17 de septiembre | 250 |
| Derecho a la última palabra: | |
| — STS 843/2001, de 10 de mayo | 181 |
| Derecho de defensa: | |
| — STS 1989/2000, de 3 de mayo de 2001 | 167 |
| Derechos del interno en centro penitenciario: | |
| — AAP MADRID 881/2001, de 17 de mayo | 275 |
| — AAP MADRID 1070/2001, de 8 de junio | 288 |
| Descubrimiento y revelación de secretos: | |
| — STS 872/2001, de 14 de mayo | 185 |
| Deslealtad profesional de abogado: | |
| — SAP MADRID 146/2001, de 23 de abril | 268 |
| Detención: | |
| — STS 1237/2001, de 25 de junio | 209 |
| Detención ilegal (por funcionario público): | |
| — STS 1371/2001, de 11 de julio | 227 |

E

| | |
|-------------------------------------|-----|
| Entrada y registro: | |
| — STS 824/2001, de 7 de mayo | 173 |
| — STS 809/2001, de 10 de mayo | 178 |
| — STS 889/2001, de 8 de junio | 196 |

Error de prohibición:

- AAP BARCELONA 394/2001, de 18 de mayo 278

Estafa:

- STS 1235/2001, de 20 de junio 206
 — STS 1435/2001, de 18 de julio 230

F

Falsedad documental:

- STS 789/2001, de 10 de mayo 176

Fraude de subvenciones:

- STS 1197/2001, de 20 de junio 204

Funcionario público (concepto):

- STS 789/2001, de 10 de mayo 176

H

Homicidio imprudente:

- STS 1439/2001, de 18 de julio 231

I

Intervención telefónica:

- STS 816/2001, de 22 de mayo 187
 — STS 889/2001, de 8 de junio 196
 — STS 1277/2001, de 26 de junio 216

Intervenciones corporales:

- STS 995/2001, de 1 de junio 195

J

Juicio de faltas:

| | |
|---|-----|
| — SAP MADRID 158/2001, de 27 de abril | 272 |
| — SAP MADRID 289/2001, de 13 de junio | 291 |

Juicio oral:

| | |
|-------------------------------------|-----|
| — STS 775/2001, de 10 de mayo | 174 |
|-------------------------------------|-----|

L

Lesiones:

| | |
|--|-----|
| — STS 1593/2001, de 11 de septiembre | 248 |
| — STS 1642/2001, de 20 de septiembre | 252 |

Libertad de expresión:

| | |
|--------------------------------------|-----|
| — STC 148/2001, de 27 de junio | 137 |
|--------------------------------------|-----|

M

Medidas cautelares:

| | |
|---|-----|
| — STC 169/2001, de 16 de julio | 144 |
| — AAP BARCELONA, de 26 de marzo de 2001 | 264 |

Multa:

| | |
|---------------------------------------|-----|
| — STS 1377/2001, de 11 de julio | 228 |
|---------------------------------------|-----|

O

Ocupación de inmuebles:

| | |
|---|-----|
| — SAP VALENCIA 130/2001, de 9 de mayo | 273 |
|---|-----|

P

| | |
|---|-----|
| Penal de privación del derecho a conducir vehículos a motor: | |
| — SAP VALENCIA 434/2001, de 18 de junio | 295 |
| Prescripción de la pena: | |
| — STS 921/2001, de 23 de mayo | 190 |
| Prevaricación: | |
| — STS 1677/2001, de 25 de septiembre | 255 |
| Principio acusatorio: | |
| — STS 1232/2001, de 22 de junio | 208 |
| Principio de igualdad: | |
| — STC 193/2001, de 1 de octubre | 159 |
| Procedimiento abreviado: | |
| — AAP BARCELONA 173/2001, de 17 de mayo | 276 |
| Prueba alcohométrica: | |
| — SAP VIZCAYA 151/2001, de 16 de marzo | 263 |
| — SAP MADRID 304/2001, de 18 de junio | 294 |
| Prueba indiciaria: | |
| — STS 1575/2001, de 17 de septiembre | 250 |
| Prueba pericial: | |
| — STS 1364/2001, de 10 de julio | 226 |
| — STS 1665/2001, de 28 de septiembre | 257 |
| Prueba testifical: | |
| — STS 773/2001, de 7 de mayo | 171 |
| — STS 950/2001, de 24 de mayo | 191 |
| — STS 1511/2001, de 24 de julio | 243 |
| Psicopatías: | |
| — STS 831/2001, de 14 de mayo | 182 |

Q

Quebrantamiento de condena:

- STS 1680/2001, de 24 de septiembre 253
- SAP BARCELONA, de 28 de mayo de 2001 282

Quiebra fraudulenta:

- SAP BARCELONA, de 8 de junio de 2001 289

R

Recurso de apelación:

- SAP SEVILLA 55/2001, de 2 de abril 265

Recurso de queja:

- STC 178/2001, de 17 de septiembre 157
- STS 985/2001, de 3 de julio 221

Responsabilidad civil:

- STS 1003/2001, de 28 de mayo 192
- STS 966/2001, de 29 de mayo 193
- STS 1164/2001, de 18 de junio 201
- STS 1357/2001, de 5 de julio 223
- SAP SEVILLA 70/2001, de 24 de abril 270
- SAP BARCELONA 76/2001, de 1 de junio 283
- SAP BARCELONA 139/2001, de 5 de junio 284

Responsabilidad penal del menor:

- AAP VALENCIA 111/2001, de 6 de junio 285

S

Secreto sumarial:

- STC 174/2001, de 26 de julio 154
- STS 889/2001, de 8 de junio 196

Sobresimiento libre:

- STS 985/2001, de 3 de julio 221

T

Tenencia de armas:

- AAP BARCELONA 394/2001, de 18 de mayo 278

Tentativa (inidónea):

- STS 1124/2001, de 13 de junio 200

Tráfico de drogas:

- STS 1439/2001, de 18 de julio 231

Tribunal del jurado:

- STS 857/2001, de 29 de junio 218
 — AAP BARCELONA, de 28 de mayo de 2001 280

V

Vigilantes jurados:

- STS 1112/2001, de 12 de junio 199

Violencia doméstica:

- STS 1356/2001, de 9 de julio 225

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 148/2001 de la Sala 1.ª del TC de 27 de junio de 2001
(BOE 26 de julio de 2001) (Recurso de amparo 3377/1997)**

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROTECCIÓN PENAL DEL HONOR.

Art. 20.1 CE

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

SÍNTESIS

Tras analizar minuciosamente el sentido de la relación entre el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 de la CE) y la tutela penal del honor, se niega el amparo al condenado por calumnias vertidas, en su condición de Concejal, al Secretario del Ayuntamiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto del presente recurso de amparo es la Sentencia por la que se condena por la comisión de un delito continuado de calumnias (arts. 453 y ss. CP de 1973) al Sr. R.G., dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, y confirmada en casación por el Tribunal Supremo, con ocasión de las intervenciones orales del ahora demandante en este proceso constitucional en diversos Plenos del Ayuntamiento de Vélez-Málaga.

Se somete pues, a nuestro examen una condena penal por la comisión de un delito de calumnias con motivo de las manifestaciones hechas por un Concejal en el transcurso de varios Plenos municipales, de las que se hicieron eco de diversas maneras los medios de comunicación, incluso nacionales, y en las que, en su condición de portavoz del grupo político opositor al Alcalde criticó con severidad y dureza la actuación de éste e imputó al Secretario del Ayuntamiento la comisión de falsedades en los documentos del expediente de segregación de

la localidad de Torre del Mar, así como otras irregularidades en su tramitación.

(...)

3. Ciñéndonos a la cuestión central de este amparo, debe recordarse que el Secretario de Ayuntamiento ofendido y querellante optó por la vía penal, lo que con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal no carece de relevancia. Decíamos en la STC 42/1995, de 13 de febrero (FJ 2), que si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades, el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la conducta que incide en este derecho haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FFJJ 4 a 7; 107/1988, de 25 de junio, FJ 2; 105/1990, de 6 de junio, FJ 3; 320/1994, de 28 de diciembre, FFJJ 2 y 3; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2; 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 2/2001, de 15 de enero, FJ 6). Y ello entraña que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que no se trata de establecer si el ejercicio de las libertades de información y de expresión ha ocasionado una lesión al derecho al honor penalmente sancionable, sino de determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la antijuridicidad; ello sólo se producirá, lógicamente, si el ejercicio de esas libertades se ha llevado a cabo dentro del ámbito delimitado por la Constitución (en este sentido, y por todas SSTC 110/2000, de 5 de mayo; 297/2000, de 11 de diciembre; 2/2001, de 15 de enero).

El examen de las resoluciones judiciales dictadas en los procesos penales en los que se vean comprometidos los derechos fundamentales del art. 20.1.a) y d) CE y el derecho fundamental al honor (art. 18.1 CE), no se limita a un enjuiciamiento externo del modo en que los órganos judiciales penales han valorado la concurrencia de estos derechos fundamentales en el caso de autos, ya que no basta con que los órganos judiciales hayan efectuado una valoración de los derechos constitucionales en presencia y que ésta puede tenerse por razonable. Dicha valoración, para ser constitucionalmente respetuosa con los derechos fundamentales contenidos en los arts. 18.1 y 20.1 CE, ha de llevarse a cabo de modo que se respete la posición constitucional de los mismos, respeto que corresponde verificar a este Tribunal (SSTC 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 13; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3, 112/2000, de 5 de mayo, FJ 5, 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 3).

(...)

6. Cierto que conforme a la doctrina de este Tribunal la tutela del derecho al honor se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información cuando sus titulares ejercen funciones públicas, como es el caso, o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, estando obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general. Pero no es menos cierto que también hemos afirmado con igual rotundidad que aparecerán desprovistas del valor de causa de justificación las expresiones formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa (STC 46/1998, de 2 de marzo, FJ 3). La emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o para expresar la opinión que otra persona o su conducta nos merezca, supone

un daño injustificado a la dignidad de las personas (SSTC 105/1990, de 5 de julio, FJ 8; 78/1995, de 21 de junio, FJ 4; 200/1998, de 18 de noviembre, FJ 6; AATC 109/1995, de 27 de marzo, FJ 6; 212/2000, de 21 de septiembre, FJ 3). La Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 5; 42/1995, de 13 de febrero, FJ 2; 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 3; 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 6; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 11/2000, de 17 de enero, FJ 2; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5).

También hemos dicho en la STC 192/1999, de 25 de octubre (FFJJ 7 y 8), que los denominados “personajes públicos”, y en esa categoría deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, deben soportar, en su condición de tales, el que sus actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos. Los medios de comunicación social, como ha indicado en tantas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cumplen así una función vital para todo Estado democrático, que no es sino la crítica de quienes tienen atribuida la función de representar a los ciudadanos. “El personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando éstas puedan ser especialmente molestas o hirientes, sin que pueda esgrimir frente a esa información género alguno de inmunidad o privilegio, y frente a las que tiene más posi-

bilidades de defenderse públicamente de las que dispondría un simple particular (SSTC 104/1986, 85/1992, 19/1996, 240/1997, 1/1998, y SSTEDH caso Sunday Times, 26 de abril de 1979; caso Lingens, de 8 de julio de 1986; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992; caso Praeger y Oberschlick, 26 de abril de 1995; caso Tolstoy Miloslavski, de 13 de julio de 1995; caso Worm, de 29 de agosto de 1997; caso Fressoz y Roire, de 21 de junio de 1999)”.

Así pues, quienes tienen atribuido el ejercicio de funciones públicas, son personajes públicos en el sentido de que su conducta, su imagen y sus opiniones pueden estar sometidas al escrutinio de los ciudadanos, los cuales tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información del art. 20.1.d) CE, a saber cómo se ejerce aquel poder en su nombre. En esos casos, y en tanto lo divulgado o criticado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18.1 CE.

Sin embargo, cuando la crítica se dirija a un funcionario público y se refiera a la forma en la que desempeña su función, no siempre la crítica estará amparada en la relevancia pública de la opinión emitida, y, desde luego, nunca lo podrá estar cuando esa opinión esté acompañada o, simplemente, consista en expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para la crítica que se desea realizar. Porque como acabamos de señalar, la emisión de apelativos formalmente injuriosos, sea cual sea el contexto en el que se viertan, innecesarios para expresar la opinión que de otra persona o su conducta nos merezca, supone un daño injustificado a su honor. De otro modo, el sacrificio exigido a la dignidad del funcionario criticado resultaría de todo punto desproporcionado, ya que su honor y reputación personal podrá sacrificarse en aquellos casos en los que la formación de la opinión pública sobre las cuestiones que a todos puedan interesar, como pueda ser la gestión de los asuntos públicos, así lo exija por resultar esencial para el Estado democrá-

tico de Derecho (STC 6/1981, 16 de marzo, FJ 3). Pero de ningún modo ese límite al derecho al honor del funcionario debe trocarse en un remedo de privación de su derecho fundamental garantizado en el art. 18.1 CE, lo que ocurriría si se le exigiese soportar, aun en el caso de opiniones y críticas al ejercicio de su función pública, el insulto de todo punto innecesario.

(...)

7. (...) Ahora bien, la imputación a una persona de la comisión de un delito, especialmente grave justamente por la función pública que esa persona desempeña, con la firmeza, reiteración y rotundidad con la que se hizo en el caso de autos, resulta objetivamente injuriosa y desmerecedora en la consideración ajena de la reputación del Secretario de Ayuntamiento.

**Sentencia 167/2001 de la Sala 2.^a del TC de 16 de julio de 2001
(BOE 14 de agosto de 2001) (Recurso de amparo 1444/1998)**

DELITO DE IMPEDIMENTO DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CÍVICOS.

Art. 542 Código Penal

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

SÍNTESIS

El Tribunal Constitucional otorga el amparo a un alcalde, condenado en virtud del art. 542 del CP (impedimento del ejercicio de los derechos cívicos). Tras delimitar el alcance de la expresión “derechos cívicos”, concluye que no se incurre en la mencionada figura delictiva por el hecho de impedir asistir a las sesiones de una fundación pública municipal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. (...) Ha de comenzar por señalarse que, según reiterada jurisprudencia constitucional, la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, es una función que, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales

ordinarios, sin que este Tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea (SSTC 16/1981, de 18 de mayo, FJ 2; 89/1983, de 2 de noviembre, FJ 2; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 1; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10, y 185/2000, de 10 de julio, FJ 4, entre otras muchas). Ahora bien, una aplicación defectuosa de la Ley penal puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho

constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo. Cuando se alega tal cosa, como en el presente caso ocurre, este Tribunal ha de analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la norma penal (SSTC 75/1984, de 27 de junio, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5), sin olvidar que el principio de legalidad, ni puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando en uso de ésta no se crean nuevas figuras delictivas o se aplican penas no previstas en el Ordenamiento (SSTC 89/1983, de 2 de noviembre, FJ 3; 75/1984, de 27 de junio, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5), ni tampoco pasar por alto que toda norma penal admite varias interpretaciones como consecuencia natural de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4).

Para efectuar ese análisis y hacer efectiva dentro de los límites de su jurisdicción la garantía material del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional ha establecido un canon de constitucionalidad desde el cual cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora de aquel principio, cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor del precepto, sea por la utilización de pautas de valoración extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresa de las resoluciones en entredicho (SSTC 137/1997, de 21 de julio; 151/1997, de 29 de septiembre; 225/1997, de 15 de diciembre; 232/1997, de 16 de diciembre; 236/1997, de 22 de diciembre; 56/1998, de 16 de marzo; 42/1999, de 22 de marzo; 142/1999, de 22 de julio; 195/2000, de 24 de julio, y 127/2001, de 4 de junio).

El control constitucional de las operaciones de subsunción e interpretación de la norma ha de limitarse, pues, a evitar la imprevisibilidad de la aplicación, bien porque se aparte del tenor literal del precepto, bien porque resulte extravagante en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional vigente. Sobre este último extremo ha de centrarse, en el presente caso, nuestro análisis.

4. Lo que se imputa al demandante de amparo es no haber cursado orden de convocatoria a don Jorge Gabriel P. de A. para que asistiese a las reuniones de la Fundación Pública Centro Cultural Municipal, llegando a expulsarle cuando intentaba incorporarse a la de 7 de marzo de 1994.

Tanto la Sentencia de instancia como la del Tribunal Supremo incardinaron la conducta del recurrente en el art. 542 del Código Penal, que castiga con la pena de inhabilitación especial por tiempo de uno a cuatro años a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes.

La jurisprudencia había interpretado tal precepto entendiéndolo que los derechos cívicos a que el precepto, configurado expresamente como residual, alude no son otros que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (STS “La referencia que los preceptos citados contienen a los derechos cívicos ha venido entendiéndose como alusiva a los derechos fundamentales que la Constitución recoge en el Capítulo Segundo del Título I. ‘Derechos y Libertades’ (artículos 14 a 29) (Sentencias de 22 de diciembre de 1992, 1 de octubre de 1993 y 7 de febrero de 1994, entre otras). Con la expresión ‘derechos cívicos’ —dice la indicada sentencia de 1 de octubre de 1993— el legislador quiere referirse a los derechos políticos, entendiéndolo como tales, no sólo los estrictos derechos de participación en las instituciones propias de la organización del Estado, sino todos aquellos que se reputan como fundamentales de la persona, con amparo en nues-

tra Constitución, a través de los cuales tal persona, en cuanto ciudadano, participa en los asuntos de la comunidad (FJ 8).”

Previamente a tal declaración general se había afirmado que “con harta fundamento la sentencia concluye que los hechos declarados probados constituyen un delito de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos, previsto y penado en el artículo 542 del vigente Código Penal —más favorable que el artículo 192 del derogado Código Penal de 1973— en relación con el derecho a participar en los asuntos públicos a que se refiere el artículo 23.1 de la Constitución Española” (FJ 5). Se entiende, pues, y expresamente así se afirma, que en el art. 23.1 CE no se incardinan “sólo los estrictos derechos de participación en las instituciones propias de la organización de un Estado, sino todos aquellos que se reputan como fundamentales de la persona con amparo en la Constitución Española, a través de los cuales tal persona participa en los asuntos de la comunidad” (FJ 5).

Sentado esto, y sin entrar a analizar si son o no posibles otras interpretaciones del tipo penal aplicado ajustadas a la Constitución, cosa que excedería los límites que la Constitución y la Ley Orgánica imponen a esta jurisdicción de amparo, hemos de dilucidar si el entendimiento del art. 23.1 de la Constitución Española, que resultó determinante de la condena, es legítimo.

5. El art. 23.1 CE garantiza un derecho de participación que puede ejercerse de dos formas distintas, bien directamente, bien por medio de representantes. En relación con esta última posibilidad la Constitución concreta que se trata de representantes elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, lo que apunta, sin ningún género de dudas, a la representación política, con exclusión de otras posibles representaciones de carácter corporativo, profesional, etc. Así lo viene entendiendo de forma constante y uniforme este Tribunal, que, al realizar una interpretación conjunta de los dos apartados del art. 23 CE —y dejando ahora al margen el derecho de acceso a las funciones públi-

cas—, ha afirmado que en ellos se recogen “dos derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el art. 1 de la Constitución” (STC 71/1989, de 20 de noviembre, FJ 3): el derecho electoral activo y el derecho electoral pasivo, derechos que aparecen como “modalidades o vertientes del mismo principio de representación política” (ibidem). “Se trata —hemos afirmado en nuestra STC 51/1984, de 25 de abril— del derecho fundamental, en que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el art. 1 y es la forma de ejercitar la soberanía que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español. Por eso, la participación en los asuntos públicos a que se refiere el art. 23 es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el art. 66 de la Constitución y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 de la Constitución” (FJ 2).

Asimismo hemos venido reiterando que dicho precepto garantiza el derecho a que los representantes elegidos permanezcan en su cargo y puedan ejercer las funciones previstas en la Ley. Hay por tanto una estrecha vinculación entre los derechos reconocidos en los apartados 1 y 2 del art. 23 CE y el principio democrático, manifestación, a su vez, de la soberanía popular (SSTC 32/1985, de 6 de marzo, 149/1988, de 14 de julio, 71/1989, de 20 de noviembre, 212/1993, de 28 de junio, y 80/1994, de 14 de marzo, entre otras).

Sobre tal base este Tribunal ha rechazado la pretendida vinculación entre la condición de miembro de la Junta de Gobierno de una Facultad y el art. 23 CE (STC 212/1993, de 28 de junio), o entre este mismo precepto y la elección de representantes sindicales,

pues “lo que ejercitan los trabajadores en los procesos electorales sindicales no es una parcela subjetivizada del derecho que regula el artículo 23.1 CE, sino un singular derecho, emanación del legislador, que se enmarca en las modalidades participativas de acceso de los trabajadores a la empresa” (STC 189/1993, de 14 de junio, FJ 5). E igualmente ha concluido que los cargos de la Junta de Gobierno de un Colegio de Abogados no se encuentran incluidos entre los cargos públicos que contempla el art. 23.2 de la Constitución (STC 23/1984, de 20 de febrero), y lo mismo cabe decir del Secretario de un colegio público (STC 80/1994, de 14 de marzo). “En consecuencia”, dijimos en la STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 5, “para determinar si estamos o no ante un derecho de participación política, encuadrable en el art. 23.1 CE, habrá que atender, no sólo a la naturaleza y forma del llamamiento, sino también a su finalidad: sólo allí donde la llamada a la participación comporte, finalmente, el ejercicio, directo o por medio de representantes, del poder político —esto es, sólo allí donde se llame al pueblo como titular de ese poder— estaremos en el marco del art. 23.1 CE y podrá, por consiguiente, aducirse el derecho fundamental que aquí examinamos”.

Esta conclusión es, por otra parte, la que se impone cuando el art. 23 CE se interpreta —tal y como exige el art. 10.2 de la misma Norma fundamental— de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Hu-

manos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España. Como pusimos de relieve en nuestra STC 23/1984, la lectura del art. 22 de la referida Declaración y del art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 “acredita que el derecho de acceso a los cargos públicos que regulan el art. 23.2, interpretado en conexión con el 23.1 y de acuerdo con tales preceptos, se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los entes en que se organiza territorialmente de acuerdo con el art. 137 de la Constitución —Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias” (FJ 4).

6. Las consideraciones que se acaban de efectuar conducen derechamente al otorgamiento del amparo solicitado por vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) al haberse entendido por las Sentencias impugnadas que la conducta del recurrente podía incardinarse entre las que impiden el ejercicio de los derechos dimanantes del art. 23.1 CE.

Como acaba de razonarse, el derecho de asistir a las sesiones de una fundación pública no puede encuadrarse entre los que dimanar del art. 23.1 CE. Por lo tanto, al haber determinado tal encuadramiento la condena penal del recurrente es preciso concluir que el tipo penal no ha sido aplicado de modo conforme con los principios y valores constitucionales.

**Sentencia 169/2001 de la Sala 2.^a del TC de 16 de julio de 2001
(BOE 14 de agosto de 2001) (Recurso de amparo 3824/1999)**

PROHIBICIÓN DE ABANDONAR TERRITORIO ESPAÑOL Y RETIRADA DEL PASAPORTE

Arts. 17.1 CE; 503, 504 y 528 y ss. LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Julio Diego González Campos**

SÍNTESIS

La Sala declara vulnerado el derecho a la libertad personal del demandante de amparo tanto debido a la insuficiencia de la ley que no prevé expresamente la prohibición de abandonar el territorio español y retirada del pasaporte como medidas a adoptar con la cautelar de libertad provisional, como en atención a la falta de proporcionalidad de la medida impuesta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Si bien la segunda vulneración alegada en la demanda se centra en la lesión del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), que el recurrente fundamenta con base en la falta de motivación y ausencia de proporcionalidad de la medida impuesta, sin embargo, su examen se efectuará con posterioridad a la cuestión relativa a la falta de cobertura legal de la medida acordada, puesta de relieve por este Tribunal a las partes, pues la ausencia de previsión legal de una medida limitativa de un derecho fundamental constituye una lesión autónoma del derecho sustantivo afectado (SSTC 52/1995, de 23 de febrero, FFJJ 4 y 5; 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y es condición previa imprescindible de la legitimidad constitucionalidad de las injerencias del poder público en los derechos fundamentales (SSTC 37/1989, de 15

de febrero, FJ 7; 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4; 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 4).

Ahora bien, con carácter previo, se ha de precisar si nos encontramos ante un supuesto de afección del derecho a la libertad y seguridad personal protegido en el art. 17.1 CE o si, como sostiene alguna de las partes personadas, se trata de una medida que afecta a la libertad de circulación reconocida en el art. 19 CE sólo para los españoles, de modo que, la medida cautelar impuesta, al haber sido adoptada respecto de un nacional de otro país, no podría constituir violación alguna de este derecho fundamental.

4. Los argumentos que sustentan esta fundamentación desestimatoria de la pretensión se asientan en dos premisas que no pueden ser compartidas por este Tribunal: la absoluta exclusión de los nacionales de otros Estados del ámbito de protección del art. 19 CE y la autonomía de la prohibición de sali-

da del territorio español y la retirada del pasaporte en cuanto medida limitativa de los derechos del demandante de amparo.

a) En primer término, el hecho de que el art. 19 CE no mencione expresamente a los extranjeros no significa que carezcan siempre y en todo caso del derecho a la libre circulación por el territorio español y, específicamente, que carezcan del derecho a salir del territorio español cuando han entrado en él de forma lícita. En la STC 94/1993, de 22 de marzo (FJ 2), sostuvimos que “la inexistencia de declaración constitucional que proclame la libertad de circulación de las personas que no ostentan la nacionalidad española no es argumento bastante para considerar resuelto el problema... La dicción literal del art. 19 CE es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el art. 13 CE. Su apartado 1 dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución, aun cuando sea en los términos que establezcan los tratados y la Ley... Y el apartado 2 de este art. 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE... Por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19” (en sentido similar SSTC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 86/1996, de 21 de marzo, FJ 2; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4). De suerte que los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales establecidos en el art. 19 CE siempre que resulten reconocidos en los tratados o en la ley y en los términos de su reconocimiento en ellos.

Desde esta perspectiva, la pretensión de amparo, para alcanzar la conclusión de que los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen el derecho a la libre circulación de las perso-

nas que se hallan legalmente en el territorio del Estado, como tiene declarado este Tribunal (SSTC 94/1993, de 22 de febrero, FJ 4; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4) requeriría, más allá de la conclusión desestimatoria extraída por alguna de las partes, analizar si el derecho a la libre circulación está reconocido con carácter general en alguna ley interna o en algún tratado internacional suscrito y ratificado por España; y a este fin, cabe constatar que el art. 20 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente en el momento de adoptarse las resoluciones impugnadas, disponía que “las salidas del territorio español podrán realizarse voluntariamente —salvo en los casos de prohibición, previstos en la presente Ley”. De modo que, sentado lo que antecede, la constitucionalidad de la prohibición de salida del territorio español del demandante de amparo, que llegó a España de forma lícita para declarar voluntariamente en el procedimiento 17/97, en cuanto medida limitativa de su derecho a la libre circulación, precisaría examinar también si constituye una limitación prevista en la ley y si es proporcionada y necesaria, ya que, en todo caso, no podemos olvidar que toda medida restrictiva de derechos fundamentales debe fundarse en la ley, ser necesaria para la consecución de fines legítimos en una sociedad democrática, y su aplicación ha de ser razonada y razonable (por todas STC 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4). Así lo hemos declarado también específicamente respecto de las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3).

Todo ello, no obstante, con independencia de que si se llegara a la conclusión de que la medida impuesta afecta a la libre circulación de las personas, las exigencias de previsión legal y proporcionalidad debieran ser analizadas desde la perspectiva de un canon diferente al requerido por el derecho a la libertad personal.

b) En el caso analizado, la prohibición de salida del territorio español y la consecuente retirada del pasaporte no constituye una medida autónoma, sino una de las garantías que integran la medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, esto es, la libertad provisional. En efecto, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional dictó Auto de prisión provisional del recurrente, que fue sustituido por su libertad provisional con fianza, obligación *apud acta* de presentarse semanalmente ante el Juzgado y siempre que fuere llamado, designación de domicilio conocido, entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización judicial. Tras alegar la ausencia de medios económicos, el Juzgado acordó la libertad provisional sin fianza, manteniendo el resto de las condiciones que garantizan la futura presencia del recurrente en el juicio. De modo que la determinación del derecho que resulta afectado no puede realizarse sin tener en cuenta la vinculación de la prohibición de salida del territorio español y la retirada del pasaporte con la libertad provisional y con la prisión provisional, pues aquélla se impuso como garantía que integra la libertad provisional adoptada como medida cautelar de carácter personal sustitutiva de la prisión provisional.

Así, este Tribunal ha declarado que la libertad provisional con o sin fianza, en cuanto medida cautelar de naturaleza personal, implica una restricción de la libertad personal (SSTC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9; 14/2000, de 17 de enero, FJ 7), de modo que ello tiene como consecuencia que “las restricciones a la libertad personal en que puedan traducirse las diversas medidas cautelares deben, ciertamente, ser contrastadas con el criterio general que deriva del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE)” (STC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9). Pero además, este Tribunal ha afirmado también que la legitimidad constitucional de las resoluciones judiciales que acuerdan la imposición de una fianza, cuando sustituye la pri-

sión provisional o permite eludirarla, no depende de su adecuación al derecho a la libre disposición de los bienes, sino a la libertad personal, dado que la no prestación de fianza habilita para el ingreso en prisión o para su mantenimiento (así, de forma implícita ya en las SSTC 108/1984, de 26 de noviembre, FFJJ 4 y 6; 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3, en relación con el denominado arresto del quebrado; 66/1989, de 17 de abril, FJ 5; 85/1989, de 10 de mayo; explícitamente en las SSTC 127/1984, de 28 de diciembre, FJ 5; 14/2000, de 17 de enero, FJ 7; AATC 336/1995, de 11 de diciembre; 158/2000, de 15 de junio, FJ 2).

Por consiguiente, la legitimidad constitucional de las resoluciones impugnadas ha de examinarse desde la óptica impuesta por el derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE, ya que, con independencia del contenido material de la garantía acordada, es decir, del derecho restringido por la condición que asegura la presencia en juicio del sometido a ella, lo que define el ámbito de protección constitucional es el tratarse de una condición impuesta como garantía que integra la medida cautelar de carácter personal, que, además, sustituye a la prisión provisional. El propio carácter restrictivo de la libertad personal de la medida cautelar —la libertad provisional— y su carácter sustitutorio de la prisión provisional, es decir, la posibilidad de que mediante el incumplimiento de la condición se reinstaure la misma, son los rasgos que avalan la afectación del derecho a la libertad personal del demandante de amparo en este caso y delimitan el marco de análisis de las resoluciones impugnadas.

5. Despejadas las dudas de las partes sobre esta cuestión, se ha de proceder a examinar la existencia o no de cobertura legal de la medida restrictiva de la libertad personal, con independencia de que esta posible lesión no se haya alegado en la demanda, ni sobre ella se haya manifestado el recurrente una vez sometida a su consideración por este Tribunal, pues el art. 84 LOTC le permite el examen de oficio de otros motivos distin-

tos de los alegados en los procesos constitucionales, habilitando un trámite cuya finalidad reside en asegurar la contradicción de las partes sobre los eventuales motivos de admisión o estimación, por lo que constituye garantía frente a la indefensión de las partes y del Ministerio Fiscal (por todas STC 2/1984, de 18 de enero, FJ 1).

(...)

El examen de la lesión del derecho a la libertad personal, dada la posible falta de cobertura legal de la medida restrictiva de este derecho impuesta, requiere dos precisiones previas relativas al objeto de examen. En primer término, a la luz de la heterogeneidad y multiplicidad de las normas citadas por las partes como eventuales coberturas normativas de la medida, ha de señalarse que, en el examen de esta vulneración, este Tribunal debe ceñirse a analizar las normas que la autoridad judicial actuante considera que habilitan su intervención, pues no podemos olvidar que nos encontramos ante un recurso de amparo cuyo objeto es un concreto acto de un poder público, materializado en determinadas resoluciones judiciales relativas a la citada medida cautelar, y que su pretensión fundamental reside en su anulación; de modo que el análisis de la lesión del derecho no puede realizarse haciendo abstracción del contenido de dichas resoluciones, emprendiendo este Tribunal una tarea, para la que carece de competencia, de análisis del ordenamiento jurídico español en su conjunto. Ello, no obstante, sin perjuicio de lo que este Tribunal puede considerar pertinente manifestar en relación con las disposiciones apuntadas por las partes, a los efectos de dar una respuesta a quienes tienen, y han manifestado ante este Tribunal, un interés legítimo en oponerse al presente recurso de amparo.

La segunda precisión necesaria reside en la delimitación de la medida cautelar impuesta. Como acabamos de señalar a los efectos de identificar el derecho fundamental afectado, no estamos ante una medida impuesta como medida cautelar autónoma, sino ante una de las condiciones que inte-

gran la libertad provisional. De manera que la medida cautelar es la libertad provisional sin fianza y condicionada a específicas cautelas, consistentes en la obligación *apud acta* de presentarse semanalmente ante el Juzgado y siempre que fuere llamado, entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización. En definitiva, libertad provisional y condicionada a estar a disposición del órgano judicial.

6. Las resoluciones impugnadas citan como normas aplicables las siguientes: en el Auto de 19 de abril de 1999, los arts. 528, 529, 530 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en el Auto de 31 de mayo de 1999, los arts. 528 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; mientras que en el Auto de 30 de julio de 1999, no se cita ninguna disposición legal. Por consiguiente, son estas disposiciones las que han de ser objeto de examen a los efectos de dilucidar si prevén la medida cautelar consistente en la libertad provisional con prohibición de salida del territorio nacional y retirada de pasaporte.

A tal efecto, hemos de recordar que, con carácter general, hemos declarado que la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional. Así, lo hemos afirmado, por ejemplo, en relación con el derecho a la intimidad (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4) el derecho a la integridad física (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 7/1994, de 17 de enero, FJ 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2), el derecho a la libertad de expresión (STC 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4), el derecho al secreto de las comunicaciones (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4), el derecho a la libertad de circulación (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3), o el derecho a la libertad personal (SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2). Lo que se corrobora en atención a lo declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, en relación con el derecho a la intimidad y vida privada

(SSTEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone, arts. 66 y siguientes; de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela, arts. 46; de 16 de febrero de 2000, caso Amann, arts. 50, 55 y siguientes; de 4 de mayo de 2000, caso Rotaru, arts. 52 y siguientes) o el derecho a la libertad de expresión (Sentencias de 27 de abril de 1995, caso Piermont, arts. 63 y siguientes; de 20 de mayo de 1999, caso Rekveny, art. 34; de 25 de noviembre de 1999, caso Hashman y Harrup, art. 31).

En la STC 49/1999 sostuvimos que “por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos ‘únicamente al imperio de la Ley’ y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996), constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, FJ 10)” [STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4].

Por consiguiente, como afirmamos en la citada Sentencia, la legitimidad constitucional de cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de Ley, y que la

norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho (FJ 4).

En relación con la insuficiencia de la ley desde la perspectiva de la seguridad jurídica, señalamos que si bien constituye una vulneración autónoma e independiente de cualquier otra del derecho fundamental, que sólo el legislador puede remediar, ya que la insuficiente adecuación del ordenamiento a los requerimientos de certeza crea para los hipotéticos destinatarios de las medidas “un peligro en el que reside dicha vulneración”, no implica por sí misma necesariamente la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales, siempre que éstos hubieran actuado en el caso concreto respetando las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5). En cuanto al canon de la previsibilidad, como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias en un derecho reconocido en el Convenio (SSTEDH, 26 de abril de 1979, caso Sunday Times, arts. 49; 25 de marzo de 1983, caso Silver, arts. 85 y siguientes; 2 de agosto de 1984, caso Malone, arts. 66 y siguientes; de 24 de abril de 1990, caso Kruslin y Huvig, arts. 27 y siguientes; de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela, arts. 46 y siguientes; de 20 de mayo de 1999, caso Rekveny, arts. 34; de 25 de noviembre de 1999, caso Hashman y Harrup, art. 31; de 16 de febrero de 2000, caso Amann, arts. 50, 55 y siguientes; de 4 de mayo de 2000, caso Rotaru, arts. 52 y siguientes), una norma es previsible cuando está redactada con la suficiente precisión que permite al individuo regular su conducta conforme a ella y predecir las consecuencias de la misma; de modo que la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la claridad suficiente para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad.

En síntesis, las disposiciones alegadas deben ser examinadas desde la triple condición que exige nuestra Constitución sobre la previsión legal de las medidas limitadoras de derechos fundamentales: la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto, el rango legal que ha de tener dicha disposición, y la calidad de Ley como garantía de seguridad jurídica.

7. Hecha la anterior precisión, el análisis de la existencia de una específica cobertura legal de la medida debe partir, como antes se ha dicho, del contenido de las normas que regulan la libertad provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es de sus arts. 528 y siguientes y de las disposiciones concordantes relativas también a la libertad provisional sustitutiva de la prisión provisional (art. 504 LECrim.), que son aquéllas a las que se ha hecho referencia en las resoluciones judiciales impugnadas.

Pues bien, sin necesidad de reproducirlas, su lectura pone de relieve que la Ley de Enjuiciamiento Criminal habilita a los órganos judiciales para acordar la libertad provisional como medida autónoma (arts. 528 y siguientes), y como medida sustitutiva de la prisión provisional (art. 504, párrafo 2). Al igual que nos muestra, de un lado, que esta Ley autoriza al Juez a imponer, con carácter facultativo y dependiendo de las circunstancias concurrentes, dos tipos de garantías, la fianza (art. 529) y la privación provisional del uso del permiso de conducir con retirada del documento acreditativo del mismo (art. 529 bis). De otro, que el órgano judicial debe imponer al procesado la obligación de comparecencia ante el Juzgado *apud acta* tanto si se encuentra en libertad provisional con fianza como sin sujeción a fianza. En suma, constituyen la genérica habilitación normativa con rango de Ley que la restricción judicial del derecho fundamental a la libertad personal consistente en la libertad provisional condicionada a permanecer a disposición de los órganos judiciales requiere. Pero es evidente que no contienen una habilitación legal específica en cuanto a la

prohibición de que los extranjeros abandonen el territorio nacional y la retirada del pasaporte, que es lo que se cuestiona por el recurrente en el presente caso.

8. De otra parte, en respuesta a las alegaciones de los intervinientes en este proceso constitucional, cabe señalar, además, que ninguna de las disposiciones mencionadas en sus respectivos escritos cumple la triple exigencia que la previsión legal de una medida restrictiva de derechos fundamentales precisa.

a) En primer lugar, no pueden constituir cobertura legal específica todas las normas citadas por las partes carentes del rango de Ley requerido por el art. 53.1 CE (por todas STC 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4). Como es el caso de los Reglamentos en materia de Extranjería o Servicio Militar, o las Declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, ni las normas que no estaban en vigor en el momento de adoptarse la medida —Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social—.

En segundo lugar, tampoco pueden considerarse cobertura legal específica aquellas disposiciones que establecen habilitaciones para la autoridad administrativa y no judicial, o aquellas que habilitan a los órganos judiciales a adoptar esta medida en otros ámbitos jurídicos y conforme a presupuestos diferentes. Como es el caso de las normas de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que habilitan al Ministro del Interior para imponer la prohibición de salida del territorio español en ciertos casos, y la Ley de Extradición Pasiva. Pues basta reparar, en cuanto a la primera, que no autoriza a los órganos judiciales, ya que su art. 10.2 sólo habilita a la autoridad administrativa, que tiene competencia para expedir documentaciones, para negar su expedición, siempre que la prohibición de expedición del documento o de salida de España haya sido acordada por el órgano judicial en un proceso penal en el que el interesado está inculcado. Lo que presupone una remisión a la legislación procesal

penal, cuando ésta, como antes hemos visto, no contiene una habilitación específica. En cuanto a la segunda, que si bien, ciertamente, contiene en su art. 8.3 una habilitación expresa y precisa para adoptar esta medida cautelar en el seno de un procedimiento de extradición y a los efectos de garantizar este procedimiento y la entrega del extraditable, no lo es menos que el recurrente no se encuentra sometido a ningún procedimiento de extradición, de modo que queda fuera del ámbito de esta específica habilitación y previsión legal.

Finalmente, tampoco ninguna de las normas de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos o la Convención sobre la Tortura aporta la previsión legal a los efectos analizados, dado que es la legislación interna de los Estados Parte la que ha de prever las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales (por todas SSTEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone, art. 67; 30 de julio de 1998, caso Valenzuela, art. 46), y dado que dichas normas simplemente establecen que los Estados pueden prever medidas tendentes a asegurar la sujeción del encausado al proceso sin precisar cuáles puedan ser estas medidas en cada Estado; materia cuya regulación queda a la discreción de los Estados que la precisarán en sus respectivas legislaciones.

b) Por razones similares ha de negarse también que el art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España constituya una habilitación para adoptar esta medida cautelar en un proceso penal. Dicho art. 21.2 dispone que "cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el juez podrá autorizar, previa audiencia del fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal...". Si bien podría entenderse, en una interpretación a contrario, que esta disposi-

ción autoriza para prohibir la salida de España en caso de delitos graves, esta opción interpretativa se desvanece desde el momento en que la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Criminal evidencia la falta de autonomía de esta concreta habilitación al Juez para autorizar la salida. De modo que si la autorización para la salida, en caso de estar encartado el afectado en un procedimiento por delitos menos graves, queda supeditada a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por las mismas razones está partiendo esta disposición de que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal es la que habilita para prohibir la salida de los extranjeros encartados en procedimientos por delitos graves. Por tanto, y como no podía ser de otro modo en atención a sus específicas finalidades regulativas de la situación administrativa de los extranjeros en España, la legislación de extranjería no contiene habilitación legal al margen de lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda prever para que, en el seno de un procedimiento penal, el órgano judicial pueda acordar el condicionamiento de la libertad provisional del extranjero a la prohibición de salida del territorio nacional.

De lo que resulta, en suma, que ninguno de los preceptos de la Ley de Seguridad Ciudadana y de la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España contiene una autónoma autorización legal para que los órganos judiciales puedan acordar esta medida en el curso de un procedimiento penal, sino que, en todo caso, parten de su existencia en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) Descartado que dicha expresa y específica habilitación se encuentre en las normas que regulan la libertad provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, restaría sólo por analizar si las normas concordantes con éstas y relativas a la regulación de la prisión provisional constituyen una suficiente cobertura legal, en el entendimiento de que estas disposiciones, que habilitan específicamente para adoptar la medida caute-

lar más restrictiva del derecho a la libertad personal, aportan paralelamente cobertura legal para que los órganos judiciales acuerden medidas cautelares menos restrictivas del propio derecho a la libertad personal. Ahora bien, tampoco puede ser positiva la respuesta en este caso.

En efecto el razonamiento *ad maiore ad minus* sólo serviría para admitir, en su caso, que los preceptos relativos a la prisión provisional suponen la existencia de un genérico precepto habilitante de la inferencia en el derecho fundamental, al igual que hemos afirmado que contiene la normativa relativa a la libertad provisional; pero, como afirma en sus alegaciones el Ministerio Fiscal, no permite sostener que dicho conjunto de disposiciones aporta la suficiente previsión normativa que la exigencia constitucional de certeza del Derecho y de protección de la libertad personal requiere, como hemos declarado (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5, y 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4). Es decir, dicha genérica habilitación legal seguiría siendo insuficiente desde la perspectiva de la calidad de ley exigida para la protección del derecho fundamental a la libertad personal, dado que no prevé específicamente como garantía de aseguramiento personal del encausado la prohibición aquí considerada ni se precisan sus presupuestos y condiciones y su duración máxima; cuestiones estas expresamente reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de otras garantías que pueden integrar la libertad provisional. Como tiene declarado este Tribunal, y al margen de que, ciertamente, prisión y libertad provisionales tienen rasgos comunes derivados de constituir medidas cautelares de carácter personal y de compartir la finalidad de asegurar la sujeción del encausado al proceso, los presupuestos y condiciones que legitiman su adopción y mantenimiento no son legalmente idénticos (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 2). Por lo que cabe estimar que una aplicación analógica de estas normas haría quebrar la garantía de previsibilidad

de las restricciones acordadas por la autoridad judicial en la libertad personal del sometido a un procedimiento penal.

9. Por último, debe analizarse, de conformidad con la doctrina sentada en la STC 49/1999, de 5 de abril, FFJJ 4 y 5, si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado la proporcionalidad de la medida impuesta y la consiguiente eventual lesión del derecho a la libertad personal alegada por el recurrente (art. 17.1 CE). Y aunque éste aduce la vulneración no sólo de este derecho sustantivo, sino también del derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), al denunciar la falta de motivación de las resoluciones judiciales que denegaron la modificación de la prohibición de salida del territorio español, no procede abordar, como hemos declarado en otras ocasiones, el estudio autónomo de la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que lo que está prioritariamente en juego es la libertad personal; pues su restricción requiere una resolución judicial motivada y el canon de la conformidad constitucional de la motivación de las decisiones judiciales que habilitan la restricción de derechos fundamentales es más estricto que el canon de motivación exigido como garantía inherente al derecho a la tutela judicial efectiva (por todas SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 2; 14/2000, de 17 de enero, FJ 3).

Al respecto, conviene recordar que este Tribunal ha declarado que la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo (por todas STC 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4). Hemos de recordar, también, que la situación ordinaria en espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar, así se deduce de la efectiva vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales a la libertad personal (art. 17.1

CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE; por todas SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 14/2000, de 17 de enero, FJ 3). Su carácter excepcional y la necesaria protección del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio exige que las medidas cautelares se adopten allí donde haya indicios racionales de criminalidad (STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3) y en la medida en que sean necesarias para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, que, en particular, en lo atinente a la libertad provisional, reside en asegurar la disponibilidad física del imputado ante el órgano judicial, garantizando de esta forma su sujeción al proceso y, en su caso dependiendo de lo que resultare del mismo, su presencia en el juicio (por todas SSTC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 2; 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9; y 14/2000, de 17 de enero, FJ 7).

Plasmación de las exigencias constitucionales de la proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales (por todas STC 207/1996, 16 de febrero, FJ 4) son los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esto es, que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido —idoneidad—; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto —necesidad—; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios en el interés general que desventajas o perjuicios en otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre —proporcionalidad estricta.

10. En concreto, respecto al análisis de la proporcionalidad de la medida, hemos de señalar, en primer lugar, que las resoluciones impugnadas, por remisión a las declaraciones prestadas por el recurrente ante el Juez, exteriorizan la existencia de indicios de criminalidad, por lo que ha de entenderse concurrente el presupuesto para la adopción de la medida y no puede otorgarse la razón al recurrente en este punto. En este marco, la alegación referida a su falta de culpabili-

dad o a la justificación de su conducta es ajena al requisito relativo a la existencia de indicios de criminalidad, como presupuesto legal de la medida cautelar y como requisito de su legitimidad constitucional.

En segundo término, consta en las resoluciones impugnadas la finalidad constitucionalmente legítima de la medida cautelar. Así, de un lado, en el Auto de 19 de abril de 1999 se afirma que “la prohibición de salida del territorio nacional es la única garantía que se tiene para poder mantener al imputado a disposición de la justicia española, y, para ser sometido en su día a juicio si se le procesa”; de otro, en el Auto de 31 de mayo de 1999 se sostiene que las “razones que se exponen en la resolución impugnada son de suficiente peso y sustancia para evidenciar que la medida cautelar adoptada es la mínima que se puede tomar y hacer compatible la libertad de deambulación del sujeto con su sometimiento a la jurisdicción española, que de otra forma no se podría garantizar”; y, finalmente, en el Auto de 30 de julio se declara que “ante la gravedad de los delitos que se narran aunque sea necesario que se acompañe en el futuro de un Auto de Procesoamiento, si procede dictarlo, debe de acordarse por el momento para tener ciertas garantías de que el proceso llegue a su fin, mantener la medida de prohibición de abandonar el territorio nacional”.

Ahora bien, el dato cierto de que en las resoluciones judiciales impugnadas se manifieste un fin legítimo no significa que la medida adoptada sea necesaria, adecuada y proporcionada para alcanzarlo. Las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales derivadas de su proporcionalidad requieren que consten en las resoluciones los elementos que permiten a este Tribunal apreciar que se ha efectuado la ponderación requerida por el juicio de proporcionalidad. En el caso, las resoluciones afirman la imposibilidad de garantizar el sometimiento a la jurisdicción española del recurrente de otra forma, partiendo de la existencia de

riesgo de fuga, o de riesgo de no regreso a España en caso de que se autorizase la salida. Sin embargo, no manifiestan ninguna razón al efecto.

Como este Tribunal ha declarado en distintas ocasiones en un ámbito similar, si bien conjurar el riesgo de fuga es uno de los fines legítimos de la prisión provisional, su apreciación exige de los Tribunales la ponderación de las circunstancias personales del sometido a la misma, máxime si estos datos son conocidos por el órgano judicial y aportados como alegaciones por el recurrente (por todas SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 7; 14/2000, de 17 de enero, FJ 4). En el caso, el recurrente alegó en todos los escritos la inexistencia de riesgo de fuga y su actitud demostrada de colaboración con la justicia al acudir voluntariamente a declarar ante el Juez. Sin embargo, ninguna de las resoluciones impugnadas da respuesta individual a esta alegación ni evidencia qué circunstancias ha tomado en cuenta el órgano judicial para considerar que existía un riesgo de sustraerse a la acción de la Justicia. Cuestión esta que a este Tribunal no compete ponderar, pues nuestra atribución en este marco se ciñe a efectuar un examen externo de las resoluciones judiciales impugnadas.

De otra parte, y como alega el Ministerio Fiscal, la falta de proporcionalidad de la medida deriva también de la ausencia de lí-

mites temporales de la misma. Ha de tenerse en cuenta, en este contexto, la gravedad de la medida que asegura la presencia en el proceso del recurrente, pues se trata de un ciudadano argentino cuya residencia, familia y trabajo se encuentran fuera de España. De modo que la sujeción personal del encausado al proceso en este caso, en atención al específico contenido limitativo de la garantía, constituye una situación especialmente gravosa para quien la sufre no comparable con los perjuicios que puedan ocasionar otras situaciones de libertad provisional condicionadas a otras garantías —fianza o prohibición del uso del permiso de circulación—, ni con los perjuicios que la misma medida puede ocasionar a una persona, nacional o extranjero, que ha residenciado su centro vital en España. Todo ello hace tanto más necesario que los órganos judiciales ponderen la proporcionalidad de la medida, a la luz del tiempo que ya ha estado sometido a la prohibición de salida del territorio español el recurrente y la previsible lentitud de la marcha de un procedimiento como el instruido, dada su evidente complejidad y magnitud. Pues el carácter indefinido de la prohibición de salida podría constituir por sí mismo fundamento suficiente de la desproporción de la limitación del derecho y, por tanto, de la lesión del derecho a la libertad personal del recurrente (*mutatis mutandis* STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4).

**Sentencia 174/2001 de la Sala 1.ª del TC de 26 de julio de 2001
(BOE 14 de agosto de 2001) (Recurso de amparo 2698/1997)**

SECRETO SUMARIAL.

Art. 302 LECrim.

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

SÍNTESIS

Analiza la Sala el secreto del sumario y su prórroga, considerando que aunque ésta se adoptó ya directamente en el mismo auto en que aquél se acordó, no vulnera derecho alguno. (Contiene voto particular de don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.)

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. (...) El examen de tales alegaciones ha de partir de que, como este Tribunal declaró en la STC 176/1988, de 4 de octubre (FJ 2), haciendo suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 8 de diciembre de 1983, casos Pretto y otros, y Axen; de 22 de febrero de 1984, caso Sutter), el derecho al proceso público reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sólo es aplicable al proceso en sentido estricto, esto es, “al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad”. La publicidad del proceso protege a los justi-

ciables contra una justicia secreta que escape de la fiscalización de lo público, constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los Tribunales, de forma que, al dotar a la Administración de Justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo (STEDH 8 de diciembre de 1983, caso Axen, art. 25).

La publicidad de las actuaciones judiciales constituye, por su parte, un principio constitucional, que aparece recogido en el art. 120.1 CE con un claro reconocimiento de la posibilidad de que la legislación procesal establezca excepciones. Éste es el caso de la legislación procesal penal, que parte de que el sumario es secreto para cualquiera salvo para las partes personadas “que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento” (arts. 301, 302 LECrim.), pudiendo el Juez de Instrucción declarar secreto el sumario también para las partes, a propuesta del Ministerio Fiscal, de las partes o de oficio, mediante Auto, “por tiempo no

superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario”.

Consecuencia de ello es que cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el art. 302 LE-Crim., no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto.

La suspensión temporal del conocimiento de lo actuado puede, no obstante, incidir en el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal (STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2), ya que el conocimiento del sumario es requisito imprescindible para ejercer el derecho de defensa, esto es, para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla (STC 176/1988, FJ 3); de modo que, aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí sólo dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión (STC 176/1988, FJ 3), sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado “en disposición de preparar su defensa de manera adecuada” (STEDH de 18 de marzo de 1997, caso Foucher).

De otra parte, en la medida en que el secreto del sumario restringe la posibilidad de contradecir las diligencias probatorias efectuadas en fase sumarial, éstas no podrán aportarse al proceso como pruebas preconstituidas, pues, como hemos declarado de forma reiterada (entre muchas, SSTC 62/1985, de 10 de mayo, FJ 2; 137/1988, de 7 de julio, FFJJ 2 y 3; 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 10/1992, de 16 de enero,

FJ 2; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 3; 7/1999, de 8 de febrero, FJ 2), la legitimidad constitucional de la prueba preconstituida exige no sólo que se haya practicado ante el Juez, sino con garantía de contradicción, y ello porque constituye una excepción a la regla de que la prueba constitucionalmente válida es sólo la que se practica en el juicio oral en condiciones de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción.

4. A la luz de esta doctrina ha de negarse que se haya producido al recurrente ninguna lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión debido a las irregularidades, presuntamente cometidas, en la forma en que se acordó la prórroga del secreto de sumario, debido a su duración y al hecho de que en todo el período no se dictara ninguna resolución judicial justificativa del mismo, pues ninguno de estos datos tienen relevancia constitucional en sí mismos considerados en el marco del derecho invocado. Si la adopción de esta medida legalmente prevista se justifica en su necesidad para asegurar la investigación, y con ello, la función de administración de la justicia, al impedir “que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos” (STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 3), no puede sostenerse que el secreto del sumario fuera acordado en el caso analizado sin una ponderación razonable de su necesidad. Así, el Auto de 2 de diciembre de 1991, de forma sucinta, se refiere a las características de los hechos denunciados y a la “circunstancia de que probablemente se continuaría con este tipo de prácticas” en el Juzgado, y ello ha de considerarse suficiente explicitación de las razones que avalan la necesidad del secreto y razonable ponderación de la misma.

De otra parte, adoptado el secreto del sumario por el Juez de Instrucción y dirigida

la investigación sumarial por el propio Juez, carece de sentido sostener que el secreto se adoptó sin garantía de control judicial.

A partir de esta consideración, la duración del secreto del sumario no constituye, en el presente caso, un dato con relevancia constitucional en sí mismo considerado, sino una infracción de las normas procesales (art. 302 LECrim.) que sólo puede adquirir aquella relevancia si, en conjunción con otras circunstancias, ocasiona indefensión real y efectiva, pues, como hemos afirmado en múltiples ocasiones, y reiterado en la STC 87/2001, de 2 de abril (FJ 3), la infracción de las normas o reglas procesales produce la lesión del derecho fundamental únicamente cuando suponga una merma significativa y definitiva de las posibilidades de defensa.

A ello se refiere el recurrente cuando sostiene que la adopción del secreto del sumario y su duración tuvo por objeto impedir que éste conociera la existencia del proceso, retrasando el momento en que el encausado adquirió la condición de imputado y conoció las imputaciones existentes contra él, así como impedirle la posibilidad de recurrir el secreto y contradecir las pruebas testificales practicadas durante la instrucción. Sin embargo, tampoco desde esta perspectiva puede otorgarse razón al recurrente.

Como hemos afirmado (por todas SSTC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 27; 87/2001, de 2 de abril, FJ 3, recogiendo la doctrina anterior), el art. 24 de la Constitución prohíbe que el inculcado no haya podido participar en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se “haya fraguado a sus espaldas”, de forma que el objetivo y finalidad del art. 118 LECrim. reside en informar al acusado acer-

ca de su situación para que pueda ejercitar su derecho de defensa y evitar, de esta forma, una real indefensión derivada del desconocimiento de su condición procesal. Reiterando esta doctrina y extractando la anterior, en la STC 14/1999, de 23 de febrero, FJ 6 (igualmente, STC 19/2000, de 31 de enero, FJ 5), hemos sostenido que la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa contradictoria ha sido concretada por este Tribunal en tres reglas ya clásicas (STC 273/1993, de 20 de septiembre, FJ 2): a) nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado; b) como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a la conclusión de la investigación; y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales, cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario. Ahora bien, “si las leyes procesales han reconocido, y este Tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión (SSTC 44/1985, 135/1989 y 273/1993).

Pero la materialidad de esa indefensión, que constituye el objeto de nuestro análisis, exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado”.

Sentencia 178/2001 de la Sala 2.^a del TC de 17 de septiembre de 2001 (BOE 19 de octubre de 2001) (Recurso de amparo 4342/1997)

RECURSO DE QUEJA.

Arts. 233 y ss. y 787 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se concede el amparo solicitado por el demandante, estimando que la tramitación del recurso de queja en el procedimiento abreviado sin su intervención vulneró su derecho de defensa, y estimando que pese a que la Ley no prevea expresamente su tramitación en forma contradictoria así lo exige una correcta interpretación a luz de los preceptos y principios constitucionales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...) este primer motivo en el que se funda la demanda de amparo aparece estrechamente vinculado, según ponen de manifiesto en sus respectivos escritos de alegaciones tanto la parte recurrente como el Ministerio Fiscal, con la configuración legal del recurso de queja en el seno del procedimiento penal abreviado, frente a su caracterización inicial en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como medio de impugnación de inadmisión de otros recursos o como recurso de tipo residual (arts. 218 y 862), como un recurso ordinario más que procede contra todos los Autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal denegatorios del recurso de reforma no apelables (art. 787.1), de modo que dicho recurso viene a operar en el procedimiento penal abreviado como una nueva instancia en la que el órgano judicial *ad quem* puede conocer y revisar las decisiones del órgano a *quo* (en este sentido, entre

otras, STS de 28 de junio de 2000; ATS de 2 de noviembre de 1999).

(...)

4. La aplicación de la doctrina constitucional expuesta al supuesto ahora enjuiciado ha de conducir necesariamente, tras el examen de las actuaciones remitidas por los órganos judiciales, a dar la razón a la entidad demandante respecto de su primera pretensión de amparo. En efecto, es evidente que el recurso de queja, que aquí operó como una nueva instancia, fue sustanciado sin su intervención, circunstancia que no fue achacable a la pasividad o negligencia de la parte, sino únicamente a una actuación imputable al órgano judicial, que ni le comunicó la interposición del recurso de queja por parte de uno de los imputados, ni le dio traslado del mismo, habiéndose tramitado, en consecuencia, con el absoluto desconocimiento de la solicitante de amparo, quien tuvo noticia del recurso de queja una vez que ya había recaído resolución de la Au-

diciencia Provincial, no existiendo, ni constando, al menos, dato alguno que permita desvirtuar tal conclusión. Es indudable, también, el interés que la demandante de amparo, personada como acusación particular en el proceso penal, tenía en el pronunciamiento que hubiera de dictarse con ocasión del recurso de queja, a la vista tanto de la pretensión de sobreseimiento formulada por el imputado que lo interpuso como de la decisión judicial finalmente adoptada, por lo que no podía prescindirse de su intervención en la tramitación y sustanciación del recurso.

Así pues, la actuación judicial controvertida ha privado a la demandante de amparo de la oportunidad de contradecir y rebatir ante la Audiencia Provincial los argumentos, finalmente estimados por la Sala, esgrimidos por el recurrente en queja, así como de la posibilidad de formular cuantas alegaciones tuviera por conveniente en defensa de sus derechos e intereses, las cuales no tenían por qué ser necesariamente, como acontece con las que tanto de índole fáctica como jurídica se aducen expresamente en el escrito de demanda de amparo, mera reproducción de las ya expuestas con ocasión del recurso de reforma ante el Juez de instrucción, sin que, por lo demás, corresponda a este Tribunal Constitucional efectuar juicio alguno sobre la prosperabilidad o no de las mismas. En definitiva, ha visto menoscabado por aquella actuación judicial su derecho de defensa y conculcados los principios de contradicción y bilateralidad que se encuentran, como consecuencia lógica de la configuración constitucional del derecho de las partes a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, en la base o esencia misma de la existencia de un juicio justo (SSTC 138/1999, de 22 de julio. FJ 5; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 5).

En este sentido ha de ser rechazada la objeción que a la estimación del primer motivo de la demanda de amparo opone quien ha comparecido como parte demandada en ese proceso constitucional, al argumentar

que el recurso de queja ha sido tramitado de acuerdo con la normativa procesal que lo regula, en la que no se prevé que se dé traslado del mismo a las partes personadas en el proceso, con la excepción del Ministerio Fiscal, si la causa fuera por un delito en que tenga que intervenir (arts. 233 y 234 LECrim.). Como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, los preceptos que regulan el recurso de queja, si bien es cierto que no prevén dicho trámite, no lo prohíben en forma alguna, y la necesidad del mismo resulta de una interpretación de tal normativa procesal a la luz de los preceptos y principios constitucionales, al ser obligado, en todo caso, preservar el derecho de defensa de las partes en el proceso, de modo que, a la vista de lo dispuesto en el art. 24 CE, procedía integrar tales preceptos legales de origen preconstitucional (arts. 233 y 234 LECrim.) con las garantías que impone el artículo constitucional citado, que incluye la contradicción e igualdad de armas entre las partes y, por tanto, en este supuesto, habiendo dado traslado a la demandante de amparo del recurso de queja al objeto de que pudiera contradecir y rebatir los argumentos expuestos por la parte contraria y formular cuantas alegaciones tuviera por conveniente en defensa de sus derechos e intereses (en este sentido, SSTC 66/1989, de 17 de abril, FJ 12; 53/1987, de 7 de mayo, FJ 3; 162/1997, de 3 de octubre, FJ 3; 16/2000, de 31 de enero, FFJJ 6 y 7; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 93/2000, de 10 de abril, FJ 4; 101/2001, de 23 de abril, FJ 3). La necesidad de tal intervención, además, aparece reforzada en casos como el presente por la propia configuración legal, como ya hemos tenido ocasión de señalar, del recurso de queja en el procedimiento penal abreviado, en el que ha perdido su caracterización inicial de medio de impugnación de la inadmisión de otros recursos o como recurso de tipo residual (arts. 218, 862 y ss. LECrim.), y se ha convertido en un recurso ordinario más, que procede contra todos los Autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal

denegatorios del recurso de reforma, que no sean susceptibles de recurso de apelación, el cual únicamente se admitirá en los casos expresamente señalados (art. 787.1 LECrim.). La generalización del recurso de queja como un recurso ordinario más en el seno del procedimiento penal abreviado frente a las resoluciones interlocutorias del Juez Instructor y del Juez de lo Penal, y, por consiguiente, la trascendencia de las decisiones

judiciales a adoptar con ocasión del mismo en orden a las pretensiones e intereses en juego de las partes, como acontecía en el presente supuesto, impone, de acuerdo con los arts. 24 CE y 5.1 y 7.2 LOPJ, una interpretación integradora de la normativa procesal reguladora de su tramitación con el fin de preservar las garantías de defensa de las partes personadas.

Sentencia 193/2001 de la Sala 2.^a del TC de 1 de octubre de 2001 (BOE 6 de noviembre de 2001) (Recurso de amparo 4273/1999)

PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Art. 14 CE

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

SÍNTESIS

Se declara lesionado el principio de igualdad al modificar, sin motivación alguna, el criterio seguido en supuestos análogos por el mismo órgano jurisdiccional en orden a la concesión a un interno del derecho a la visita íntima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. La primera de las cuestiones a resolver es, pues, la de si ha resultado vulnerado el art. 14 CE, en su vertiente de derecho a la igualdad en aplicación de la Ley, por haberse apartado arbitrariamente y sin justificación alguna la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid en el Auto recurrido del criterio mantenido en las resoluciones que se ofrecen como término de comparación.

Es necesario recordar al respecto, aun de manera sucinta, que, según reiterada doctrina constitucional, los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos impiden a los órganos judiciales que en sus resoluciones se aparten arbitrariamente de los precedentes propios, habiendo declarado este Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones que se produce una violación del art. 14 CE, en su vertiente de derecho a la igualdad en aplicación de la Ley, cuando el mismo órga-

no judicial, existiendo identidad sustancial del supuesto de hecho enjuiciado, se aparta del criterio jurisprudencial mantenido en casos anteriores, sin que medie una fundamentación suficiente y razonable, que justifique la nueva postura en la interpretación y aplicación de la misma legalidad, fundamentación que no es necesario que resulte de modo expreso de la propia resolución, bastando con que existan elementos que evidencien que el cambio no es fruto de una respuesta individualizada diferente a la seguida anteriormente, sino manifestación de la adopción de una nueva solución o de un criterio general y aplicable a los casos futuros por el órgano judicial. En otras palabras, lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo que equivale a sostener que el cambio es legítimo, cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro; esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas, que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad (SSTC 201/1991, de 28 de octubre, FJ 2; 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5; 71/1998, de 30 de marzo, FJ 2; 188/1998, de 28 de septiembre; FJ 4; 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 6; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 176/2000, de 26 de junio, FJ 3; 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2; 122/2001, de 4 de junio, FJ 2, por todas).

4. A la luz de la doctrina constitucional expuesta hemos de examinar, pues, la primera de las quejas del recurrente en amparo.

Ha de constatar, ante todo, la adecuación del término de comparación que se aporta en la demanda de amparo, a los efectos del juicio de igualdad en aplicación de la Ley, al tratarse de dos Autos anteriores en su cronología y próximos también al impugnado, proceder del mismo órgano jurisdiccional y resolverse en uno y en otro supuestos de hecho sustancialmente idénticos desde la perspectiva jurídica con la que se les enjuició.

En cuanto a la identidad del órgano jurisdiccional, la resolución judicial impugnada y las ofrecidas como término de comparación han sido dictadas por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, siendo éstas anteriores a aquélla y próximas en su fecha. Por lo que se refiere a la igualdad sustancial de los supuestos de hecho abordados en las resoluciones judiciales aportadas como término de contraste y en la recurrida en amparo, extremo en el que coinciden tanto el demandante como el Ministerio Fiscal, el examen de las actuaciones permite comprobar que existe entre ellos efectivamente una identidad fáctica y causal, así como una igualdad de la normativa aplicada, que permite afirmar la identidad de los supuestos planteados. En efecto, en todos los casos la cuestión litigiosa versó sobre la solicitud de autorización para la celebración de una comunicación íntima entre internos reclusos en diferentes centros penitenciarios radicados en distintas localidades y, más concretamente, radicados en distintas localidades de la Comunidad Autónoma de Madrid, las cuales habían sido denegadas por los centros penitenciarios en los que se encontraban los internos, que habían formulado la solicitud en aplicación de la Instrucción 24/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre comunicaciones de los internos, en cuyo apartado 5.2 se prevé que “en ningún caso se autorizarán [las comunicaciones íntimas, familiares, de convivencia y orales entre internos de diferentes centros penitenciarios] si los Centros están en distinta localidad”.

Pues bien, sobre la cuestión controvertida existe una orientación jurisprudencial en la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, recogida en los Autos aportados por el demandante de amparo como término de comparación, y de la que es exponente también, aunque no se cite en la demanda de amparo, el Auto de 24 de junio de 1999, de la que se aparta el mismo órgano judicial en el Auto impugnado en amparo. En efecto, en las resoluciones ofrecidas como término

de contraste la Sección ha estimado la queja de los recurrentes al considerar que la condición de presos de ambos cónyuges o personas ligadas afectivamente no es obstáculo legal ni reglamentario para las comunicaciones de convivencia que prevé el art. 45 del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), y, si bien reconoce que caben obstáculos derivados de la separación física de los cónyuges o parejas, entiende que en tal caso es deber de la Administración no acentuarlos con separaciones de larga distancia. En este sentido, se argumenta en aquellos Autos, que si la Ley no distingue no cabe distinguir, y hacer una excepción para el supuesto de doble prisión de ambos convivientes, no pudiendo condicionarse tales comunicaciones por el hecho de que los presos estén en distintas localidades, pues entonces el cumplimiento de la ley quedaría al arbitrio, incluso al capricho o a la decisión política de la Administración, sobre todo si la distancia entre las localidades es pequeña, y más cuando, dependiendo de la ciudad, de su tamaño y de la política de distribución de los centros penitenciarios, puede ocurrir que en una ciudad haya una sola prisión, o que en los alrededores de la misma —como en Madrid— haya hasta cinco en pequeñas poblaciones cercanas al gran núcleo urbano. El derecho a comunicarse, concluyen las resoluciones exponentes de la línea jurisprudencial examinada, no puede depender de la Administración ni de la suerte, y si la ejecución de la visita conlleva un traslado dentro de la misma comunidad, ha de procederse a éste, llevando al peticionario junto a su pareja, o bien al revés, correspondiendo a la Administración penitenciaria establecer la fórmula menos costosa, más segura o más recomendable. La argumentación precedente condujo en uno y otro supuesto a estimar el recurso de apelación promovido por los peticionarios de la solicitud, imponiendo a la Administración penitenciaria el deber de realizar lo conducente para que la visita tuviera lugar.

Por el contrario, frente a la expuesta línea argumental, en el Auto impugnado la misma Sección de la Audiencia Provincial rechaza

la pretensión del ahora recurrente en amparo, al considerar, en un lacónico razonamiento, que en orden a la celebración de visitas íntimas o de convivencia entre internos de diferentes centros penitenciarios radicados en distinta localidad ha de estarse a lo dispuesto en la Instrucción 24/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, cuya aplicación se desestima en los Autos aportados como término de comparación, de modo que tales comunicaciones no pueden llevarse a efecto si los internos se encuentran reclusos en centros penitenciarios ubicados en distinta localidad, quedándole al interno la posibilidad de pedir el traslado a un centro penitenciario que se encuentre en la misma localidad en el que radica el centro penitenciario en el que esté reclusa la persona con la que quiere comunicar.

Acontece, pues, que sobre una misma cuestión controvertida el mismo órgano judicial ha dictado resoluciones distintas, sin que, además, se ofrezca justificación alguna adecuada y suficiente del cambio decisorio. Lo único censurable ahora desde la perspectiva constitucional, y en mérito a la igualdad en la aplicación de la Ley, es la falta de motivación del cambio decisorio. No se aporta por el órgano judicial en el caso controvertido la razón de la modificación de su doctrina precedente, si bien es verdad que la explicitación de ese cambio no siempre es exigible, como ha reconocido reiteradamente este Tribunal, cuando se puede inferir de los términos de la resolución. Sin embargo en el presente caso no concurre dato alguno, ni interno, que se derive del propio fundamento de la resolución judicial impugnada, ni externo, como pudiera ser una resolución judicial posterior y en el mismo sentido a la recurrida en amparo, del que se pueda inferir que el cambio de criterio esté dotado de una vocación de generalidad.

Se ha de concluir así que la respuesta judicial dada incurre en una aplicación de la Ley desigual e injustificada, por lo que procede estimar la queja del demandante de amparo que hemos analizado.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo de la Sala de lo Penal del T.S., de 23 de febrero de 2001

En la sesión del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de fecha 23 de febrero de 2001, se acordó el mantenimiento del acuerdo adoptado el 21 de mayo de 1999 sobre la impugnación de las pericias realizadas por un laboratorio oficial.

El acuerdo al que se refiere la Sala II, de fecha 21 de mayo de 1999, fue del siguiente tenor:

“Siempre que exista impugnación manifestada por la defensa se practicará en el juicio oral rechazando la propuesta que mantiene que si la impugnación no se refiere al contenido de la pericial sino que se refiere a presupuestos objetivos de validez que se constata que concurrieron, no sería causa de impugnación”.

Acuerdos de la Sala de lo Penal del T.S., de 20 de abril de 2001

1. Competencia de la Sala Segunda, como tribunal sentenciador, en materia de solicitud de indulto:

Acuerdo: El Tribunal Supremo será competente para informar indultos, como tribunal sentenciador, cuando dicte segunda sentencia.

2. En el caso de los supuestos de exención legal de responsabilidad penal de aborto, en los que sea un psicólogo quien dictamine acerca de la indicación referente a la salud síquica de la embarazada:

Acuerdo: el error en este aspecto, se considera vencible.

Acuerdo de la Sala de lo Penal del T.S., de 19 de octubre de 2001

1. La agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3.º del artículo 369 del Código Penal, se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001.

2. Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta Sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados.

3. No procederá la revisión de las sentencias firmes, sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes del indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente acuerdo.

4. Para facilitar la aplicación de esta agravante específica, según lo acordado, se acompaña un cuadro —sobre la base del remitido por el Instituto Nacional de Toxicología— en el que se determinan las cantidades que resultan de las quinientas dosis, atendido el consumo diario estimado, de acuerdo con el informe de dicho instituto.

| SUSTANCIA | Nombres alternativos o comerciales | Fiscalización | Cantidad de notoria importancia |
|--|---|-------------------------|---------------------------------|
| Opiáceos y sustancias farmacológicamente relacionadas | | | |
| HEROINA | CABALLO | LISTA I Y IV C.U. 1961 | 300 grs. |
| MORFINA | Cloruro mórfico andromaco. Cloruro mórfico braun. Morfina braun Morfina serra. MST continus Sevedrol Skenan | LISTA I.C.U. 1961 | 1000 grs. |
| METADONA | METASEDIN | LISTA I.C.U. 1961 | 120 grs. |
| BUPRENORFINA | BUPREX. PREFIN. | LISTA III C. Viena 1971 | 1,2 grs. |

| SUSTANCIA | Nombres alternativos o comerciales | Fiscalización | Cantidad de notoria importancia |
|---|---|--|---------------------------------|
| DEXTROPROPOXIFENO | DARVON. DEPRANCOL. | LISTA II C.U. 1961 | 300 grs. |
| PENTAZOCINA | PENTAZOCINA FIDES. SOSEGON | LISTA III C. VIENA 1971 | 180 gras. |
| FENTANILO | DUROGESIC FENTANEST | LISTA I C.U. 1961 | 50 mg. |
| DIHIDROCODEINA | CONTUGESIC. | LISTA II CU. 1961 | 180 grs. |
| LEVOACETILMETADOL | LAAM. ORLAM. | LISTA I C.U. 1961 | 90 grs. |
| PETIDINA | MEPERIDINA DOLANTINA | LISTA I C.U. 1961 | 150 grs. |
| TRAMADOL | ADOLONTA TIONER TRADONAL TRALGIOL TRAMADOL ASTA MÉDICA | | 200grs. |
| DERIVADOS DE COCAÍNA: | | | |
| CLORHIDRATO DE COCAÍNA | NIEVE PERICO SPEDBALL (junto con heroína) | LISTA I.C.U. 1961 | 750 grs. |
| DERIVADOS DE CANNABIS: | | | |
| -MARIHUANA | HIERBA. GRIFA. COSTO. MARÍA | LISTA I y IV C.U. 1961 LISTA II C. Viena 1971 | 10 Kg. |
| -HACHÍS | CHOCOLATE. | LISTA I y IV C.U. 1961 LISTA II C. Viena 1971 | 2'5 Kg. |
| -ACEITE DE HACHIS | | IDEM | 300 gr. |
| L.S.D. (DIETILAMINA DEL ÁCIDO ISÉRGICO) | TRIP. ACIDO. | LISTA I C. VIENA 1971 | 300 mg. |

| SUSTANCIA | Nombres alternativos o comerciales | Fiscalización | Cantidad de notoria importancia |
|--|---|-------------------------|---------------------------------|
| DERIVADOS DE LA FENILETILAMINA: | | | |
| SULFATO DE ANFETAMINA | ANFETAS. SPEDD. CENTRAMINA (no comercializado ya) | LISTA II C. VIENA 1971 | 90 grs. |
| ANFEPRAMONA | DELGAMER | LISTA IV C. VIENA 1971 | 75 grs. |
| CLOBENZOREX | FINEDAL | ANEXO II R.D. 2829/77 | 45 grs. |
| FENPROPOREX | ANTIOBES RETARD. GRASMIN. TEGISEC. | LISTA IV C. VIENA 1971 | 1'5 grs. |
| D. METANFETAMINA | SPEED TRIPI (en ocasiones) | LISTA II C. VIENA 1971 | 30 grs. |
| HIPNÓTICOS Y SEDANTES: | | | |
| ALPRAZOLAM | ALPRAZOLAM EFARMES ALPRAZOLAM GEMINIS ALPRAZOLAM MERCK TRANKIMAZIN | LISTA IV C. VIENA 1971 | 5 grs. |
| TRIAZOLAM | HALCION | LISTA IV C. VIENA 1971 | 1'5 grs. |
| FLUNITRAZEPAM | ROHIPNOL | LISTA III C. VIENA 1971 | 5 grs. |
| LORAZEPAM | DONIX. IDALPREM. LORAZEPAM MEDICAL ORFIDALWYETH PLACINORAL SEDIZEPAN | LISTA IV C. VIENA 1971 | 7,5 grs. |
| CLORAZEPATO DI POTÁSICO | NANSIUS. TRANSILIMUM. | LISTA IV C. VIENA 1971 | 75 grs. |

| SUSTANCIA | Nombres alternativos o comerciales | Fiscalización | Cantidad de notoria importancia |
|--|------------------------------------|-----------------------|---------------------------------|
| Fenetilaminas de anillo sustituido (Drogas de síntesis) | | | |
| MDA | PÍLDORA DEL AMOR | LISTA I C. VIENA 1971 | 240 grs. |
| MDMA | ÉXTASIS | LISTA I C. VIENA 1971 | 240 grs. |
| MDEA | EVA | LISTA I C. VIENA 1971 | 240 grs. |

Sentencia 1989/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 3 de mayo de 2001

DERECHO DE DEFENSA Y A LA LIBRE DESIGNACIÓN DE ABOGADO.

Art. 24.2 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar**

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho de defensa al impedir el juzgador de instancia en el juicio oral que el Letrado elegido por los acusados, y que por discrepancias con el Tribunal había abandonado la defensa, recuperara ésta a petición de los acusados, existiendo además acuerdo en el otorgamiento de la venia por los Letrados que fueron designados de oficio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) 2. El proceso penal español, como ha dicho esta Sala en Sentencia de 14 de julio de 2000, está configurado en

su líneas maestras en nuestra Constitución (ver especialmente los arts. 1, 9, 24, 25 y 120 CE), donde se reconoce a los acusados el derecho a un proceso con todas las garantías,

entre las que cabe citar como fundamental el derecho de defensa, íntimamente relacionado con el derecho a asistencia de Letrado, dado que nuestro ordenamiento garantiza el derecho a la defensa técnica a través de un profesional de la abogacía (STC 216/1998), con la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción (SSTC 178/1991 y 132/1992, entre otras). En este sentido, el artículo 788.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que “desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada, la Policía judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad judicial recabarán del Colegio de Abogados la designación de un Letrado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado”; previniéndose en el artículo 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que “la celebración del Juicio Oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del Abogado defensor” (STS 14 de julio de 2000).

3. Por otra parte es indudable el carácter subsidiario que la asistencia letrada de oficio tiene respecto a la de libre designación. En tal sentido esta Sala tiene declarado que el derecho a la defensa y asistencia letrada comporta que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa (STS 11 de julio de 1997). El Texto constitucional, en su artículo 24.2, reflejando el mandato de los tratados internacionales de derechos humanos establece como garantía constitucional de toda persona a la que se le impute la comisión de un hecho delictivo, la posibilidad de valerse de asistencia letrada. Esta facultad encuentra su desarrollo concreto en los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal estableciendo como regla general la libre designación de Abogado por parte de los imputados, detenidos, procesados o presos. El artículo 14.2.d) del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos resalta la necesidad de las garantías procesales y proclama el derecho de toda persona acusada de un delito a ser asistida por un defensor de su elección. El artículo 6.3.c) del Convenio Europeo reitera esta garantía a toda persona acusada concediéndole el derecho a ser asistido por un defensor de su elección. Como es sabido estas normas forman parte de nuestro elenco legislativo por la fuerza expansiva del artículo 96 de la Constitución (STS 27 de junio de 1994). En el mismo sentido de la preferencia de la asistencia letrada de libre elección se han pronunciado las Sentencias de 26 de diciembre de 1996 y 14 de febrero de 1994, entre otras.

4. La facultad de libre designación implica a su vez la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, si bien tal derecho —ha dicho esta Sala— no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTS 23 de abril de 2000; 23 de diciembre de 1996; 20 de enero de 1995; entre otras). De ahí la improcedencia, por ejemplo, del cambio de letrado cuando suponga la necesidad de suspender la celebración de la Vista y no conste una mínima base razonable que explique los motivos por los que el interesado ha demorado hasta ese momento su decisión de cambio de Letrado. Fuera de estos supuestos de ejercicio abusivo del derecho en que se afectan otros valores y derechos como el de un proceso sin dilaciones indebidas, sin una justificación razonable basada en la proscripción de una efectiva y material indefensión, los cambios de Letrado están amparados por el ejercicio del derecho a la defensa que incluye el de libre designación del Abogado.

5. En el presente caso la decisión de la Sala desestimando la pretensión de los recurrentes de prescindir de los Letrados de oficio designados y de ser asistidos por el Le-

trado elegido por ellos, es incompatible con el referido derecho.

En efecto: es cierto que un Letrado que durante el Juicio Oral abandona la defensa del acusado por discrepancias con el Tribunal actúa incorrectamente, por cuanto es en los recursos donde debe canalizar sus opiniones distintas y no a través del abandono del acusado cuya defensa ha asumido, algo que sólo se justifica por otras razones que no son desde luego el que el Tribunal decida en sentido distinto del postulado por el Letrado. Pero también es verdad que las consecuencias de tal proceder se agotan en las sanciones disciplinarias que correspondan y no pueden mermar el ejercicio del derecho de defensa cuando, consistiendo en designar otra vez al mismo Letrado, se trata de un ejercicio legítimo sin abuso del derecho ni maniobra fraudulenta alguna dirigida a dilatar indebidamente el proceso o cualquier otro ilícito resultado.

En el caso presente, los acusados al inicio del Juicio Oral reiteraron lo que ya antes habían solicitado: ser defendidos por el Letrado Sr. M. Ninguna dilación o perjuicio procesal ocasionaba esta petición porque tal Letrado, que ya antes había aceptado reanu-

dar la defensa abandonada, estaba presente en el acto del Juicio Oral, dispuesto a asumirla y los Letrados de oficio, presentes también, estaban de acuerdo. Bastaba pues con acceder a ello, y seguidamente continuar la Vista Oral.

Ninguna razón objetiva impedía el concreto ejercicio del derecho a la libre designación del Letrado que allí se actuaba, ya que —al margen de la valoración que mereciera la actuación pasada del Letrado designado— ningún derecho o principio se sacrificaba o perjudicaba con la nueva designación, y su denegación, además, contrastaba con habersele aceptado antes esa libre designación al acusado Manuel R.B.

La continuación del Juicio con los Letrados de oficio no satisface el derecho invocado, no sólo porque su pasividad durante la Vista lo desmiente, sino porque como esta Sala ya dijo en Sentencia de 14 de febrero de 1994, lo que el artículo 6.3.c) del CEDH garantiza es el derecho “a ser asistido por un defensor de su elección” y sólo subsidiariamente se otorga además el derecho a contar con la asistencia de un Abogado de oficio si el acusado no tiene medios para pagar uno de su libre elección.

Sentencia 739/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 3 de mayo de 2001

ALZAMIENTO DE BIENES.

Art. 258 Código Penal

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

SÍNTESIS

Analiza la sentencia la nueva figura delictiva de insolvencia punible del responsable de un hecho delictivo y lo hace a la luz de los requisitos del alzamiento de bienes. Al igual que en este último caso, no realiza el tipo la mera violación de las normas civiles o mercantiles relativas a la prelación de créditos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

3. (...)

Se ha dicho que el art. 258 CP, introducido *ex novo* por el nuevo Texto de 1995, ha venido a zanjar una cuestión largamente discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: la de si constituye delito de alzamiento de bienes la conducta del autor de un delito que, antes de haber sido condenado por el mismo pero a sabiendas de que ha generado un perjuicio del que tendrá que responder mediante una indemnización, se alza con los bienes y se coloca en situación que le imposibilita o dificulta de modo sensible la satisfacción de dicha obligación. Entre quienes opinaban que la obligación *ex delicto* nace de la infracción criminal y quienes sostenían que la deuda no surge hasta que se dicta la Sentencia en que se declara la responsabilidad —penal y civil— el legislador se ha inclinado por la primera tesis. Hay que reconocer que no lo ha hecho con toda la claridad que hubiera sido deseable pues ha considerado sujeto activo del delito al “responsable” de cualquier hecho delictivo, pero ello no debe ser obstáculo para que el delito a que nos referimos pueda ser cometido simplemente con actos realizados “con posterioridad” a la comisión del hecho del que pueda derivarse la responsabilidad civil aunque ésta no haya sido declarada todavía. Esta interpretación parece la más razonable si se lee el nuevo tipo a la luz del anterior art. 257 en cuyo apartado 1.2.º se considera autor de delito equivalente al alzamiento de bienes previsto en el núm. 1.º del mismo apartado a quien, con el fin de perjudicar a sus acreedores, “realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación”. La última frase del precepto —“iniciado o de previsible ini-

ciación”— es tan amplia que cabe preguntarse sobre la necesidad de crear el tipo que hoy ocupa el art. 258 CP pues para quien ha cometido un hecho delictivo productor de un daño o perjuicio es más que previsible que se inicie contra él un procedimiento penal en que se aseguren primero y se ejecuten después las responsabilidades civiles nacidas del delito. Pero, con independencia de que haya sido necesario o no configurar el tipo específico de alzamiento del responsable de un delito, de lo que no puede dudarse ya es de que las acciones descritas en el mismo son punibles por el mero hecho de que se realicen después de la comisión del hecho delictivo y sin necesidad de que la responsabilidad sea declarada en sentencia.

Ahora bien, el nuevo delito debe ser interpretado también de acuerdo con las categorías elaboradas por la jurisprudencia en torno a la figura genérica del alzamiento de bienes que antes se contenía en el art. 519 CP 1973 y ahora lo está en el art. 257.1.1.º CP vigente. Una característica negativa del delito, entroncada con ese esencial elemento subjetivo que es el propósito de defraudar al acreedor o acreedores burlando y eludiendo la responsabilidad patrimonial universal establecida en el art. 1911 CC —SS, entre otras muchas, de 2-11-90, 14-2-92 y 7-3-96— es que no hay alzamiento de bienes —SS de 14-4-90 y 25-10-90— cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que con este delito se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura criminal no es una tipificación penal de la violación de las normas civiles o mercantiles relativas a la prelación de créditos. En esta misma línea, la S. de 2-12-91 afirmaba ser “indudable” que la infracción del orden de

prelación de créditos por parte del deudor no constituye por sí misma el comportamiento típico del delito de alzamiento de bienes. Se decía en esta Sentencia que dicha conducta estaba prevista en el art. 524.5.º CP 1973 pero sólo con referencia al concursado, lo que se consideraba una “primera razón” para excluir su tipicidad en relación con el art. 519. La conclusión es hoy aún más lógica si se tiene en cuenta la significación del tipo establecido en el art. 259 CP

1995, en el que la naturaleza delictiva de “cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones —realizado por el deudor— destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto”, depende de que se haya admitido a trámite la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos, no se haya obtenido la preceptiva autorización judicial o de los órganos concursales y no se trate de uno de los casos permitidos por la ley.

Sentencia 773/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 7 de mayo de 2001

TESTIMONIO DE REFERENCIA DE SEGUNDO GRADO.

Art. 710 LECrim.

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

SÍNTESIS

Tras exponer la doctrina general sobre el testimonio de referencia, la Sala declara la validez en el caso de autos del Testimonio de referencia de segundo grado como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) En relación a la “prueba testifical de referencia”, preciso es destacar que, como indica la Sentencia 217/1989, de 21 de diciembre, del Tribunal Constitucional y de que se hace eco esta Sala con reiteración, así, entre otras, en las SS de 27 de enero y 1 de octubre de 1990, 15 de junio de 1992 y 15 de enero, 2 y 27 de febrero 1998 (igualmente las SS de 22 de noviembre y 21 de diciembre de 1989), dicha prueba apare-

ce expresamente admitida por el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (al establecer que los testigos “expresarán la razón de su dicho y si fueren de referencia precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido o con las señas con que fuese conocida a la persona que se la hubiese comunicado”) y que sólo el artículo 813 de la misma, la excluye, como excepción, para las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra, indicando literalmente que “es cierto que la regulación de

la ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre esto, ello no significa que deban rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencias u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en ambos supuestos puede devenir imposible”.

No obstante, dicha validez no puede admitirse incondicionalmente, pues como se deduce de lo expuesto, por una parte, la eficiencia de la misma a efectos enervatorios de la presunción de inocencia, queda subordinada a la posibilidad de obtener y practicar la prueba original, o cuando menos más directa, indicando a tal efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional a que nos venimos refiriendo, que “el testimonio de referencia puede tener distintos grados según que el testigo narre lo que personalmente escuchó o percibió —*audito proprio*—, o lo que otra tercera persona le comunicó —*audito alieno*—”. Todo ello lleva a la sentencia del Tribunal Constitucional a explicitar que “igualmente es cierto, en la generalidad de los casos, la prueba de referencia es ‘poco recomendable’ —y de ahí el ‘justificado recelo jurisprudencial’ sobre ella (Sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 1990)—, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso, y es por ello por lo que, como criterio general cuando existan testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia.

En conclusión y como se lee en la Sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 1990 (a la que se refiere la de 26 de marzo de 1999), ‘la solución correcta debe darse caso por caso, matizando las exigencias ideales, en lo posible, según las circunstancias en cada supuesto’”.

En consecuencia, sólo podrá tomarse como prueba de cargo o signo incriminatorio, según una reiterada jurisprudencia de esta Sala —Sentencias 17 febrero, 11 abril, 13 mayo y 12 julio 1996, y 24 febrero 1997— y del Tribunal Constitucional Sentencias 303/1993, de 25 de octubre y 74/1994, de 14 de marzo y del TDEH en los casos Delta, Isegr, Asch, Windisch, Kostovrki y Lüdi, el que admite el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo posible cuando no se puede practicar prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial preconstituida o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial.

Este último supuesto es el más frecuente en la práctica, y se refiere a la dificultad de obtener la prueba directa como consecuencia del fallecimiento del testigo directo, la ausencia o su localización en el extranjero que no permite en términos razonables la comparecencia del mismo, una vez agotadas las exigencias de citación, y el ignorado paradero del testigo directo. En el caso sometido a nuestra consideración, se trata de otro supuesto diferente: aquí el testigo existe y es conocido, pero como relata su participación e implicación delictiva al tercero-testigo que ofrece su testimonio referencial en el juicio oral (y previamente en la instrucción sumarial), cuando conoce que su testimonio ha sido desvelado y denunciado, niega tal referencia (e incluso no permite que se le efectúe un registro de voz, con objeto de servir de base para una prueba pericial fonográfica de contraste de voces, folio 152), por lo que únicamente puede ser valorado por la Sala sentenciadora dicho testimonio referencial que, en este caso, es de segundo grado, si bien corroborado por una prueba adicional que lo constituye la aludida cinta magnetofónica. El Tribunal *a quo* expone que los datos que ha revelado el testigo de referencia son de tal consistencia que únicamente a través de la confidencia recibida pudo conocer detalles imposibles de saber de otra forma (...) lo que robustece la veracidad de sus afirmaciones fácticas, por lo que dicho Tribunal hubiera podido conceder

credibilidad al testigo aunque no hubiera contado con tales grabaciones, por lo tanto —dicen los jueces a *quibus*, y nosotros compartimos— “si además las toma en cuenta para formar su convicción ello no puede perjudicar en modo alguno su decisión, sino todo lo contrario”.

(...)

En definitiva, el Tribunal sentenciador contó con prueba de cargo de signo incriminatorio (testigo referencial, autorizado por el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), que valoró con racionalidad, expo-

niendo en su resolución el discurso argumental que ha seguido, reforzado por datos periféricos como determinados gastos realizados por el recurrente, pero, sobre todo, robustecido por la cinta magnetofónica que contrasta y corrobora su testimonio. Es evidente, por otro lado, que la validez de las pruebas es concepto diferente a su credibilidad, y que este aspecto no es susceptible de ser controlado por el Tribunal Supremo, ya que no ha contado con la oportuna inmediación. De modo que el recurso, en cuanto al extremo fáctico, debe ser desestimado.

Sentencia 824/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 7 de mayo de 2001

REGISTRO DE AUTOMÓVIL.

Arts. 18.2 CE; 326 y ss. y 334 y ss. LECrim.

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre los requisitos que han de observarse en el registro de automóvil, idénticos a los exigibles en cualquier inspección ocular o actuación de recogida del cuerpo o efectos del delito. [Vid. STS 945/2001, de 25 de mayo, donde se analiza un supuesto que se considera de prueba preconstituida realizada por la Policía concurriendo razones de urgencia y necesidad].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...) En términos generales viene proclamando de forma constante esta Sala que los automóviles no son domicilios sino simples objetos de investigación, por lo que la actuación policial sobre ellos en nada afecta a la esfera de la persona, estando sólo

sujeta a las exigencias procesales de regularidad establecidas en la legislación ordinaria (Sentencias de 29 de diciembre de 1997 y 15 de noviembre de 2000).

Cuestión distinta, como recordaba la sentencia 66/2000, de 18 de enero, es la de las garantías procesales que en los restantes casos se deben observar en el registro de un

automóvil, idénticas a las exigibles en cualquier inspección ocular o actuación encaminada a la recogida del cuerpo o de los efectos del delito, cuyos requisitos regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido, y no en otro, es como deben entenderse las Sentencias de esta Sala, como las de 7 de febrero de 1994 y 21 de abril de 1995, con alusión a la Sentencia del Tribunal Constitucional 303/1993, de 25 de octubre. Sentencia esta —citada por el recurrente— que en absoluto condiciona la ilicitud de un registro de automóvil a la presencia del interesado lo que reitera la también sentencia constitucional 171/1999, de 27 de septiembre. Lo que se afirma es, por un lado, que las exigencias legales establecidas para la recogida judicial de los efectos del delito, siempre que no concurran impedimentos de urgencia y necesidad, también deben ser cumplidos por la Policía Judicial; y por otro que una vez desaparecidas las razones de urgencia, la falta de intervención judicial y la ausencia de contradicción en la ejecución del registro del vehículo del inculpado privan de valor probatorio al resultado de esa actuación policial a la que debe en tal caso seguir la de-

claración testifical en el Juicio Oral de los funcionarios que hayan practicado el registro. Como ha declarado esta Sala Segunda en su sentencia de 7 de junio de 1997, lo que en la Sentencia 303/1993 del Tribunal Constitucional se establece es el procedimiento con el que se debe llevar a cabo la diligencia y la forma en la que durante el mismo debe ser salvaguardado el principio de contradicción. No observado éste en sede policial se requiere que los Policías comparezcan como testigos en el Juicio Oral.

En definitiva, no es preciso que haya razones de urgencia y necesidad para que la Policía pueda realizar el registro de un coche, y si no estuvo presente el imputado la contradicción queda garantizada mediante el testimonio practicado por los Policías en el Juicio Oral, como aquí sucedió. La intervención de la droga en el vehículo es inobjetable.

En resumen no hay vulneración de derecho fundamental en el registro del vehículo, ni existe infracción de la garantía de contradicción plenamente satisfecha con la testifical de los agentes que declararon en el Juicio Oral.

Sentencia 775/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 10 de mayo de 2001

JUICIO ORAL: AUSENCIA DE PIEZAS DE CONVICCIÓN; PRISIÓN PROVISORIAL ACORDADA POR EL TRIBUNAL EN EL ACTO DEL JUICIO.

Arts. 334, 668, 503 y 504 LECrim.

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

SÍNTESIS

Resuelve la Sala en sentido negativo dos cuestiones que en su recurso planteaba el recurrente: de una parte, si la ausencia de las piezas de convicción en el juicio oral determinó una denegación de prueba causante de indefensión; de otra, si acordar la prisión del acusado en el juicio oral supuso la predeterminación del fallo y una violación del juicio con todas las garantías.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) 2. El artículo 688 párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que, en el día señalado para dar principio las sesiones del juicio oral, se colocarán en el local del Tribunal las piezas de convicción que se hubieren recogido. En primer lugar conviene distinguir entre efectos del delito y las denominadas piezas de convicción. El artículo 334 de la Ley Procesal Penal, advierte al Juez de Instrucción para que recoja, las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito. A la vista de lo anteriormente transcrito se puede decir que todas las piezas de convicción son instrumentos o efectos del delito, pero no todos los objetos procedentes del delito son piezas de convicción. La Sentencia de esta Sala de 6 de abril de 1987, establece que son piezas de convicción, todos aquellos objetos inanimados que pueden servir para atestiguar la realidad de un hecho y que se hayan incorporado materialmente a la causa o bien se conservan a disposición del Tribunal.

3. Es cierto que la respuesta negativa a la petición de que determinados efectos estén presentes en el momento del comienzo de las sesiones del juicio oral, se puede considerar como una denegación de diligencias probatorias, por lo que cabe formalizar un motivo por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para que la petición adquiera rango probatorio es necesario que se proponga como tal en los escritos de conclusiones provisionales y se vuelva a denunciar su falta en el momento de comenzar las sesiones del plenario, como ha sucedido en la presente causa.

Ahora bien, el quebrantamiento de esta formalidad no siempre produce la nulidad de las actuaciones ya que, como se establece en el artículo 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estos efectos sólo se alcan-

zan cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

Segundo.—El segundo motivo de esta recurrente se ampara en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por estimar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.

1. El motivo se desarrolla por un extraño camino. Se dice que ha existido vicio de prejudicialidad o predeterminación del fallo y al mismo tiempo, que la resolución no es objetiva por estar contaminados los Magistrados que emitieron el fallo.

Cita en apoyo de su tesis los artículos 251 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los que se regulan la forma en que deben hacerse las deliberaciones y fallos, las cuales se iniciarán siempre concluida la vista de los autos. En análogo sentido los artículos 739 y 740 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen que el juicio quedará visto para sentencia, después de haber hablado los defensores de las partes y los procesados en su caso.

2. En el caso que estamos examinando se produjo una incidencia procesal que no es habitual, pero que no está descartada por las normas y principios que rigen el procedimiento penal. Tras informar el primer defensor de uno de los procesados y antes de informar la segunda defensa, el Tribunal se retiró a deliberar y decretó la prisión del primer procesado, lo que a juicio de la parte recurrente implicaba una auténtica decisión sobre el fondo, que supuso una auténtica predeterminación del fallo y una violación del derecho a un juicio con las debidas garantías.

3. La adopción de esta medida tiene solamente el carácter de cautelar, a los efectos de asegurar el cumplimiento y efectiva ejecución del fallo, para el caso de que la reso-

lución sea condenatoria. Es cierto que si tenemos en cuenta el momento en que se adoptó, pudiera esgrimirse, a efectos dialécticos, que, de alguna manera, se estaba adoptando una decisión sobre la culpabilidad del afectado, pero no debe olvidarse que quedaba pendiente la deliberación, votación y fallo por lo que el resultado de la decisión no estaba definitivamente acordada. En todo caso la resolución solamente afectaba al procesado respecto del que se adoptó la medida y, de ninguna manera, perjudicaba o menoscaba derecho alguno de la recurrente, por lo que su alegación carecía de la necesaria legitimación. En ningún caso la decisión adoptada ha predeterminado el pronuncia-

miento condenatorio que recayó sobre la acusada.

Ahora bien, entrando en el fondo de la cuestión y como ya se ha dicho, cualquier tribunal puede adoptar una medida semejante, si a la vista del resultado de la prueba practicada en el acto del juicio oral, existe una base suficiente para establecer una hipotética incriminación futura.

Se trata de evitar que el implicado, a la vista de la pena que se le imponga, pueda eludir la acción de la justicia sustrayéndose a la efectiva ejecución de la pena privativa de libertad. No existe por tanto vulneración del principio de tutela judicial efectiva.

Sentencia 789/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 10 de mayo de 2001

FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL. CONCEPTO DE FUNCIONARIO.

Arts. 24.2 y 390.1.1.º Código Penal

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

SÍNTESIS

El concepto legal de funcionario público, del art. 24.2 del Código Penal comprende también a los miembros de la Junta de Gobierno de un Colegio Profesional. Por otra parte, se asigna en la sentencia carácter de documento a las papeletas de voto por correo en los términos que en la misma se especifican.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) 1. Conviene comenzar por la cuestión de los elementos de la autoría, es decir, por la cuestión de si el recurren-

te era o no funcionario público. La respuesta debe ser afirmativa. En efecto, de acuerdo con lo establecido en la definición de funcionario público en el art. 24.2 CP, es considerado funcionario todo el que “participe en

el ejercicio de funciones públicas” por alguna de las razones previstas en dicha disposición. En su sentencia de 10-10-97 esta Sala ha considerado que los miembros de la Junta de Gobierno del Colegio de Diplomados en Enfermería de Barcelona ostentan la calidad de funcionarios públicos. Dicho Colegio es una corporación de derecho público que ejerce funciones públicas pues tiene competencias de inspección administrativa y sus actos son recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Consecuentemente, en tanto el recurrente formaba parte como Secretario de la Junta de Gobierno de dicho Colegio e intervino en los hechos como tal, habiendo asumido la custodia de los votos emitidos por correo, ejercía una función pública consistente en dicha custodia de los documentos destinados a la elección de los miembros de la Junta de Gobierno del Colegio.

2. Tiene razón la Defensa cuando afirma que documentos oficiales sólo pueden ser considerados aquellos que hayan sido emitidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. Sin embargo, la Sala no puede compartir las consecuencias que el recurrente extrae de esta noción de documento oficial, pues también los documentos oficiales en custodia del funcionario pueden ser objeto del delito. En este sentido la documentación de los votos recibidos por correo son documentos oficiales después de su recepción y de su incorporación a los documentos del Colegio. Dicha recepción determina la incorporación a una actuación pública y por tal razón le confiere a los documentos recibidos en custodia el carácter de documento oficial. El hecho meramente material de si estaban cosidos a un expediente junto con otras actas o sólo agrupados como documentos que se ordenarían más tarde en la forma prevista para una eventual tramitación y archivo, carece de relevancia. Lo decisivo, por el contrario, era la incorporación oficial a la documentación propia del Colegio y la custodia por éste. Con otras palabras: el objeto de la acción del delito del art.

390.1.1.º CP no se limita a los documentos expedidos por el funcionario, pues si así fuera el tipo sólo alcanzaría a las falsedades ideológicas. Por el contrario, el art. 390.1.1.º CP tiene por objeto los documentos que el funcionario tiene en custodia por estar incorporados a actuaciones propias de su función. Esto es consecuencia de que las falsedades ideológicas, que son —como se dijo— las que caracterizan al documento expedido por el funcionario, están reguladas fuera del núm. 1 del art. 390.1 CP, en el núm. 4 de la misma disposición.

La Defensa ha sostenido también, que las papeletas de votos no son documentos, dado que carecen de aptitud probatoria. La jurisprudencia ha insistido repetidamente que la función probatoria es una de las que corresponde al documento y que la acción típica del delito de falsedad documental debe en todo caso afectar una de las funciones del mismo. Desde este punto de vista tiene razón la Defensa respecto de la falta de función probatoria de la papeleta de voto. Pero eso es así sólo en la medida en la que la papeleta sea considerada aisladamente. Pero, en el caso que ahora tratamos, la papeleta integra un documento de mayor alcance. La papeleta, el documento nacional de identidad y el sobre específico que la contiene, unido al sobre que tiene los sellos postales y los matasellos del correo constituyen una unidad documental, que la doctrina ha denominado documentos conjuntos o conjunto documental, en el que la conexión de unos elementos con otros determina un documento que adquiere como conjunto una función probatoria.

Aclarado lo anterior, resulta ya innecesario hacer referencia a los llamados documentos oficiales por destino y a la cuestión de si la alteración que tuvo lugar, según los hechos probados, después de su recepción, puede ser o no adecuada al tipo del art. 390.1.1.º CP. En todo caso dicha alteración se llevó a cabo cuando la documentación de los votos emitidos por correo ya eran documentos oficiales o, inclusive públicos, pues

habían sido incorporados, por acto de su recepción y mantenimiento en custodia, a la documentación de la entidad de derecho público. En suma: los documentos no son oficiales sólo cuando son expedidos para tener valor fuera del ente de derecho público, sino también cuando se encuentran incorporados, de la manera dicha, a su propia documentación.

3. De lo anterior se deduce que la prueba de la fecha de entrega de los votos emitidos por correo, que constituye la materia de los motivos quinto y octavo, es ajena al objeto de este proceso. El carácter de documentos objeto de protección del art. 390 CP no depende de la validez electoral de los votos, sino de la reunión de los elementos que

establece el art. 26 CP. Dicho con otras palabras: el delito de falsedad documental no protege la validez de los votos emitidos en el acto electoral, sino los documentos como elementos de prueba. No cabe duda que como tales, los votos emitidos por correo eran un medio de prueba necesario para cualquier reclamación de los votantes o de las candidaturas y, por lo tanto, conservaban el valor de medios de prueba, es decir su función probatoria, a los efectos que pudieran corresponder. En el presente caso, no cabe duda que los votantes podían intentar el reconocimiento de la validez del voto, alegando la fecha de expedición postal en lugar de la fecha de recepción en el Colegio. La alteración de los votos, consecuentemente, ha perjudicado este derecho al recurso.

Sentencia 809/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 10 de mayo de 2001

ENTRADA Y REGISTRO.

Art. 558 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos**

SÍNTESIS

La falta de indicación en el auto que acuerda la entrada y registro de si éste había de practicarse sólo de día o también de noche únicamente constituye un defecto procesal que no acarrea la nulidad del auto. Se expone, además, la interpretación de lo que ha de considerarse por “noche” a los efectos del art. 558 de la LECrim.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) b) En cuanto a la segunda irregularidad que se achaca al auto de

no expresarse si el registro debería hacerse sólo de día o también de noche, constituye ciertamente un defecto procesal pero que no acarrea en ningún caso su nulidad, ya que en

él no concurren ninguna de las causas establecidas en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aparte de que en el caso enjuiciado no se practicó en horas nocturnas, pues según el atestado policial se había finalizado a las veintiuna horas, debiendo haber comenzado no antes de las diecinueve treinta horas (folios 7 y 2 de las diligencias). En este sentido esta Sala ha considerado que la expresión “de noche” ha de ser interpretada en atención a la finalidad del precepto “que no es otra que la de causar las mínimas molestias posibles, lo que se consigue prohibiendo los registros, salvo causa de urgencia, en las horas destinadas al descanso nocturno” (sentencias de 17 de

abril de 1993 y 28 de enero de 1994). Así, de forma más casuística, se ha dicho que no son horas nocturnas las veinte horas (sentencia indicada de 17 de abril del 93); o las veintidós horas en el mes de junio (sentencia ya dicha de 28 de enero de 1994), o el registro practicado entre las veinte treinta y las veintidós horas (sentencia de 9 de febrero de 1996); o la diligencia comenzada a las veintiuna cincuenta horas en el mes de junio (Sentencia de 24 de junio de 1997). Finalmente no cabe olvidar que el mejor intérprete de esa variedad jurisprudencial es el Juez que acordó la diligencia y que en este caso asistió personalmente a su práctica *in situ*.

Sentencia 838/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 10 de mayo de 2001

CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE DISFRAZ.

Art. 22.2 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

SÍNTESIS

Doctrina general, muy pormenorizada, en torno a la aplicabilidad de la circunstancia agravante de disfraz y su eventual extensión a los demás intervinientes en el hecho.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) Tres son los requisitos para la estimación de esta agravante: a) objetivo: consistente en la utilización de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia

habitual; b) subjetivo: propósito de facilitar la ejecución del delito o evitarse su identificación, rehuendo responsabilidades; y c) cronológico: según el cual el disfraz ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho

delictivo, no antes ni después de tal momento (SS 17-6, 15-9 y 19-11 de 1999).

Dando por supuesta la concurrencia del primero y el tercero, de naturaleza objetiva, será el segundo, el que precisará de un análisis más detallado.

El propósito del culpable, se halla en directa relación con la *ratio* agravatoria de la circunstancia, integrada por el reproche que merece el sujeto activo que astutamente acude a argucias o artimañas, que le van a permitir el favorecimiento de la comisión del delito o el logro de la impunidad.

Poniendo en relación los dos aspectos de la agravatoria, el objetivo (uso de medio, apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual) y el subjetivo (mayor facilidad de ejecución y mayor impunidad), con el art. 65 del C.Penal, podemos establecer los siguientes supuestos para el caso de que un delincuente, utilice el disfraz y otro no, como es el caso de autos:

A) Que la utilización del disfraz forme parte del concierto criminal o proyecto delictivo. En este caso, podemos distinguir a su vez:

1) Que se utilice el disfraz para facilitar la ejecución del delito. Por ejemplo, vistiéndose con traje de sacerdote o uniforme de policía, como mecanismos aptos para confiar, sorprender y confundir, a las posibles víctimas del delito. En este caso, debe alcanzarse la agravación al que no lleva el disfraz, porque forma parte del proyecto criminal y se beneficia de su uso.

2) Que la utilización tenga por objeto ocultar la identidad, con miras a la impunidad. Este uso y finalidad será la más normal y frecuente, dentro de la sociología criminal. En este supuesto habremos de distinguir:

a) Que se beneficie el que no porta el disfraz. Por ejemplo, si queda uno de los partícipes dentro de un coche en funciones de vigilancia y presto a emprender la huida. También debe alcanzarse la agravación, pues el no identificar a un delincuente, favorece el anonimato del consorte delictivo. No lleva disfraz, pero no interviene en la materialización del delito, en contacto, con las víctimas y eventuales testigos, salvaguardando su identidad.

b) Que no se beneficie del disfraz el que no lo lleva. En este caso, si en la escena del delito, aparece uno con disfraz y otro sin él, no debe alcanzarse la agravación a quien no lo lleva, si ambos tienen las mismas posibilidades de ser identificados. Cabría plantear la hipótesis del beneficio indirecto del disfraz utilizado por otro, cuando el que está disfrazado es un conocido del lugar donde se comete el hecho, y su acompañante un forastero. En este excepcional supuesto podría alcanzarse la agravación.

3) Que tenga tanto la finalidad de facilitar la ejecución, como ocultar la identidad. En este supuesto, por el beneficio que le supondría por el primer aspecto, debería comunicarse la agravación.

B) Que el empleo de disfraz no forme parte del proyecto criminal, y el que no utiliza disfraz, ignore que se está utilizando por otro copartícipe. Sería el caso del que esperando a cierta distancia del lugar del delito, no pudo percatarse, que uno de los ejecutores sacaba del bolsillo, cualquier capucha y se la colocaba, por su iniciativa y en beneficio propio. Las agravantes, además de cumplirse en su aspecto objetivo, el sujeto, ha de tener conciencia de la concurrencia de las mismas. A nadie puede imputarse o reprochárse algo que no conoce, ni podía conocer, ni esperar que se produjera.

Sentencia 843/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 10 de mayo de 2001

DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA.

Art. 739 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se expone la doctrina general sobre el derecho a la última palabra y su significado constitucional y se aprecia su vulneración en el caso de autos lo que conduce a la nulidad de la sentencia de instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Debemos recordar que “el derecho a la última palabra” recogido en el art. 739 de la LECriminal, no es una mera formalidad o cláusula estereotipada aunque sea frecuente la renuncia a su utilización por sus titulares, que no son sino los propios imputados.

Se trata del reconocimiento que le concede el Ordenamiento Jurídico a todo acusado, para después de concluidos todos los debates del Plenario, y antes de dar por concluida la vista, asumir por sí mismo su defensa —de ahí la naturaleza de autodefensa que supone— y que es posiblemente la más completa materialización del derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído, audiencia personal que al estar situado tras la práctica de toda la prueba y la conclusión de los debates la sitúa en un momento de especial importancia porque viene a representar, cuando se ejercita el derecho, la opinión y la valoración del propio acusado siendo lo último que es escuchado por la Sala sentenciadora, tal derecho constituye una manifestación más de la especial situación que el sistema de justicia penal dispensa a todo inculpado en relación con el acusador.

En efecto, sin perjuicio del principio de igualdad de partes que define el proceso entendido en el sentido de que acusación y defensa tengan idénticas posibilidades de alegar, probar e impugnar, hay que reconocer que el acusado goza de un *status* diferente y más favorable que el del acusador, ya sea público o privado, pudiéndose enumerar hasta seis notas donde se materializa ese *status*:

— El acusado tiene derecho a ser informado de la acusación, el acusador no tiene por qué ser informado de los argumentos de la defensa, y de hecho, la calificación provisional del acusado lo es después de la efectuada por la acusación.

— El acusado tiene el derecho a guardar silencio, en tanto el acusador debe decir la verdad.

— El acusado tiene el derecho a la presunción de inocencia en tanto que al acusador le corresponde la iniciativa en la presentación de pruebas de cargo.

— El Tribunal nunca puede superar la petición de la acusación, pero siempre puede imponer pena inferior.

— Y finalmente, el acusado tiene el derecho a la última palabra.

Recordemos de un lado que este derecho de defenderse personalmente no se confunde con el derecho de asistencia letrada, y tal respeto, como se afirma en la STC de 5 de abril de 2000 el propio art. 24.2.º de la Constitución distingue —y por tanto no confunde— el derecho a la defensa del derecho a la asistencia letrada, y de otro este derecho a la defensa propia encuentra también su específico reconocimiento en los Tratados Internacionales firmados por España, que forman parte de nuestro Ordenamiento interno de conformidad con el art.

10.2.º de la Constitución. En efecto, el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York reconoce el acusado el derecho “... a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente...” y en el mismo sentido, el Convenio Europeo de Derecho Humanos reconoce como mínimo, entre otros derechos del acusado el de “...defenderse por sí mismo...”.

Todo ello nos permite concluir que el derecho a la última palabra, en cuanto forma parte del *status* de todo acusado debe ser reconocido y amparado por el Tribunal.

Sentencia 831/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 14 de mayo de 2001

TRASTORNOS DE LA PERSONALIDAD.

Arts. 20.1 y 21.1 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se recoge de manera pormenorizada la doctrina de la Sala en torno a la incidencia que sobre la imputabilidad del sujeto tienen los denominados “trastornos de la personalidad” o “psicopatías”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...) Dentro de las anomalías psíquicas la relevancia que debe darse a los trastornos de la personalidad en el terreno de la imputabilidad penal no puede responder a una regla general (STS de 10 de febrero de 1989, entre otras). Para algunos un

trastorno de personalidad no es propiamente una enfermedad mental, aunque en cualquier caso si es una anomalía psíquica. Como señala la doctrina psiquiátrica la manifestación esencial de un trastorno de personalidad es un patrón duradero de conductas y experiencias internas que se desvía marcadamente de lo que cultural o socialmente se espera de la persona, es decir de lo que

constituye el patrón cultural de conducta, y que se manifiesta en el área de la cognición, en el de la afectividad, en el del funcionamiento interpersonal o en el del control de los impulsos (al menos en dos de dichas áreas). Se trata de un patrón de conducta generalmente inflexible y desadaptativo en un amplio rango de situaciones personales y sociales, que conduce a una perturbación clínicamente significativa o a un deterioro social, ocupacional o de otras áreas del comportamiento. El patrón es estable y de larga duración y su comienzo puede ser rastreado, por lo menos, desde la adolescencia o la adultez temprana. No puede ser interpretado como una manifestación o consecuencia de otro trastorno mental y no se debe al efecto psicológico directo de una sustancia (por ejemplo, drogas de abuso, medicación o exposición a tóxicos), ni a una situación médica general (por ejemplo, trastorno craneal). Ordinariamente existen criterios específicos de diagnóstico para cada trastorno de personalidad.

Séptimo.—Como hemos señalado la relevancia de los trastornos de la personalidad en la imputabilidad no responde a una regla general. Desde luego no cabe hablar de exención completa, pues no anulan el conocimiento ni la voluntad. La doctrina jurisprudencial los ha considerado en ocasiones irrelevantes por estimar que en el caso concreto no se encontraba afectada dicha capacidad de conocimiento y voluntad, elementos básicos del juicio de imputabilidad, (Sentencias de 14 de abril de 1984, 13 de junio de 1985, 16 de enero de 1987, u 11 de noviembre de 1988, entre las clásicas, o sentencias de 15 de febrero y 2 de octubre de 2000, entre las más recientes). Por lo general, sin embargo, los trastornos de personalidad se han valorado penalmente como atenuantes analógicas (sentencias de 12 y 27 de marzo de 1985, 27 de enero, 1 de julio y 19 de diciembre de 1986, 6 de marzo de 1989 o 5 de noviembre de 1997). No faltan otras resoluciones en que trastornos de personalidad especialmente graves, generalmente

asociados a otras patologías, han sido valorados como eximentes incompletas (sentencias de 10 y 25 de octubre y 14 de noviembre de 1984, 15 de mayo de 1985, 16 de abril, 9 de mayo, 8 de julio y 5 de diciembre de 1986, 15 de enero y 6 de febrero de 1987, 29 de febrero o 22 de julio de 1988, o 16 de noviembre de 1999). En esta última se destaca como la sustitución legal de la expresión “enajenación mental” por la de “anomalía o alteración psíquica” permite ya, sin esfuerzo alguno, incluir en el ámbito de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad a los trastornos de la personalidad, sin necesidad de recurrir a la analogía.

Octavo.—Como señala la citada sentencia de 16 de noviembre de 1999 (núm. 1604/1999), la postura tradicional de la jurisprudencia fue siempre cautelosa, hasta fechas relativamente recientes, frente al posible reconocimiento de efectos atenuatorios de la responsabilidad penal a las psicopatías o trastornos de la personalidad. Prescindiendo de causas más remotas, varios factores obstaculizaron, bajo la vigencia de los Código Penales de 1932 y 1944, la toma en consideración de las psicopatías como presupuesto fáctico de una circunstancia aminorativa de la responsabilidad penal. De un lado, aunque la jurisprudencia interpretó ampliamente el concepto de “enajenado” desde su inclusión en el art. 8.1 del Código Penal, acostumbró a exigir para la apreciación de esta eximente, tanto completa como incompleta, una base morbosa o patológica, esto es, la existencia de una enfermedad mental —exigencia, por lo demás, rigurosamente lógica— y, al mismo tiempo, negó sistemáticamente la naturaleza de enfermedad mental a las psicopatías, reiteradamente definidas como trastornos del carácter o de la efectividad pero casi nunca aceptadas como enfermedades. De otro, la jurisprudencia se vio obligada a interpretar en un sentido biológico-psicológico el propio término “enajenado”, no considerando normalmente suficiente el diagnóstico de una enfermedad mental para la apreciación de la circunstancia, que se condicionó a la presencia de unos

determinados efectos en la capacidad de entender y querer. Aunque se trataba, sin duda alguna, de una prudente matización, hay que reconocer que los efectos exigidos se expresaron con frecuencia de forma excesivamente rigurosa, insistiéndose en que la enfermedad mental debe privar absolutamente a quien la padece de consciencia y voluntad para que pueda dar lugar a una circunstancia eximente. De esta manera, rechazando por una parte, que los trastornos de la personalidad sean verdaderas enfermedades y demandando, por otra, para los enfermos mentales una falta o un sensible déficit —según se propusiese la apreciación de la eximente o de la semieximente— de inteligencia y voluntariedad que las psicopatías pueden no comportar, la jurisprudencia excluyó durante mucho tiempo a dichas alteraciones del campo de aplicación de la eximente de enajenación mental en su doble versión, admitiendo únicamente que pudieran servir de base a la atenuante analógica, lo que equivalía a dar por supuesto que la relación entre los trastornos de la personalidad y los estados morbosos de la mente es sólo de analogía. A partir de las SS de 29-2-88 y 22-6-88, que pusieron de relieve el obstáculo que representaba, para continuar negando la condición de enfermedad mental a las psicopatías, la inclusión de las mismas entre los trastornos mentales y del comportamiento en la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales elaborada por la OMS, se ha generalizado en la doctrina jurisprudencial la aceptación de que los trastornos de la personalidad son auténticas enfermedades mentales aunque esta Sala, en los casos en que dichos trastornos deben tener influencia en la responsabilidad criminal, pues cabe naturalmente la posibilidad de que sean penalmente irrelevantes, ha continuado aplicando en general la atenuante analógica —SS de 22-1-86 y 6-3-80— reservando la aplicación de la eximente incompleta —SS 24-1-91, 6-11-92, 24-4-93 y 8-3-95— para cuando el trastorno es de una especial y profunda gravedad o está acompañado de otras anomalías orgánicas o psí-

quicas de las que son las más citadas el alcoholismo crónico o agudo, la oligofrenia en sus primeros grados, la histeria, la toxicomanía etc. Ahora bien las condiciones legales para un correcto afrontamiento del problema de los trastornos de la personalidad y su influencia en la responsabilidad criminal han mejorado sustancialmente con el nuevo Código Penal que se promulgó por la LO 10/1995. La insuficiente alusión al “enajenado” del art. 8.1.º del viejo Texto ha sido sustituida, en el art. 20.1 del vigente, por la expresión “cualquier anomalía o alteración psíquica”, mucho más amplia y comprensiva. Por otra parte, la interpretación biológico-psicológica de la fórmula legal que, en el pasado, realizaron los Tribunales, ahora es adelantada por el legislador que exige, para que la anomalía o alteración psíquica exima de responsabilidad, que el sujeto, a causa de ella, “no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión” al tiempo de cometer la infracción penal. La primera modificación permite ya, sin esfuerzo alguno, incluir en el ámbito de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad a los trastornos de la personalidad. Si ya antes parecía superada la vieja cuestión de la naturaleza morbosa o patológica de estos trastornos, nadie puede discutir ahora que son, exactamente, “anomalías o alteraciones psíquicas” por lo que, no deben continuar siendo presupuesto de la atenuante analógica que hoy aparece en el art. 21.6 del Código Penal. Las psicopatías no tienen “análoga significación” a las anomalías psíquicas sino que literalmente lo son. La segunda modificación, por su parte, viene a situar las posibles consecuencias de las psicopatías sobre la imputabilidad en un marco conceptual más próximo a las posiciones de la actual doctrina científica. A partir de ahora, sobre lo que tienen que preguntarse los tribunales, cuando el autor del delito padezca cualquier anomalía o alteración psíquica, no es tanto su capacidad general de entender y querer, sino su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión. Es ésta

una definición de la imputabilidad que pone prudentemente el acento en la mera aptitud del sujeto para ser motivado por la norma, al mismo nivel que lo es la generalidad de los individuos de la sociedad en que vive, y, a

partir de esa motivación, para conformar su conducta al mensaje imperativo de la norma con preferencia a los demás motivos que puedan condicionarla (STS de 16 de noviembre de 1999).

Sentencia 872/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 14 de mayo de 2001

DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS.

Art. 197 Código Penal

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

SÍNTESIS

Realiza también el tipo la injerencia en la esfera de intimidad de la propia esposa para descubrir supuestas o reales infidelidades mediante aparatos de interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) La figura delictiva del art. 197.1 CP se integra por la ejecución de alguna de las acciones que se describen en el tipo (elemento material), y por el ánimo que impulsa la acción del sujeto activo, que debe dirigirse a “descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro sin su consentimiento” (elemento subjetivo). La presencia en el caso enjuiciado del elemento material es incuestionable y no ha sido cuestionada. En cuanto al elemento interno requerido por el tipo, su concurrencia no admite la menor duda, por cuanto del hecho probado se infiere de manera inequívoca que la acción del agente estaba encaminada a conocer secretos de la persona así espia

da sin el consentimiento de ésta, invadiendo y violentando el ámbito de su intimidad personal como medio de acceso a dichos secretos, por lo que aparece incuestionable que el acusado sabía lo que hacía y quería hacer lo que hizo con lo que se cierra el círculo del dolo propio de este tipo delictivo.

En cuanto a las alegaciones del recurrente de que la subrepticia injerencia en el ámbito de la intimidad de la esposa para descubrir supuestas o reales infidelidades mediante aparatos de interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas de aquélla carecen de contenido penal, porque —según se afirma— los secretos en esa esfera de la infidelidad matrimonial no son secretos personales, ni afectan a la intimidad de quien los posee, sino que forman par-

te de lo que el recurrente denomina “dimensión familiar” de la intimidad; tales alegaciones, repetimos, deben ser repelidas rotundamente, porque esa invocada “dimensión familiar” de la intimidad no autoriza en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que, a toda persona otorga el art. 18 CE, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia.

Se trata de derechos básicos del ser humano que proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio, y que explícita y específicamente establece el secreto de las comunicaciones telefónicas como una de las manifestaciones más relevantes de la intimidad personal que se ampara constitucionalmente en el apartado primero del art. 18 de la Constitución con vocación de universalidad y sin otras excepciones que las expresamente contempladas en el precepto, que tiene su reflejo sancionador en el art. 197 CP. Por ello mismo, resulta sencillamente inadmisibles la alegación del recurrente de que, por tratarse de su esposa, el acusado está exento de la obligación constitucional y penal de respetar el bien jurídico protegido de su cónyuge bajo la excusa de cerciorarse y allegar pruebas de la infidelidad de la esposa. Porque la única excepción a la invasión ajena de esos espacios íntimos y exclusivos del ser humano, cuya impenetrabilidad por terceros se establece *erga omnes*, la constituye la autorización judicial que, además, debe estar rigurosamente fundamentada, y motivada en graves y poderosas razones de interés público que justifiquen el sacrificio del derecho y la prevalencia del interés común, pero en ningún caso —como razona la sentencia impugnada— podrá dejarse la restricción del derecho fundamental al arbitrio de un particular y menos aún cuando se dirige a la satisfacción de un interés privado.

Esta realidad consagrada en el art. 18 CE tiene su correspondiente reflejo en el art. 197 CP donde el sujeto activo del tipo es “el que” realice alguna de las acciones típicas, es decir, cualquiera persona, sin distinción y sin excepción; y donde el sujeto pasivo es “otro”, quienquiera que sea este otro, sin exclusión alguna, siendo singularmente significativo que en el Código Penal vigente haya desaparecido incluso la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia que figuraba como excepción en el art. 497 CP de 1973, todo lo cual evidencia, al entender de esta Sala, que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa absoluta o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal que, como sucede en el supuesto actual, no sólo afectaría a la esposa del acusado, sino también a los interlocutores de ésta que habrían visto también quebrantada su intimidad, sus secretos y su derecho a la privacidad de sus comunicaciones telefónicas, captadas, interceptadas, grabadas y conservadas por el acusado. Queremos decir con esto que el incumplimiento —real o sospechado— por una de las partes de las obligaciones derivadas de la relación matrimonial, tendrá las consecuencias establecidas por el Ordenamiento Jurídico en las disposiciones de distinta naturaleza que regulan esa institución, pero, en absoluto, la infracción de tales obligaciones habilitan a la parte perjudicada para la comisión de acciones tipificadas como delito por la Ley Penal ni, desde luego, es motivo de exoneración o de exención de la responsabilidad criminal que la comisión de todo delito acarrea, a salvo, naturalmente, de la eventual concurrencia de alguna de las tasadas causas que el legislador ha establecido a tales efectos y que, en todo caso, habrán de ser debida y cumplidamente probadas.

Sentencia 816/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 22 de mayo de 2001

ESCUCHAS TELEFÓNICAS.

Arts. 579 LECrim. y 11.1 LOPJ

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

SÍNTESIS

La Sala interpreta rigurosamente los requisitos para acordar las escuchas telefónicas, negando la posibilidad de que la resolución judicial se integre por remisión al oficio policial. Por tal falta de control judicial inicial y en la ejecución posterior de la medida, se considera vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con el efecto de nulidad prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ. (Contiene voto particular de R. García Calvo y Montiel.) (Véase también la STS 1233/2001, de 25 de junio, dictada por el mismo ponente)

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) La lectura de la sentencia pone inmediatamente de relieve que las escuchas telefónicas jugaron el papel esencial que dicen los recurrentes. Por eso, se impone verificar si se adecuaron en su desarrollo al paradigma constitucional, tal y como hoy aparece recogido en bien conocida jurisprudencia. A tal efecto, por su alto valor indicativo, se tomarán como punto de referencia las sentencias del Tribunal Constitucional: 299/2000, de 11 de diciembre y 239/1999, de 20 de diciembre, y 49/1999, de 5 de abril. Y las de esta sala: 165/2000, de 10 de febrero de 2001 y 1954/2000, de 1 de marzo de 2001.

Conforme al criterio recabable de esas resoluciones, la apreciación de la legitimidad de la adopción de una medida como las

de que aquí se trata, impone un primer juicio de proporcionalidad dirigido a comprobar si con ella se persiguió un fin constitucionalmente lícito, capaz de justificarla, y si el sacrificio del derecho fundamental concernido (en este caso el del art. 18.3 CE) fue realmente necesario para conseguirlo.

Semejante constatación reclama un examen crítico de los presupuestos habilitantes de la intervención telefónica y de sus prórrogas. Esto es, de las correspondientes resoluciones judiciales y de los antecedentes sobre los que operó el Juez de instrucción.

En el caso de este recurso, es patente que el fin invocado, la obtención de datos en la investigación y persecución de una conducta lesiva para la salud pública y conminada por el Código Penal con una pena grave, es en sí mismo constitucionalmente legítimo. Con lo que tal estimación trae a primer pla-

no la comprobación de si la solicitud policial y la decisión judicial que la acogió estuvieron racional y jurídicamente preordenadas a la consecución de aquel objetivo.

En esta segunda verificación, se ha de comprobar si realmente, en el caso concreto, la información policial ofrecida al Juzgado, valorada en términos de experiencia profesional, contenía en sí misma datos de investigación previa seriamente sugestivos de que la actividad en cuestión podría ajustarse a las previsiones del art. 368 CPenal y concordantes; que, además, permitían concebir sospechas razonables de la implicación en ella del denunciado. A este respecto, la sentencia citada en primer término, ofrece útiles pautas relativas al método que ha de seguirse en tal comprobación.

En el punto de partida de éstas se encuentra la consideración de que, puesto que la autorización de la intervención —por su grave incidencia en el derecho fundamental afectado— ha de estar rigurosamente fundada, la correspondiente resolución debe exteriorizar “razones fácticas y jurídicas”. Más en concreto: “los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas”. Aquéllos, pues, han de contar con cierto fundamento identificable y susceptible de ulterior contrastación, que es lo que las distingue de las “meras hipótesis subjetivas”, a las que también se refiere el Tribunal Constitucional, para negarles la calidad de fundamento hábil a esos efectos.

Abundando todavía más en el análisis, la alta instancia hace hincapié en la necesidad de distinguir “el dato objetivo” del “delito” de cuya existencia el primero sería indicio; por la razón de que “la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito”. Que es por lo que “el hecho en que el presunto delito puede consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa”.

Es decir, ni la solicitud de autorización de un control de conversaciones telefónicas ni, obviamente, el auto judicial que decidiera establecerlo pueden operar mediante una argumentación tautológica o circular; o lo que es lo mismo, teniendo por todo apoyo la afirmación infundada de la presunta existencia del delito que se trataría de investigar. Así, no basta sostener, por más énfasis que se ponga en la afirmación, que se está cometiendo o se va a cometer un hecho punible, aunque fuera gravísimo, para que resulte justificada, sólo por esto, la adopción de una medida de investigación invasiva del ámbito de un derecho fundamental. Tal modo de actuar no puede asentarse en una sospecha genérica ni sobre un golpe de intuición; hábiles, en cambio, como legítimo punto de partida de otras formas de indagación dotadas de menor agresividad para la esfera íntima o privada de las personas, válidamente destinadas a obtener indicios dignos de tal nombre, pero no aptas para ocupar el lugar de éstos.

Aquí, decir indicios es hablar de noticia atendible de delito, de datos valorables, por tanto, verbalizables o comunicables con ese mínimo de concreción que hace falta para que una afirmación relativa a hechos pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad. De otro modo resultaría imposible formar criterio, que es lo que la ley demanda del Juez, para decidir sobre la pertinencia de la medida que se solicita.

Así las cosas, es claro el tipo de juicio que se requiere y cuya temporánea realización por el juez se ha de verificar cuando, como es el caso, aparece cuestionada por vía de recurso la existencia de los presupuestos habilitantes de una intervención telefónica y la corrección jurídica de su autorización. Un juicio que ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva *ex ante*, o lo que es lo mismo, prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido como consecuencia de la actuación policial en cuyo contexto se inscribe la medida cuestionada. Porque este resultado, persuasivo, sin duda,

en una aproximación extrajurídica e ingenua, no es el metro con el que se ha de medir la adecuación normativa de la actuación cuestionada. De otro modo, lo que coloquialmente se designa como éxito policial sería el único y máximo exponente de la regularidad de toda clase de intervenciones; cuando, es obvio, que tal regularidad depende exclusivamente de que éstas se ajusten con fidelidad a la Constitución y a la legalidad que la desarrolla.

Es, precisamente, esa obligada disociación del resultado finalmente obtenido de sus antecedentes, para analizar la adecuación de éstos, considerados en sí mismos, al paradigma constitucional y legal, lo que tiñe de dificultad la actividad de control jurisdiccional y, con frecuencia, hace difícil también la aceptación pública de eventuales declaraciones de nulidad. (...)

La exigencia de cierta concreción en los datos de apoyo de una solicitud de escucha telefónica es presupuesto obligado de otra, dirigida al Juez, que le impone un juicio motivado, suficiente, tanto sobre la proporcionalidad e idoneidad de la medida a tenor del delito de que pudiera tratarse, como acerca del fundamento indiciario de la atribución de una implicación en él al titular de la línea.

A este propósito, la segunda de las sentencias citadas recuerda que el Tribunal Constitucional, como, por lo demás, también esta sala, ha admitido en ciertos casos la motivación por referencia, es decir, por remisión a otra decisión jurisdiccional. Pero advirtiendo que esa clase de supuestos no guarda relación de homología con aquéllos en que “la remisión no se hace a otra resolución judicial, sino a un oficio policial”. Porque la función de garantía del derecho fundamental “no consiste constitucionalmente ni puede consistir (...) en una mera supervi-

sión o convalidación de lo pedido y hecho por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”. Pues, “quien adopta la decisión de limitar el derecho fundamental y establece en qué términos tendrá lugar dicha restricción es, constitucionalmente, el órgano judicial, quien no puede excusar su deber de resolver y motivar lo resuelto con la simple remisión a los motivos que aduzca otro poder no judicial”.

Y, siempre a juicio del propio Tribunal Constitucional, no basta que la autorización del establecimiento de la intervención telefónica se ajuste al criterio indicado. Es también indispensable que el control judicial efectivo, que “se integra en el contenido esencial del derecho”, se mantenga vivo durante “el desarrollo y cese de la misma”. De manera que, de no ser así, “queda afectada la constitucionalidad de la medida”. Más en concreto, cuando instaurada ésta, se aduzca un conocimiento obtenido mediante la misma para extenderla a otros sujetos “el mínimo indispensable del control” demanda “la constatación por el órgano jurisdiccional de la coincidencia entre las cintas grabadas y sus transcripciones” con el consiguiente reflejo “en las actuaciones en la correspondiente diligencia”. De tal manera que la ausencia de esta constatación “pone de manifiesto que el preceptivo control no se ejerció, sino que se dio por bueno sin constatación alguna lo que era una deducción policial del contenido de las escuchas precedentes”. Semejante modo de operar judicial implica “la ausencia de control, (...) supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)”. Tal “deficiente control de aquel resultado, viciado en sí mismo, actúa con un nuevo significado, como vicio de la motivación” de la resolución ampliatoria de la medida (sentencia 299/2000).

Sentencia 921/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 23 de mayo de 2001

PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.

Art. 133 Código Penal

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

SÍNTESIS

Pese a la oscura formulación del art. 133.1 del CP hay que tomar en cuenta, a efectos de prescripción de la pena, la concretamente impuesta. Si se imponen varias en una sentencia, los plazos de prescripción se computan por separado, no pudiendo sumarse las penas para modificar aquellos plazos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Como dicen las sentencias de esta Sala de 15 julio de 1997 y 29 mayo de 1999, el texto del art. 133.1.º del CP —en el anterior Código era el 115— es evidentemente confuso. En su primera parte se refiere a la pena según su duración, lo que permite entender que el elemento decisivo para la prescripción de la pena es la duración de la pena concretamente impuesta. Por el contrario la segunda parte se refiere a las penas graves, menos graves y leves, con lo que parece relacionar la prescripción de la pena con el marco penal abstracto del delito. Es evidente que ambos criterios no podrían coexistir, dado que la prescripción de la pena no responde a criterios diferentes en unos supuestos y en otros.

En efecto, la prescripción de la ejecución de la pena tiene un fundamento jurídico-material. Se trata de la pérdida de sentido de la ejecución de la pena cuando el hecho ha sido olvidado y cuando el tiempo transcurrido ha transformado también al condenado. Por esta razón no cabe pensar en un fundamento de naturaleza procesal o mixta, como ocurre en el caso de la prescripción de la acción o del

delito. En este sentido, no resulta adecuada al fundamento de la prescripción de la ejecución de la pena condicionarla al tiempo de duración fijado en abstracto, dado que no es la pena en abstracto lo que pierde sentido por el transcurso del tiempo, sino que lo decisivo es la pena realmente impuesta.

Esta interpretación podría tener un primer apoyo en el texto de la ley que habla, en forma general, de la “pena impuesta”, aunque forzoso es reconocer que sobre la base del texto legal no es posible resolver el problema, dado que la redacción tiene, por un lado, un alto grado de ambigüedad, al tiempo que por otro lado es claro que no existe impedimento constitucional alguno para que el legislador establezca el plazo que resulte más adecuado a su programa político-criminal.

Sin embargo, como hemos visto, la ambigüedad del texto puede ser aclarada recurriendo al fundamento de la prescripción de la pena, es decir, a una interpretación teleológica, como la expuesta más arriba.

(...)

Y si el recurrente, entre otros delitos fue condenado a una pena de dos años de prisión menor por un delito de tenencia ilícita

de armas, y además a otra pena de 6 años y 1 día por delito contra la salud pública, y después de iniciado el cumplimiento tras un permiso de salida no se reincorpora, siendo detenido transcurridos más de diez años, es

claro que conforme al art. 115 CP de 1973 está prescrita la pena impuesta por el delito de tenencia ilícita de armas. Las penas de ambos delitos no pueden sumarse para así variar el tiempo de prescripción.

Sentencia 950/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de mayo de 2001

PRUEBA TESTIFICAL.

Arts. 656, 746.3.º y 850.1.º LECrim.

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

SÍNTESIS

Constituye, el de autos, una excepción a la regla general de que la simple adhesión de una parte a la prueba testifical propuesta por otra, no habilita para (ante la incomparecencia del testigo y renuncia del proponente) pedir la suspensión de juicio oral y alegar, ante su denegación, quebrantamiento de forma.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

3. El tribunal sentenciador denegó la suspensión y, por tanto, la prueba por dos razones, según el acta del juicio oral. La primera porque el testigo incomparecido no había sido propuesto por la defensa en el escrito de calificación provisional de modo concreto (art. 656 LECrim.), sino con la fórmula genérica de adhesión a la prueba del Ministerio Fiscal, que sí lo había propuesto de forma precisa y nominativa y que, ante su incomparecencia, renunció a su testimonio expresamente. La segunda por considerar irrelevante dicho testimonio “valorando a tal efecto la prueba ya practicada”.

Ninguna de las dos razones eran suficientes para privar a la defensa de su derecho

constitucional a la prueba. El motivo debe prosperar.

4. Si la prueba omitida era, a juicio del recurrente, esencial prueba de descargo lo aconsejable y conveniente para la defensa era su proposición concreta y nominal para no correr el albur de que fuera renunciada por quien la propuso como así sucedió. La simple adhesión de una parte a la propuesta por otra no habilita, en línea de principio, para pedir la suspensión del juicio oral ni alegar, ante su denegación, quebrantamiento de forma, de acuerdo con doctrina rigurosa de esta Sala, posteriormente muy matizada en los últimos años en aras a la tutela judicial efectiva, de suerte que la incomparecencia de testigos de cargo propuestos por la acusación sólo priva de prueba a la acusa-

ción y no afecta al derecho de defensa del acusado ni debe menoscabar el derecho de interrogar contradictoriamente a los testigos, que le atribuye el art. 6.3.d) del CEDH, teniendo en cuenta, desde luego, las circunstancias de cada caso.

5. La sentencia impugnada razona rigurosamente las exigencias de la prueba de cargo cuando consiste exclusiva o principalmente en la declaración de la víctima, como en el supuesto enjuiciado sucede al igual que en la gran mayoría de los delitos contra la libertad sexual (...)

Sólo procede recordar en este momento la importancia en estos casos, como subraya acertadamente la propia sentencia recurrida, de cualquier otra prueba directa o indirecta que pueda corroborar las versiones contra-

dictorias sostenidas en el juicio, como podrían ser en el presente caso el testimonio de D. F. S. cuya oportunidad y adecuación al fin propuesto había sido ya declarado pertinente por la Sala y cuya condición de indispensable y forzoso le otorga el carácter de relevante como pone de manifiesto el hecho de que el propio Tribunal sentenciador acordara la suspensión del juicio oral por treinta minutos para que el testigo fuera localizado. La importancia de su testimonio se infiere de su condición de hijo de la víctima y del acusado que se encontraba presente en el piso donde ocurrieron los hechos, y cuya relevancia se deduce con claridad del cuestionario de preguntas presentado por el recurrente. La omisión de su testimonio causó indefensión material a la defensa.

Sentencia 1003/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de mayo de 2001

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Arts. 5.3 y 8.1.c) Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor

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

SÍNTESIS

La Sentencia ratifica que el Consorcio de Compensación de Seguros es también responsable en los casos de “robo de uso” de un vehículo de motor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. En representación del Consorcio de Compensación de Seguros el Abogado del Estado formaliza un motivo único por infracción de los arts. 5.3 y 8.1.c)

de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos de motor, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio. Se funda en que el Consorcio sólo viene obligado a indemnizar si el vehículo ha sido

robado, entendiendo por robo exclusivamente las conductas tipificadas en los arts. 237, 238 y 240 del CP, lo que excluye los supuestos de robo de uso del art. 244 del mismo texto legal.

2. El art. 5.3 de la LRCSVM establece que a los efectos de esta ley se entiende por robo la conducta tipificada como tal en el CP y añade que en los supuestos de robo será de aplicación lo dispuesto en el art. 8.1.c) que establece, por su parte, la responsabilidad del Consorcio para los supuestos en los que el vehículo “haya sido robado”, lo que equivale a decir en todos los casos en que haya sido sustraído a su titular mediante el empleo de fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, con independencia del ánimo de apropiación definitiva

o transitoria del autor de la sustracción. Así se sigue de una interpretación literal, sistemática y finalista: Literal por la remisión del art. 5.3.º al Código Penal; sistemática porque el apoderamiento sin ánimo de apropiación definitiva se califica expresamente como robo de uso en el Capítulo IV del Título XIII del Libro II del CP, y finalista porque la exclusión de la responsabilidad de las Compañías Aseguradoras se fundamenta en que los casos de robo ninguna responsabilidad puede atribuirse los asegurados (art. 5.3 de la Ley).

Esta Sala así lo ha entendido, entre otras, en las sentencias 1554/1997, de 4 de diciembre, 310/1998, de 4 de noviembre y 1442/1999, de 18 de octubre. El motivo ha de ser desestimado.

Sentencia 966/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 29 de mayo de 2001

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Art. 121 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se rechaza en la sentencia la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en un supuesto de delito, de la misma índole que aquel por el que sufría condena, cometido por un recluso durante un permiso penitenciario concedido por el Juez de Vigilancia, sin perjuicio de lo que pudiera deducirse de la aplicación de los artículos 292 y ss. de la LOPJ.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El motivo segundo se ampara también en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que se

ha aplicado indebidamente el artículo 121 del Código Penal.

1. Estima que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado se desprende del he-

cho de que el acusado, que había sido condenado por delitos análogos, se encontraba disfrutando de un permiso ordinario entre el 23 y 29 de septiembre de 1998, concedido por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de Huelva en Expediente 1119/98.

Ello supone que la responsabilidad se anuda directamente al funcionamiento de la Administración, a partir del Informe que el Equipo Técnico de la Prisión emitió al respecto y que se culmina por la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Reconoce que no existe culpa *in vigilando* o *in eligendo*, pero es indiscutible que nos encontramos ante una situación de riesgo objetivamente creado por la Administración, en la cual, el comportamiento potencial, guarda una relación directa con el autor de los hechos y la Administración que concede el permiso.

2. Respecto de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, esta Sala no ha variado su jurisprudencia tradicional a pesar de la nueva redacción del artículo 121 del Código Penal.

Se mantiene su fijación no sólo por los moldes tradicionales de la culpa *in eligendo*, *in vigilando* o *in educando*, sino por la vía más objetiva del principio de la creación del riesgo.

El artículo 121 del Código Penal con una visión integradora, establece la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el mu-

nicipio y los demás entes públicos, respecto de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando sean cometidos por la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones.

Se circunscribe por tanto a la responsabilidad a los delitos cometidos por personas, que desempeñan una función pública y que actúan en el ejercicio de sus cargos o funciones. No es el caso que nos ocupa, ya que de los delitos fueron cometidos por un particular, que no tenía ningún vínculo funcional o de especial sujeción o dependencia con la Administración del Estado o de otros entes públicos.

3. Por otro lado no debe olvidarse que según las actuaciones el acusado se encontraba disfrutando de un permiso penitenciario concedido por un Juez de Vigilancia Penitenciaria, por lo que, en todo caso la responsabilidad, si es que existe, habría que derivarla hacia la Ley Orgánica del Poder Judicial y canalizarla por la vía de la responsabilidad civil, en un procedimiento autónomo. Sin prejuzgar la decisión definitiva parece oportuno, a primera vista, señalar que el camino es el previsto en los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial que contemplan los daños y perjuicios producidos por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Sentencia 995/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 1 de junio de 2001

INTERVENCIONES CORPORALES.

Arts. 15 y 18 CE

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

SÍNTESIS

La Sala casa y anula la sentencia al basarse la condena en una particular modalidad de intervención corporal (vómito y expulsión de papelinas) practicada sobre un testigo en dependencias policiales sin que pueda acreditarse la prestación de su consentimiento, y sin que éste haya declarado posteriormente en el juicio oral al haberlo impedido el Tribunal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En primer lugar se debe señalar que de las intervenciones corporales no han sido expresamente reguladas en la LECr., no obstante lo cual están sometidas a las caute- las y garantías procesales que se derivan de la noción de juicio con todas las garantías. En este sentido las intervenciones corporales no autorizadas judicialmente pueden ser válidamente llevadas a cabo si la persona que las debe soportar presta expresamente su consentimiento al respecto y no exista ninguna razón que pueda justificar la omisión de cumplir con este requisito. En caso contrario, la prueba no podrá ser tenida en cuenta en el proceso.

Por otra parte, es irrelevante que la lesión de derechos cometida para obtener la prueba afecte al sospechoso, al acusado o a un tercero, por ejemplo un testigo. En todo caso si se ha vulnerado, para obtener la prueba, un

derecho fundamental, ello determinará la aplicación de lo preceptuado por el art. 11 LOPJ, dado que éste no exige que el titular del derecho lesionado sea el acusado o alguna parte del proceso. El fundamento de la prohibición de valoración de la prueba es siempre el incumplimiento de la obligación de la autoridad de persecución del delito de las obligaciones que le impone la Constitución de someterse, en su actividad, a las normas del orden jurídico.

2. En el presente se debe tener en cuenta que el testigo que se provocó el vómito a sí mismo. Se podría pensar que en tal supuesto no cabe admitir que la prueba se haya obtenido mediante una intervención corporal, pues, se podría argumentar, nadie ha puesto las manos en el cuerpo del testigo. Sin embargo, es evidente que la vulneración del derecho que invalida la prueba obtenida no tiene por qué ser cometida de propia mano por la autoridad. Por lo tanto, estando el

testigo bajo el dominio de la Policía, dentro de instalaciones policiales y sin que se sepa a ciencia cierta si dada la cantidad de droga ingerida corría o no algún peligro la constancia del consentimiento emitido para la expulsión provocada de la papelina ingerida era de capital importancia para enjuiciar la legalidad de la medida.

No obstante, en el atestado no consta que el testigo haya prestado su consentimiento para entregar la prueba. En la diligencia que obra al folio 5 vto. el testigo no firmó. Tampoco firmó en el acta de aprehensión que luce al folio 7. En el interrogatorio que se le practica en comisaría al día siguiente (ver folio 8) no se hizo ninguna referencia al eventual consentimiento prestado por el testigo.

3. Por otra parte, la Audiencia denegó en dos oportunidades la citación del único testigo que no es policía. (...)

Las decisiones del Tribunal a quo sobre el ofrecimiento del testigo infringen, en primer lugar, el principio de proporcionalidad. En efecto, en un caso en el que de la instrucción surge con claridad que sólo hay un testigo, fuera de los policías que intervinieron en la detención del acusado, la pérdida de esta prueba por un error manifiesto del Defensor constituye una sanción procesal ex-

traordinariamente grave para una omisión que, sustancialmente podía ser subsanada sin ningún trastorno que pudiera demorar la celebración del juicio. El Tribunal a quo debió tener en cuenta que el único testigo no había declarado ante ninguna autoridad judicial y que, dada la razón formal por la que se desestimaba la petición cabía aplicar el citado art. 11.3 LOPJ, que establece que una desestimación por motivos formales sólo procede cuando el defecto fuese insubsanable.

4. En suma: el Tribunal a quo no pudo comprobar que el testigo fundamental del proceso había prestado libremente su consentimiento para la entrega de la prueba mediante una intervención corporal no autorizada judicialmente. Asimismo denegó por razones formales la pretensión de que se admitiera como prueba la declaración de este testigo, no obstante que el ofrecimiento extemporáneo de la prueba podía ser subsanado sin ninguna dilación relevante del proceso, lo que no guardaba la relación de proporcionalidad que debe existir entre la sanción procesal y la infracción de deberes procesales cometida por la Defensa. Por lo tanto, en las circunstancias de esta causa el acusado no ha sido juzgado en un proceso con todas las garantías.

Sentencia 889/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 8 de junio de 2001

INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES Y SECRETO SUMARIAL.
REGISTRO DE AUTOMÓVIL

Arts. 118, 302, 333, 579.3 LECrim. y 11.1 LOPJ

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

SÍNTESIS

Se ocupa la Sala en esta sentencia de dos cuestiones de interés. Por una parte declara que aun cuando sea aconsejable decretar el secreto sumarial de las actuaciones tan pronto como se acuerda la intervención de las comuni-

caciones, omitir aquél extremo no constituye vulneración de derechos fundamentales. Como tampoco lo constituye el que en un registro de automóvil se omita la presencia del imputado, extremo que impide únicamente la preconstitución de la prueba, pero no la valoración del resultado obtenido del registro por el Tribunal de instancia a la vista de las declaraciones testimoniales de los policías que redactaron el atestado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) El núcleo de la argumentación en que se apoya el motivo es el siguiente: a los que fueron imputados en el procedimiento, F. y F.G., les fueron intervenidas las comunicaciones que transmitían y recibían desde sendos teléfonos, sin que esta intervención, ni las causas que la motivaban, les fuesen notificadas, aunque no se había declarado el secreto de las actuaciones, lo que les impidió ejercer el derecho de defensa. El razonamiento no deja de tener una aparente consistencia pero, analizado en profundidad, revela una debilidad que impide el acogimiento del motivo. El art. 579.3 LECr. autoriza al juez a acordar, mediante resolución motivada, la observación de las comunicaciones telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. Podría decirse que si sobre una persona existen indicios de responsabilidad criminal o se sospecha que la misma persigue fines delictivos, que son los presupuestos de la resolución judicial que acuerda la observación de sus comunicaciones, ya existe una imputación de acto punible a dicha persona por lo que, en principio y de acuerdo con el art. 118 LECr., ello debe ser puesto en su conocimiento para que pueda ejercitar el derecho de defensa mediante abogado y procurador, los cuales, según el art. 302 LECr., podrían en ese caso conocer las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. No obs-

tante, cuando judicialmente se autoriza la observación de las comunicaciones telefónicas de una persona en virtud de las sospechas —que tienen que ser necesariamente sólidas— acerca de su conducta delictiva, el buen sentido impone que la notificación de que se le imputa un acto punible sea demorada hasta que la observación confirme las sospechas puesto que, de otra forma, la finalidad de la misma quedaría seguramente frustrada. Es más, debe tenerse en cuenta que una suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones que pudiese ser conocida por el interesado, mediante el acceso a los autos en que la suspensión hubiese sido acordada, constituiría, paradójicamente, una violación del derecho fundamental garantizado en el art. 18.3 CE, toda vez que la restricción del derecho sería en la práctica absolutamente inútil y no estaría justificada. Se queja la parte recurrente, en este motivo, de que los imputados G. no pudieron ejercer el derecho de defensa porque con ellos no se cumplió lo dispuesto en el art. 118 LECr. sin haber sido previamente declarado el secreto de las actuaciones de acuerdo con el párrafo segundo del art. 302 de la misma Ordenanza procesal. Pero debe oponerse a esta alegación que, aunque para extremar el rigor de las garantías procesales, sea aconsejable decretar el secreto de las actuaciones tan pronto se adopta una medida que debe mantenerse reservada, como es el caso de la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones, resulta lógico estimar que en una resolución judicial que acuerda tal medida el mandato del tradicionalmente lla-

mado secreto sumarial se encuentra siempre implícito porque el mismo pertenece, por decirlo así, a la lógica de la situación. No se han producido, en consecuencia, las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en el segundo motivo que, en consecuencia, debe ser rechazado.

Tercero.—En el tercer motivo, residenciado como los anteriores en el art. 5.4 LOPJ, se denuncia (...) que no se haya declarado nulo el registro practicado por la Policía en el camión donde fue encontrada la droga y, en segundo lugar, que el resultado de dicho registro haya sido valorado como prueba de cargo por el Tribunal de instancia. Tampoco este motivo de casación puede encontrar una favorable acogida en esta Sala. Debemos comenzar por decir que lo establecido por el art. 11.1 LOPJ, invocado por la parte recurrente en apoyo de su pretensión de nulidad del registro, es la prohibición de que surtan “efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Quiere esto decir que lo que deben hacer los tribunales ante una prueba en que, directa o indirectamente, se hayan violentado los derechos o libertades fundamentales, no es exactamente declarar la nulidad de la diligencia correspondiente sino, sencillamente, abstenerse de dar valor probatorio a su resultado. Esto supuesto, hay que insistir en que el indispensable presupuesto de la expulsión de una prueba del procedimiento es que, en su práctica, se haya vulnerado uno de los derechos y libertades reconocidos en la sección 1ª del capítulo II del título I de la CE. Entiende la parte recurrente que la Policía vulneró uno de estos derechos de sus representados al registrar el camión sin que aquéllos estuviesen presentes. Pero no tiene razón cuando esto sostiene. Descartado que el remolque frigorífico de un camión —obviamente dedicado sólo a la carga de mercancías— esté amparado por la inviolabilidad constitucional del domicilio, la única garantía que es exigible en la práctica de su registro es la establecida genéricamente en el art. 333 LECr. que —innecesario es decirlo—

debe ser respetado también por la Policía Judicial cuando, para cumplir las funciones que le encomienda el art. 282 LECr., tiene que averiguar lo que presumiblemente se esconde dentro de un vehículo. Dispone el mencionado art. 333 LECr., en su párrafo primero, que “cuando al practicarse las diligencias enumeradas en los artículos anteriores” —entre las que se encuentra la de recogida de las pruebas materiales de la perpetración de un delito a que se refiere el art. 326— “hubiese alguna persona declarada procesada como presunta autora del hecho punible, podrá presenciarlas, ya sola, ya asistida del defensor que eligiese o le fuese nombrado de oficio, si así lo solicitara; uno y otro podrán hacer en el acto las observaciones que estimen pertinentes, las cuales se consignarán por diligencia si no fuesen aceptadas”. Para la efectividad de este derecho, que expresamente se reconoce a quien se halle privado de libertad, establece el segundo párrafo del art. 333 la obligatoriedad de poner en conocimiento del procesado el acuerdo relativo a la práctica de la diligencia. Sustituyendo la referencia al procesado por la que hoy debe hacerse al imputado y partiendo del hecho incontestable de que los ahora recurrentes, tenían ya la condición de imputados al momento de realizarse el registro del camión, debe reconocerse que en la diligencia de que estamos tratando se infringió abiertamente el art. 333 LECr. Ninguna infracción procesal carece ciertamente de relevancia pero no todas tienen la misma. La que acabamos de señalar —denunciada por la parte recurrente— vedaba, por supuesto, que el registro accediese al juicio oral como prueba preconstituida en tanto no se había observado en él una formalidad legal orientada a garantizar la efectividad del principio de contradicción. Pero nada se oponía a que el Tribunal llegase al convencimiento de que, realmente, el registro produjo el resultado que constaba en el atestado valorando para ello, “según las reglas del criterio racional” las declaraciones prestadas en el juicio oral, ya con la garantía de la contradicción entre otras, por los funciona-

rios de Policía que lo practicaron. Ello era perfectamente posible porque, de un lado, la infracción del art. 333 LECr. no había vulnerado un derecho fundamental —es claro que no todos los derechos que la ley procesal reconoce a las partes tienen este rango— y, de otro, el Tribunal puede dar a las declaraciones de los funcionarios de la Policía

judicial, según el art. 717 LECr., el mismo valor que a cualquier otra testifical siempre, claro está, que no se trate de declaraciones con las que se intente introducir en el juicio oral una prueba constitucionalmente ilegítima por quienes, mediante la violación de un derecho fundamental, han provocado dicha ilegitimidad.

Sentencia 1112/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 12 de junio de 2001

ALCANCE DE LAS FUNCIONES DE VIGILANTES JURADOS.

Arts. 490 LECrim. y 11 de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

La Sala procede al examen de las funciones encomendadas a los vigilantes jurados conforme a las leyes reguladoras, extrayendo la consecuencia de que la actuación en el caso de autos procediendo a la detención de los posteriormente acusados, al registro de un automóvil con el consentimiento de los mismos y a la inmediata puesta a disposición de la Policía Nacional fue correcta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)El artículo 11 de la Ley 23/1992, de 30/7, de Seguridad Privada establece las funciones a desempeñar por los vigilantes de seguridad, siendo una de ellas la consignada en la letra d) de su apartado 1º, “poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, no pudiendo proceder al interrogatorio de

aquéllos”, lo que reproduce el artículo 71.1.d) del Reglamento de Seguridad Privada aprobado por Real Decreto 2364/94, de 9/12. Por otra parte, el artículo 490 LECrim. autoriza la detención por cualquier persona de aquél que intentare cometer un delito o en el momento de ir a cometerlo, así como al delincuente “in fraganti”, entre otros supuestos. Se trata desde luego de actuaciones a prevención pero que sin duda alcanzan las medidas necesarias y proporcionadas para asegurar la puesta a disposición de la autoridad o de sus agentes del delincuente, así co-

mo de los efectos, instrumentos y pruebas de los hechos presuntamente delictivos, por lo que no puede sostenerse la existencia de la extralimitación que se denuncia en la medida que la misma se desarrolla dentro del marco de la habilitación legal mencionada anteriormente, donde incluso es posible la detención a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Tampoco se ha vulnerado ningún derecho fundamental cuando el vigilante jurado requiere a los acusados la entrega de la llave de la furgoneta al objeto de comprobar si en la misma guardaban otros objetos sustraídos en el establecimiento y no sólo porque dicho vehículo es ajeno al concepto constitucionalmente protegido de domicilio, sino porque el hoy recurrente entrega voluntariamente la llave del mismo al coimputado consintiendo de esta forma la inspección pretendida por el vigilante. Tampoco del relato fáctico se deduce la existencia de declaración o interrogatorio alguno a

los acusados, sino la práctica de pesquisas o informaciones relativas a su conducta en el interior del establecimiento, y por ello no se vulnera la expresa prohibición contenida en el artículo 11 citado referida al interrogatorio de los presuntos delincuentes, pues ni formal ni materialmente cabe confundir la mera pesquisa con la declaración del imputado, previa información de sus derechos y asistencia letrada, puesto que no se trata de perseguir una declaración autoinculpatoria sino de verificar unos hechos objetivos percibidos directamente por el vigilante dentro de las funciones previstas en la Ley de Seguridad Privada (artículo 11.1.d) mencionado). Por último, la detención está justificada ex artículo 490 LECrim., en las circunstancias expresadas en el “factum”, no sólo por los hechos presuntamente delictivos cometidos en el interior del Centro comercial sino también por el hallazgo de una gran cantidad de pastillas dentro de la furgoneta.

Sentencia 1124/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 13 de junio de 2001

TENTATIVA INIDÓNEA.

Art. 16 Código Penal

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

SÍNTESIS

Sostiene la sentencia que el nuevo Código Penal no ha modificado la punibilidad de la tentativa inidónea, añadiendo incluso que la distinción entre tentativas idóneas e inidóneas carece de razón de ser.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Sostiene además la Defensa que se debió considerar que se trata de una tentativa inidónea, dado que los medios uti-

lizados eran totalmente ineficaces para la apertura de gruesas puertas blindadas. De ello deduce el recurrente que el hecho debió quedar impune.

El motivo debe ser desestimado.

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido que la reforma del art. 16 CP. 1995 no ha modificado la punibilidad de la tentativa inidónea. Si bien dos sentencias aisladas de esta Sala han llegado, inmediatamente después de la entrada en vigor del CP. 1995, a una conclusión diversa, lo cierto es que las decisiones posteriores han establecido lo contrario (confr. SSTs 21 de junio de 1999; 13 de marzo de 2000; 2 de junio de 2000). La Sala ha señalado que la expresión “objetivamente” no implica idoneidad de los medios o del objeto. Por el contrario, de lo que se trata es que la producción del resultado no debe depender de la imaginación o fantasía del autor, sino de un plan que tenga un fundamento racional. Tal es el caso del intento de abrir una puerta mediante una palanca. Es cierto que si las puertas estaban

blindadas el método utilizado no producirá el resultado esperado, pero no es menos cierto que nadie duda de la idoneidad de la tentativa del que dispara sobre otro un arma de fuego y no lo mata porque, sin saberlo, el sujeto pasivo tenía un chaleco antibalas. Dicho con otras palabras: la idoneidad del medio no desaparece por el hecho de que el objeto tenga una protección superior a la esperada por el delincuente.

La distinción entre tentativas idóneas e inidóneas, como lo viene señalando un importante sector de la doctrina, carece de razón de ser y no puede ser el fundamento político criminal de la no punibilidad de las supuestas tentativas inidóneas. Es claro que, contemplada la acción ex-post, toda tentativa es inidónea, pues de lo contrario, la acción hubiera conducido a la realización del tipo.

Sentencia 1164/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 18 de junio de 2001

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO.

Arts. 121 Código Penal; 72.1 Ley Penitenciaria; 192, 62 y 65 Reglamento Penitenciario

Ponente: **Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel**

SÍNTESIS

La Sala declara la imposibilidad de atribuir la responsabilidad subsidiaria al Estado por los daños derivados de la conducta de un condenado en situación de libertad condicional, debiendo canalizar en su caso la pretensión resarcitoria a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial previsto en el art. 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—El tercer Motivo también sirve para denunciar infracción de Ley, por inde-

bida inaplicación, del art. 121 del vigente Código Penal en relación con los arts. 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 192, 62 y 65 del Reglamento Penitenciario

que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, y las disposiciones concordantes del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

Advierte el Ministerio Público que la Sala de instancia entiende que no cabe hablar de responsabilidad civil subsidiaria del Estado por cuanto el acusado que, al tiempo de los hechos, era un liberado condicional —desde 21 de marzo de 1995, fecha del Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria competente— y, por ende, técnicamente un penado, no está incurso en ninguno de los supuestos que el art. 121 o, incluso, el 120.3 prevén para declarar tal responsabilidad civil subsidiaria, ni tampoco se siguió la causa contra el funcionario público responsable del asesinato de cinco mujeres y del incorrecto funcionamiento de los servicios públicos, el control penitenciario y/o postpenitenciario que hubiere impedido los luctuosos sucesos referidos.

El propio Fiscal asume que en “un plano de rigurosa, estricta y formal aplicación de la Ley, el motivo estaría abocado al fracaso, pues en efecto, como señala el Tribunal «a quo», no se dan los requisitos que exige el citado art. 121 del Código Penal para derivar una responsabilidad civil subsidiaria del Estado, a saber: que los responsables del daño sean funcionarios públicos o agentes contratados de Autoridad en el ejercicio de sus cargos, que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que estén confiados a aquéllos y que se exija en el seno del proceso penal la responsabilidad civil del funcionario causante”.

De ahí que se acuda a razones de justicia material, invocando, incluso, el Derecho a la Tutela Judicial efectiva y el principio “pro actione” para justificar la denuncia.

Tan forzado argumento, pese a perseguir un loable propósito, no es asumible por esta Sala aunque se instrumenten razones de incomodidad, dilaciones, gastos e inconvenientes a fin de eludir la puesta en funcionamiento del procedimiento legalmente pre-

visto —que el propio recurrente reseña e implícitamente reconoce como adecuado— para reclamar de la Administración la responsabilidad patrimonial correspondiente de acuerdo con el art. 142 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y ello, porque la objetivación de la responsabilidad subsidiaria ha alcanzado ya los límites propios de un Estado social y democrático de Derecho. De ahí que, por más empeño que ponga el acusador público —con citas jurisprudenciales aproximativas o analógicas—, en conseguir en este orden jurisdiccional una compensación para los herederos y familiares de las víctimas, dicho objetivo resulte inalcanzable so pena de trastocar el propio orden constitucional que se invoca. La Tutela Judicial efectiva no se resiente cuando existen mecanismos normativos de compensación específicamente previstos que garantizan —aun cuando se discurra por caminos más lentos o complejos— la protección y obtención de intereses protegidos legalmente. (...)

Noveno.—El cuarto Motivo también utiliza la vía del n.º 1 del art. 849 de la LECr. al entender quien recurre que la Sentencia de instancia al no declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado ha infringido los artículos 120.1 y 121 del C. Penal en relación con los arts. 9.3 y 103.1 de nuestra Constitución “que contienen el principio de responsabilidad de los poderes públicos y el principio de eficacia en la Administración Pública, puesto que a la vista de la existencia de negligencia en la actuación de la Administración Penitenciaria en los términos expuestos en el Motivo Segundo del presente recurso, debió decretarse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en el pago de la indemnización fijada en favor de mi representada como consecuencia del hecho delictivo cometido en su persona por el liberado condicional J.F.V. (...)

Es cierto que los preceptos sustantivos precitados, por la naturaleza civil de su contenido, permiten una interpretación extensiva e, incluso, analógica, inadmisibles respec-

to a una norma puramente penal, más ni los principios de “culpa in vigilando” o “in eligendo” ni la teoría de la creación del riesgo, permiten extender a la Administración, por vía de subsidiariedad, la responsabilidad civil cuestionada. Como señala la sentencia de 26 de marzo de 1999, naturalmente la Administración debe responder, por expreso mandato del art. 106.2 CE, de los daños y perjuicios derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, no sólo cuando en el curso de ese funcionamiento se haya producido una conducta delictiva de uno de sus empleados, sino en cualquier caso que no fuese de fuerza mayor, pero del art. 121 CP se desprende con toda claridad que cuando el daño sobrevenido con motivo del funcionamiento de un servicio público no es consecuencia de un hecho del que deba responder criminalmente una autoridad, funcionario, agente o contratado de la Administración, la responsabilidad patrimonial de ésta habrá de ser exigida de acuerdo con las normas de procedimiento administrativo, esto es conforme a las disposiciones del Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. De ahí que nos parezca correcta la conclusión que —después de la valoración de la prueba que incide sobre la vida penitenciaria del acusado en la fase final de cumplimiento de una condena anterior y su situación en libertad condicional— establece la Sala “a quo” en el inciso final del fundamento jurídico precitado al decir:

“Por lo aquí expuesto, como consecuencia del exhaustivo debate procesal en torno a la responsabilidad civil del Estado, no

apreciamos negligencia alguna en la administración penitenciaria. Todas las situaciones por las que atravesó J. F. como penado respondían a la legalidad y estaban ajustadas a decisiones técnicas que no se muestran como irregulares en atención a los datos que por entonces posibilitan el juicio predictorio sobre el comportamiento del liberado. Las lamentables consecuencias que el funcionamiento normal de las instituciones jurídicas ocasiona, cuando —como en este caso— se centran de manera tan severa en ciudadanos concretos, merecen ser paliadas con ayudas públicas y no condicionadas a causalidad culpable alguna. Así se desprende del Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos de 1983 que fija como principios inspiradores la equidad y solidaridad social, y también la Resolución 40/30 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1985, haciéndose eco de éstas nuestra Ley de Ayuda a las Víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual (Ley 35/1995 de 11 de diciembre), pero su posible insuficiencia no puede empujar a buscar causas que posibiliten una indemnización derivada de una hipotética disfunción cuando ésta no se hace patente. Naturalmente también los perjudicados tienen la vía establecida en el art. 139 y 141.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre.”

Desestimación que, por otra parte, coincide con el criterio interpretativo sobre las condiciones de aplicación del art. 121 del C. Penal acordado por este Tribunal constituido en Sala General en su reunión del 26 de mayo de 2000.

Sentencia 1197/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 20 de junio de 2001

FRAUDE DE SUBVENCIONES.

Art. 308 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia entiende que cabe configurar por “adición” o “acumulación” una conducta típica de cooperación necesaria en fraude de subvenciones pese a que se cooperó en sucesivas infracciones administrativas. A tal efecto aduce la identidad sustancial entre delito e infracción administrativa en este ámbito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)2. La tesis del quinto motivo del recurso puede ser condensada en pocas líneas: la participación requiere siempre que el hecho principal sea punible como delito o como falta y la participación en una infracción administrativa sólo puede ser sancionada como infracción administrativa. La Sala no comparte ninguna de las afirmaciones.

a) La primera parte del argumento se basa, implícitamente, en la suposición de una diversidad esencial (ontológica diría una antigua doctrina) que en la actualidad se considera totalmente abandonada. La doctrina moderna europea, por el contrario, es prácticamente unánime: entre el ilícito del delito, de las faltas y de las infracciones administrativas no existe más que una diferencia externa, constituida por la especial de consecuencia jurídica que se prevé para tales ilícitos y que depende de una decisión del legislador. El derecho comparado ratifi-

ca y refleja claramente este punto de vista. En Francia y en Italia es manifiesta la tendencia a trasladar al campo de las infracciones administrativas las contravenciones (penales) sancionadas con multa (así la Ley italiana de 24 de diciembre de 1975 n. 706). En Alemania el 1 de la Ley de Infracciones de Orden (OWiG) define estos ilícitos de tal manera que no existe ninguna diferencia conceptual con el delito, pues “una contravención de orden —dice dicha disposición— es una acción antijurídica y reprochable, que realiza el tipo contenido en una ley, que permite su sanción con una multa administrativa”. A todo ello se debe agregar que la identidad esencial de las ilicitudes de delitos, faltas y sanciones administrativas se ve ratificada por la vigencia de los mismos principios constitucionales en uno y otro sector legislativo; en efecto: el Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde la STC 18/1981, que “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifes-

taciones del ordenamiento punitivo del Estado”.

b) La segunda parte del argumento, a su vez, presupone una errónea concepción de la accesoriidad de la participación. Como es sabido y generalmente admitido en el derecho vigente rige el criterio de la accesoriidad limitada, según el cual toda participación presupone un hecho principal típico, antijurídico y doloso. Por lo tanto, el derecho positivo excluye otros criterios que ya nadie postula seriamente en esta materia: las llamadas accesoriidad extrema, que requiere que el hecho principal sea culpable, y la hiperaccesoriidad, que exigiría también la punibilidad del hecho principal.

Por otra parte, el propio legislador ha puesto de manifiesto que entre la infracción administrativa de fraude de subvenciones y la falta del mismo ilícito no existe diferencia esencial alguna. Ello se percibe en la introducción de una falta respecto de las subvenciones comunitarias en el art. 628 CP, que vino a compensar el silencio de la LG Presupuestaria con relación a estas subvenciones. Es obvio que desde un punto de vista de la ilicitud no existe ninguna diferencia entre la defraudación de una subvención comunitaria y otra nacional: ambas son defraudaciones al presupuesto de menor gravedad que un delito.

El propio texto legal, art. 28 CP (art. 14 CP 1973), sólo exige un “hecho” como referencia de la acción del partícipe, pero el art. 27 (art. 12 CP 1973) sólo se refiere a los delitos y las faltas. Cabría, entonces, preguntar si el art. 27 CP puede llegar a constituir un obstáculo a la punibilidad de la cooperación necesaria en infracciones administrativas. La respuesta negativa es consecuencia, a juicio de esta Sala, de la identidad esencial de las faltas y las infracciones administrativas, que ya hemos señalado en a). Es evidente que si unas y otras sólo se diferencian exteriormente por la consecuencia jurídica y si, además, la sanción de unas y otras se rige por los mismos principios constitucionales (confr. las SSTC 18/81; 140/86; 61/90 entre otras; en el mismo sentido SSTC

16 de diciembre de 1986; 20 de enero de 1987; 13 de junio de 1990), la diferencia no afecta ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la exigencia de un cierto elemento subjetivo en el hecho principal.

3. Comprobado lo anterior, no es posible poner en duda que en el presente caso se cumplen las exigencias de la accesoriidad limitada, dado que el hecho principal es típico, antijurídico y doloso. La identidad del tipo del delito de fraude de subvenciones (art. 308 CP) y de la infracción administrativa del mismo fraude (art. 82.3 LGP) es total hasta el punto que bien cabe considerar a la infracción administrativa como ilícito atenuado por la menor gravedad del daño producido. En ambos supuestos se trata de la infracción de la misma norma. Por lo tanto, si —como lo hace en forma general la doctrina— se define el tipo penal como el conjunto de elementos que determina la infracción de la norma por quien es destinatario de la misma, es decir, el sujeto del deber impuesto por la norma, no cabe duda que el tipo del delito y de la infracción administrativa coinciden y la única diferencia entre uno y otra se refiere a la punibilidad, es decir, a un aspecto de la infracción que no condiciona la accesoriidad de la participación. Tanto el tipo del delito como el de la infracción administrativa consisten en la obtención fraudulenta de una determinada especie de prestaciones estatales con daño del presupuesto estatal.

La Sala estima, en este sentido, que la cantidad de diez millones de pesetas prevista en el texto de los arts. 350 CP 1973 y 308 CP no puede ser sino una condición objetiva de la punibilidad, ajena al tipo penal en sentido estricto. La norma prohíbe tanto obtener fraudulentamente una subvención de una peseta como una subvención de diez millones de pesetas o más. No cabe ninguna distinción conceptual en lo referente a la norma de conducta. Es siempre la misma. El mayor o menor perjuicio no es, en consecuencia, un elemento de la infracción de la norma y, consecuentemente, tampoco del tipo que describe dicha infracción. Es, por

ello, sólo una condición que permite distinguir el perjuicio que fundamenta el carácter criminal de la infracción de la norma, ajena, sin embargo, al tipo penal.

d) Queda, por lo tanto, una última cuestión, referente a si la “cláusula de acumulación” prevista para las “infracciones contra el patrimonio” en el art. 69 bis CP 1973 y en el art. 74.2 CP puede ser aplicada a un partícipe, cuando no lo es al autor.

En primer lugar debe quedar claro que la cláusula de acumulación, no obstante estar prevista dentro de una disposición correspondiente al delito continuado, es aplicable a todo supuesto en el que una pluralidad de acciones produce varios resultados. Es decir, en las infracciones contra el patrimonio da igual que se trate de un delito continuado o de un concurso real; la cláusula de acumulación es, en todo caso, aplicable.

En segundo lugar, debemos señalar que la continuidad puede ser aplicable al hecho del autor o al hecho del partícipe. Cabe una participación continuada en hechos de unidad de acción de varios autores, y cabe —a la inversa— también una participación en unidad de acción de uno o varios partícipes en una infracción continuada de un único autor.

La acumulación, por lo tanto, debe operar como una causa personal de agravación de la pena en los términos del art. 60 CP

1973 o art. 65.1 CP, dado que la cooperación en la producción de múltiples daños causados por diferentes autores es reveladora de una actitud personal (disposición moral) especialmente rebelde frente al orden jurídico. Ciertamente es que una parte de la doctrina sostiene que el art. 65 (antiguo art. 60) CP sólo es aplicable a las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas. Pero no es menos cierto que la jurisprudencia de esta Sala (ver STS de 13 de octubre de 1992) viene sosteniendo que rige también para las circunstancias específicas de los tipos de la parte especial (p.ej. en el asesinato o en el robo), dado que no existen entre unas y otras circunstancias razones que fundamenten una solución diferenciada y que el texto de la ley no distingue entre genéricas y específicas. No se debe olvidar tampoco que una parte de la doctrina, que considera que el art. 65 es aplicable sólo a las circunstancias genéricas, postula su aplicación por analogía a las específicas y que admite que en los casos de delitos especiales impropios el no cualificado sea punible según el delito genérico o, en todo caso, atenuadamente en los delitos especiales propios, con lo cual, en los resultados, se viene a coincidir con la solución jurisprudencial más tradicional.

En consecuencia, nada obsta en el presente caso para aplicar la cláusula de acumulación del art. 69 bis CP al recurrente, tal como lo ha hecho el Tribunal *a quo*.

Sentencia 1235/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 20 de junio de 2001

ESTAFA (MEDIANTE CHEQUE).

Art. 250.1 n.º 3 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano.**

SÍNTESIS

Analiza la sentencia la situación creada tras la desaparición del delito de cheque en descubierto y la simultánea presencia de una agravación de la estafa realizada mediante “cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio”, con las posibilidades concursales que de ahí resultan.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) 1. El supuesto fáctico controvertido hace referencia a la sustracción, que una doméstica o empleada de hogar, lleva a cabo del talonario de cheques perteneciente al dueño de la casa. Rellena diversos talones, imita la firma del titular y los presenta al cobro en 13 ocasiones, que van desde 3 de diciembre a 15 de enero, esto es, en un periodo de tiempo de poco más de un mes. El último talón no se hizo efectivo porque el titular de la cuenta da orden al Banco, de que no se pagara ninguno. Por ese procedimiento la acusada obtuvo, una cantidad próxima al medio millón de pesetas.

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

2. La cuestión principal es evitar la vulneración del principio “non bis in idem”, es decir, despejar la incógnita de si el delito de estafa cualificada, concretamente la “realizada mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio” absorbe a la falsedad en documento mercantil, cuando el ardid utilizado para producir engaño en el sujeto pasivo de la estafa lo integra un cheque falsificado.

Las posibilidades de resolver el conflicto planteado son tres:

a) Entender que la figura defraudatoria realizada mediante cheque, abarca también los supuestos falsarios, y no sólo las hipótesis de cheque en descubierto constitutivas de estafa. En tal caso la solución, que es la adoptada por la Audiencia, no ofrece dudas. Nos encontramos ante un concurso aparente de normas penales, a resolver por el principio de consunción (art. 8.3 C.P.), en favor

del tipo de estafa agravado, previsto en el art. 250.1.3.

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

c) Mantener la autonomía de ambas figuras delictivas y en particular del desvalor específico de la figura falsaria, independientemente de su posterior uso para estafar, y además evitar caer en un posible “bis in idem” prohibido.

Este supuesto conduciría a apreciar un concurso medial de delitos entre la falsedad en documento mercantil y la estafa básica del art. 248 del C.Penal.

(...)

8. (...) Realizadas las anteriores consideraciones teóricas “obiter dicta”, este Tribunal ha estimado que de las tres soluciones al problema planteado, la más correcta es la adoptada por la Audiencia, entendiendo que la estafa cualificada (art. 250.1.º3.º C.P.) cometida a través del cheque, contempla todas las posibles constelaciones de uso perverso e ilícito del medio de pago. Tanto si se engaña, a través de la apariencia de solvencia emitiendo un cheque sin cobertura, como si la maniobra fraudulenta se instrumentaliza mediante la falsificación de título valor, doblegando la voluntad del perjudicado para inducirle a la realización del negocio que ha de perjudicarlo, deben reputarse incluidos en el subtipo agravado que la Audiencia aplica.

Una interpretación gramatical del precepto no lo impide, bastando, según su dic-

ción literal, con utilizar el talón (falsificado o sin fondos) para consumir la estafa.

9. Es evidente, como puntualiza el Fiscal, que el cheque sin fondos constituye una conducta irrelevante penalmente y la falsedad en documento mercantil, integra un delito. Ahora bien, asumir tal consideración nos llevaría a una conclusión absurda, en los siguientes términos: Si para reaccionar punitivamente frente a todo el desvalor que la

conducta medio y la conducta fin encierran, se penaran la falsedad y la estafa por separado en concurso ideal instrumental, el legislador, con pretensiones de rigorizar la pena asignada a la totalidad de la conducta desvalorizada, habría conseguido el efecto contrario (art. 492 en relación al 248 C.P.), más benigno que castigando solamente la estafa cualificada (el límite máximo del castigo sería de cuatro años, en aplicación del art. 77 C.P.).

Sentencia 1232/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 22 de junio de 2001

PRINCIPIO ACUSATORIO.

Arts. 24.2 CE; 384 LECrim.

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

SÍNTESIS

La calificación jurídica contenida en el auto de procesamiento no vincula al Tribunal, por lo que no puede ser esgrimida para sustentar sobre ella una pretendida vulneración del principio acusatorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El tercer motivo de contenido casacional se formaliza por la vía del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denunciándose la vulneración del derecho fundamental de todo ciudadano a ser informado de la acusación y a no sufrir indefensión (art. 24.2 CE), que el recurrente basa conectándolo con el auto de procesamiento, en tanto en éste el juez de instrucción procesó por delito de homicidio en grado de tentativa, bajo cuya imputación formal se le reci-

bió indagatoria, siendo así que en trámite de conclusiones provisionales, elevadas a definitivas por la acusación pública, se calificaron los hechos como constitutivos de un delito de asesinato intentado, solución calificativa que igualmente la Sala aceptó, y por la cual fue condenado en la instancia el recurrente.

El principio acusatorio exige, conforme ha precisado el Tribunal Constitucional, la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir, “en primer término, que el hecho objeto de 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. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación” (...)

(...) en relación con el auto de procesamiento, la Sentencia de esta Sala de 29 de enero de 1996, sienta la siguiente doctrina: “el auto de procesamiento es un simple presupuesto de acceso del proceso a la fase plenaria, acordado en resolución motivada por Juez de instrucción en período sumarial por la que estima que de unos determinados hechos, de carácter ilícito, resultan provisoria-

mente indicios racionales de criminalidad atribuibles a persona concreta, pero no el instrumento de ejercicio de la acción penal, que únicamente se entiende fijada y promovida en el escrito de calificación de la acusación”.

De modo que lo sustancial del meritado auto de inculpación lo constituyen los hechos, no las calificaciones jurídicas que pueda el juez de instrucción introducir en tal resolución judicial, posibilitándose el pleno ejercicio del derecho de defensa respecto de tales hechos —objeto de la imputación judicial—, siendo el conocimiento de tales hechos el que debe proporcionarse al imputado, por lo que no se ha vulnerado el derecho fundamental cuestionado, debiendo, en consecuencia, desestimarse el motivo.

Sentencia 1237/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 25 de junio de 2001

DERECHO DEL DETENIDO A SER RECONOCIDO POR UN MÉDICO.

Arts. 520.2.f) LECrim.; 17.3 y 24.2 CE

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

SÍNTESIS

Expone la Sala el significado constitucional que tiene el derecho del detenido a ser reconocido por un médico, estando implícita en él su realización a la mayor brevedad puesto que si se dilata en el tiempo puede hacer ineficaz la práctica de ciertos análisis, con la consiguiente vulneración del derecho.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) El Tribunal “a quo” ha razonado en el fundamento jurídico quinto de la Sentencia recurrida que, a su entender, no se violaron con la citada actuación de la

Guardia Civil los derechos constitucionales que de nuevo se invocan ante esta Sala. No podemos compartir esta opinión. Para valorar desde una perspectiva constitucional dicha actuación, debe tenerse en cuenta: a)

que los derechos que se enumeran en el art. 520.2 LECr vienen a ser el desarrollo de algunos de los derechos fundamentales que al detenido y al imputado se reconocen en los arts. 17 y 24.2 CE; b) que con la proclamación del derecho del detenido a ser reconocido por un médico no se trata sólo de proteger —siendo esto, sin duda, de superlativa importancia— su integridad física frente a eventuales atentados contra la misma que pudieran producirse durante la privación de libertad, sino también su derecho a preparar determinados medios de defensa cuya efectividad pueda depender, como es el caso de la acreditación del estado de intoxicación en que puede encontrarse una persona en un determinado momento, de la rapidez con que se recojan los datos necesarios al efecto; c) que el mencionado derecho no queda satisfecho simplemente informando al detenido de que lo tiene sino arbitrando los medios para que, si desea ejercerlo, sea efectivamente reconocido por un médico en el más breve plazo posible; d) que, si no se procede de esta forma por la Autoridad judicial o por la Policía a cuya disposición está el detenido y, como consecuencia de la demora en atender su petición, el reconocimiento deja de tener objeto y se frustra la prueba que se pretendía preparar, ni la ausencia de los datos que pudo proporcionar el reconocimiento facultativo —ni, en su caso, el resultado eventualmente negativo de un análisis tardío— pueden ser subsanados con las declaraciones testimoniales de quienes con su actuación impidieron que el derecho encontrase efectiva satisfacción.

En el caso que hoy se somete a nuestra censura, la Guardia Civil instructora del atestado, que tuvo retenido al acusado en un cuartelamiento desde las 6 de la mañana, aproximadamente, del día de autos y que a las 8,30, al instruirle de sus derechos, supo que el mismo quería ejercer el de ser reconocido por un médico, prefirió dejar constancia en el atestado de que no presentaba signos de intoxicación alcohólica y esperar hasta las 16,15 horas para trasladarlo desde

Paiporta hasta el Hospital de Valencia a fin de que se le hiciesen análisis de orina y sangre, detectándose entonces una alta concentración, en orina, de cocaína y anfetamina así como una discreta presencia de cannabinoles, y nula presencia de alcohol etílico en sangre, lo que puede ser explicado por la relativa rapidez con que la alcoholemia desaparece. Hay que reconocer que, de esta manera, la Fuerza instructora burló el derecho que al acusado le reconocía el art. 520.2.f) LECr en relación con el art. 17.3 CE e, indirectamente, vulneró asimismo su derecho fundamental, garantizado en el art. 24.2 de la misma Norma, a utilizar un medio pertinente de defensa pues una dimensión de la misma dependía de que pudiese probar que, cuando cometió el hecho, se encontraba bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Es cierto que la ley no reconoce al detenido el derecho de ser reconocido “inmediatamente” por un médico, pero no lo es menos que el derecho quedaría vaciado de contenido si la solicitud de reconocimiento pudiese atenderse cuando le pareciese oportuno a la autoridad o funcionario requeridos, incluso en un momento en que el facultativo ya no tuviese cosa alguna que examinar.

Ocurre, sin embargo, que ni los efectos de la irregular actuación de la Fuerza instructora podrían ser subsanados a estas alturas, ni el hecho de que se incurriese en tal irregularidad permite que hoy declaremos probado el dato que el acusado quiso en su momento demostrar, esto es, la intoxicación etílica que pudo afectarle en el momento de cometer el delito. No porque se le privase entonces de la posibilidad de preparar en su defensa la alegación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, hemos de tener ahora por cierta la existencia del hecho que hubiese sido presupuesto de dicha circunstancia. No son éstas, con todo, las únicas causas que privan de practicidad, pese a su sólido fundamento, a este motivo de impugnación. A ellas debe añadirse, en primer lugar, que la parte recurrente no ha impugnado por vía procesalmente adecua-

da, en ninguna de las dos alzas que ha utilizado —ni en el recurso de apelación ni en el de casación— la declaración de hechos probados de la Sentencia del Tribunal del Jurado en que no se incluía pronunciamiento alguno sobre la pretendida intoxicación etílica del acusado y, en segundo lugar, que el Jurado, al declarar no probado que el acusado tuviese alteradas sus facultades mentales y volitivas al realizar el hecho, pudo hacerlo sobre la base de una prueba pericial y

testifical que únicamente incumbía al Jurado valorar, bien entendido que la prueba testifical a que nos referimos no estuvo integrada sólo por las declaraciones de los guardias civiles que practicaron las primeras diligencias. Es por ello por lo que, sin perjuicio de dejar hechas las consideraciones doctrinales que anteceden, debemos desestimar el primer apartado del primer motivo de casación.

Sentencia 1247/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 25 de junio de 2001

ASESINATO (ALEVOSÍA). “ANIMUS NECANDI”.

Art. 139 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar**

SÍNTESIS

Se resume con claridad la doctrina jurisprudencial en torno a la inferencia del “animus necandi” frente al simple dolo de lesionar, así como en relación a la naturaleza y clases de alevosía.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) A) Esta Sala viene señalando distintos criterios de inferencia sobre la concurrencia del “animus necandi”: 1.º) la naturaleza de las relaciones existentes con anterioridad entre el actor y la víctima: enemistad, amistad, indiferencia, desconocimiento (Sentencias de 8 de mayo de 1987; 21 de diciembre de 1990; 5 de diciembre de

1991); 2.º) la causa para delinquir, razón o motivo que provocó de manera inmediata la agresión (Sentencias de 15 de abril de 1988; 12 de febrero de 1990); 3.º) las circunstancias en que se produce la acción, valorando no solamente las condiciones objetivas de espacio, tiempo y lugar, sino el comportamiento de todos los intervinientes, en el conjunto de incidencias que desembocaron en la agresión, particularmente la concurrencia —y en su caso seriedad, gravedad y

reiteración— de actos provocativos, palabras insultantes o amenazas (Sentencias de 20 y 21 de febrero de 1987; 21 de diciembre de 1990); 4.º) las manifestaciones del agresor y de manera muy especial las palabras que acompañan a la agresión, que como dice la Sentencia de 15 de enero de 1990 “constituyen a veces confesión espontánea del alcance de la intención lesiva”, así como su actividad anterior, coetánea y posterior a la comisión del delito (Sentencias de 19 de febrero y 12 de marzo de 1987); 5.º) la personalidad del agresor y del agredido (Sentencia de 15 de abril de 1988); 6.º) como datos de especial relevancia, el arma empleada, el número e intensidad de los golpes, la zona del cuerpo afectada y la gravedad de la lesión ocasionada (Sentencias de 17 de diciembre de 1992; 13 de febrero de 1993; etc.).

No se trata sin embargo de un grupo de requisitos conjuntamente exigibles, sino de la indicación “ad exemplum” de distintos indicios susceptibles de valorarse en la construcción de una deducción lógica, a través de la cual obtener la certeza razonable sobre algo no perceptible sensorialmente (el ánimo de matar, de lesionar, etc.) a partir de los datos y circunstancias objetivas y materiales. El que la concurrencia de muchos de esos datos intensifique el rigor lógico de la deducción no significa que no quepa obtener la misma conclusión a partir de solo alguno o algunos de esos criterios cuando su importancia significativa permite por su misma elocuencia construir la inferencia con el mismo rigor lógico. (...)

B) Con relación a la alevosía, cuya concurrencia transfigura el homicidio en asesinato, integrándose en éste como elemento del tipo, ofrece dos aspectos complementarios que patentizan su carácter mixto,

pues su vertiente objetiva consiste en un “modus operandi” que asegura el resultado, elimina la posible defensa de la víctima, y en consecuencia, evita riesgos al agente, mientras que en su faceta subjetiva incluye un componente teleológico a cuyo tenor la tendencia que, —antes el art. 10.1.º C.P. 1973, y ahora el art. 22.1.º del vigente C.P.—, exige a los “medios, modos o formas en la ejecución” se traduce en que el dolo del agente ha de proyectarse tanto sobre la acción en sí como sobre la indefensión de la víctima (Sentencias de 27 de mayo y 26 de marzo de 1991, etc.), bien entendido que la situación no precisa ser creada o buscada de propósito porque basta su aprovechamiento.

En definitiva, su fundamento está, de acuerdo con la referida naturaleza mixta objetivo-subjetiva, en un plus de antijuridicidad y de culpabilidad (Sentencias de 19 de enero de 1991 y 4 de junio de 1992). Sobre tal base general la doctrina de esta Sala viene distinguiendo tres modalidades de alevosía: a) la proditoria, caracterizada por la trampa, la emboscada, la celada, la asechanza o el apostamiento; b) la súbita o inopinada cuando el agente desencadena el ataque “ex improvisu”, esto es, estando totalmente desprevenido el ofendido, al cual nada en el comportamiento de aquél le permite presagiar que va a ser agredido de una forma que impida todo intento defensivo; y c) la singularizada por el aprovechamiento por parte del culpable de una especial situación de desvalimiento, como sucede cuando el ofendido es un niño de corta edad, un anciano, se halla privado de razón o de sentido, gravemente enfermo, durmiendo o en estado de ebriedad (Sentencias de 3 de mayo de 1988; 27 de mayo de 1991; 14 de marzo de 1993; etc.). (...)

Sentencia 1250/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 26 de junio de 2001

DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

Arts. 319 y 338 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

Se ocupa por vez primera el Tribunal Supremo de la figura delictiva prevista en el art. 319 del CP, analizando cuestiones como la del sujeto activo, la eventual aplicación de la agravación prevista en el art. 338 del CP o la compatibilidad con las sanciones administrativas en materia urbanística. (Véase el comentario de ROCA AGAPITO en este mismo número de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercera.—(...) El motivo plantea la cuestión referente a quienes pueden ser considerados sujetos activos del delito. A este respecto debemos señalar que ya el artículo 264 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, derogado posteriormente por la Disposición Derogatoria Única de la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998, se refería como personas responsables de las obras que se ejecutasen sin licencia o con inobservancia de sus cláusulas, acreedoras de la correspondiente sanción por infracciones urbanísticas, al promotor, empresario de las obras y técnico director de las mismas, sin definir el alcance de dichas actividades o profesiones. También cabe citar otras normas extrapenales como son los artículos 1588 y siguientes CC, incluidos dentro de la regulación del arrendamiento de obras y servicios, obras por ajuste o precio alzado, refiriéndose a los contratistas, arquitectos, dueño de la obra o propietarios, sin fijar tampoco las condiciones profesionales de los mismos. Ha sido

posteriormente, como aduce el Ministerio Fiscal en su informe, 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 artículo octavo 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 considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, con 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 parte de las mismas con

sujeción al proyecto y al 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. Y esta situación posterior a la entrada en vigor de la Ley referida no es distinta a estos efectos a la existente con anterioridad a la misma, lo que significa que la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores, con independencia en relación con estos últimos de su responsabilidad fiscal o administrativa por falta de capacitación.

El argumento relativo a la previsión de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio contenida en el precepto, no puede excluir a las personas que promuevan o construyan sin licencia o excediéndose de la concedida, y que no sean profesionales, de la autoría del delito, pues no deja de tener sentido dicha inhabilitación aún en dicho caso, puesto que tales actividades están sujetas al régimen de licencia y autorización y ello ya comporta una relación con la Administración de que se trate, inhabilitación que conforme a lo dispuesto en el artículo 45 CP deberá concretarse expresa y motivadamente en la sentencia. Por otra parte, el argumento empleado por el recurrente relativo al conocimiento de las normas que resulten de aplicación es evidentemente innane si tenemos en cuenta el principio general proclamado por el artículo 6.º 1 CC según el cual la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, ello con independencia del juego del error ex artículo 14 CP, lo que no es el caso como con contundencia argumenta la Sala Provincial (fundamento jurídico cuarto). (...)

Cuarto.—También por la vía del artículo 849.1 LECrim. se denuncia indebida aplicación del artículo 338 CP. Lo que se sostiene es que la circunstancia agravante específica

que establece el mencionado precepto no es aplicable al supuesto calificado ex artículo 319.1 CP, por cuanto en éste ya se describe el ingrediente fáctico que constituye aquella agravación específica, con cita del artículo 8.3 CP que consagra el principio de absorción de los tipos penales.

El motivo tampoco puede prosperar.

El artículo 338 citado se inserta en las Disposiciones comunes aplicables a los delitos previstos en el Título XVI, es decir, los relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, estableciendo una agravación específica cuando dichas conductas afecten a algún espacio natural protegido. Sin embargo, el tipo cualificado contra la ordenación del territorio que se ha aplicado en este caso, 319.1, no incluye “per se” dicha calificación agravatoria, como sí sucede en el tipo descrito en el artículo 330 CP, y recuerda la Audiencia, sino que se limita a castigar a los que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección, luego la agravación implica algo cualitativamente distinto, es decir, que el espacio natural esté reconocido y haya sido ya calificado administrativamente como protegido, y siendo ello así debió operar la agravante específica, pues el delito base no comporta dicha cualidad fáctica específica. Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando afirma que el artículo 319.1 CP parte de un planteamiento protector general, mientras que la agravación reconoce un plus de protección cuando, además de los valores referidos en aquel precepto, el espacio natural haya sido reconocido como protegido. (...)

Quinto.—(...) La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la S. 2/1981, como recuerda la mucho más reciente 177/1999, ha venido considerando el “ne bis

in idem” como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora sancionado en el artículo 25.1 CE, que proscribe la duplicidad de sanciones, administrativa y penal, en los casos en que se aprecia la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de supremacía especial de la Administración que justificase el ejercicio de “ius puniendi” por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración. La S.T.C. 159/1987 declara que la sanción repetida de la misma conducta a través de procedimientos distintos que impide el principio mencionado afecta igualmente a la presunción de inocencia, “porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesivos o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado” (con cita de la STC 77/1983, fundamento jurídico cuarto). La S. 177/1999, citada más arriba, se ocupa de la vertiente material del principio, configurándolo como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, constituyendo un derecho de defensa de aquél frente a una desproporcionada reacción punitiva, de forma que “la interdicción del «ne bis in idem» no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental”.

El artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ocupa de la concurrencia de sanciones, disponiendo que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal y administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. A su vez, el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se ocupa igualmente de esta cuestión en sus artículos 5.º y 7.º, refiriéndose este último a las vinculaciones al orden jurisdiccional penal.

Pues bien, aplicando la precedente doctrina al caso concreto no puede llegarse a la conclusión pretendida por el recurrente, es decir, la vulneración del principio que conlleva la interdicción de la doble sanción, administrativa y penal, por unos mismos hechos.

No existe identidad del hecho objeto de la sanción. Ni en los expedientes administrativos mencionados más arriba ni entre éstos y los hechos objeto de la sanción penal. En el expediente 15/1996 se fijan como hechos objeto del mismo la construcción de una edificación sin autorización dentro del espacio natural, mientras que en el 1/1997 la acotación fáctica se refiere a continuar construyendo dentro de los límites del espacio natural. Las denuncias son formuladas, respectivamente, el 26 de mayo de 1996 y el 16 de enero de 1997. Los hechos probados de la sentencia impugnada se refieren no sólo a los ingredientes fácticos tenidos en cuenta en los expedientes administrativos mencionados, sino que se añade que a los siete días de recibir la notificación de la resolución definitiva de 16 de mayo de 1997, “los Agentes Forestales comprobaron como se continuaba en la construcción de la vivienda y, en concreto, se procedía a dividir interiormente la planta superior de la vivienda”. Es decir, la dimensión fáctica que lleva a la jurisdicción penal al conocimiento y sanción de los hechos no coincide con los antecedentes de hecho de los expedientes administrativos sino que, abarcándolos, se

refiere también a una situación fáctica nueva posterior a los mismos que exaspera la indisciplina urbanística del acusado hasta el extremo de hacerla penalmente relevante.

Los nuevos tipos penales que integran el Título XVI, Libro II, CP 1995, y concretamente los descritos en el Capítulo I bajo el epígrafe “de los delitos sobre la ordenación del territorio”, denominados también delitos urbanísticos, no dejan de constituir la traducción penal de infracciones administrativas preexistentes, lo que plantea problemas de diversa índole, que incluso afectan al principio de legalidad, si tenemos en cuenta la suma de conceptos normativos extrapenales que conllevan y en muchos casos su naturaleza de normas en blanco, habiéndose cuestionado incluso la vigencia del principio de intervención mínima que debe tener en cuenta el Legislador en relación con la Legislación penal. No obstante, la indisciplina urbanística generalizada y la falta de efectividad de la actuación administrativa sin duda ha llevado a aquél a la introducción de la respuesta penal en los supuestos definidos en el Código de 1995. Sin embargo, ello sí debe ser un punto de partida para el intérprete en el entendimiento de que las infracciones administrativas descritas en la norma penal deben alcanzar “per se” un contenido de gravedad suficiente, lo que no será fácil decidir siempre. Desde esta perspectiva la reiteración o exasperación de las conductas atentatorias contra el bien jurídico protegido por la norma penal debe alcanzar entidad suficiente para justificar su aplicación, como sucede en el presente caso, siendo ello compatible con la sanción administrativa concreta y referida a aspectos parciales de dicha conducta que no tienen por qué participar necesariamente del mismo fundamento sancionador que los delitos.

plina urbanística generalizada y la falta de efectividad de la actuación administrativa sin duda ha llevado a aquél a la introducción de la respuesta penal en los supuestos definidos en el Código de 1995. Sin embargo, ello sí debe ser un punto de partida para el intérprete en el entendimiento de que las infracciones administrativas descritas en la norma penal deben alcanzar “per se” un contenido de gravedad suficiente, lo que no será fácil decidir siempre. Desde esta perspectiva la reiteración o exasperación de las conductas atentatorias contra el bien jurídico protegido por la norma penal debe alcanzar entidad suficiente para justificar su aplicación, como sucede en el presente caso, siendo ello compatible con la sanción administrativa concreta y referida a aspectos parciales de dicha conducta que no tienen por qué participar necesariamente del mismo fundamento sancionador que los delitos.

Sentencia 1277/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 26 de junio de 2001

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Art. 579 LECrim.

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

SÍNTESIS

Acordada la intervención de las comunicaciones en relación con un delito de tráfico de drogas y descubierto, por su medio, uno de blanqueo de dinero, la Sala considera que no se ha producido vulneración alguna del principio de especialidad del delito a investigar y de la doctrina del “hallazgo casual” alegada por el recurrente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Existe un consolidado cuerpo de doctrina de esta Sala que en relación a

las intervenciones telefónicas (...) tiene precisados los requisitos de clara legalidad constitucional que permiten el sacrificio de

un derecho fundamental como es el del secreto de las comunicaciones (...).

Las exigencias de legalidad constitucional son, en síntesis tres: judicialidad de la medida, excepcionalidad y proporcionalidad.

La denuncia del recurrente se centra en la falta de la primera en relación a la especialidad del delito a investigar, por estimar que se ha vulnerado la doctrina del “hallazgo casual”, según el cual, cuando se autoriza la vulneración de algún derecho fundamental por el interés superior de investigar un delito concreto del que se ofrecen indicios de comisión y en el curso de la investigación aparece otro delito distinto, debe solicitarse de la autoridad judicial nueva autorización para la investigación del nuevo delito, tras la inmediata comunicación de este hallazgo.

Como ya se ha anunciado la denuncia efectuada no puede prosperar. Un análisis de las actuaciones, posible dado el cauce casacional de vulneración de derechos constitucionales pone de manifiesto el cumplimiento del protocolo de autorización de intervenciones telefónicas, según la consolidada doctrina de esta Sala a la que se ha hecho referencia. El objeto era la investigación de una red de personas encargadas de introducir drogas pero de este dato no puede derivarse la quiebra del principio de especialidad delictiva en la intervención telefónica autorizada aunque el resultado tiene el descubrimiento de persona que se dedicaba a blanquear dinero procedente de drogas y ello, porque las investigaciones se orientaban a la introducción de drogas, y este dato aparecía confirmado en las propias conversaciones que fueron escuchadas en el Plenario y en las que con el empleo de un lenguaje equívoco y lleno de sobreentendidos —lo que es usual en estos casos como la experiencia acredita una y otra vez— los términos empleados pueden tener un significado en clave de drogas, o como posteriormente se acreditó, se referían a remesas de dinero. Ello pone de manifiesto que no se ha producido una violación de la doctrina del “ha-

llazgo casual” porque ello supone de manera clara e indubitada la aparición de un delito diferente al investigado en el curso de la propia investigación, y en el caso presente, fue precisamente al finalizar la investigación, cuando se obtiene la evidencia de que las conversaciones se referían a dinero, y evidentemente, el causante de la oscuridad y ambigüedad del lenguaje, no puede oponer la misma en su favor, antes al contrario a él deben serle imputables los efectos que cause esa consciente actuación. No ha habido quiebra del principio de especialidad delictiva.

Por sí solo este solo argumento sería suficiente para desestimar la denuncia casacional formalizada, pero a ella, puede unirse otro argumento ya recogido en la sentencia de instancia, cual es la íntima conexión existente entre el delito de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico, y el propio delito de tráfico de drogas, ya que precisamente el móvil de éste es el enriquecimiento económico, y el blanqueo constituye el maquillaje imprescindible para dar apariencia legal al origen del dinero. Ciertamente que ambos delitos tienen sustantividad propia y se encuentran actualmente sistemáticamente en títulos diferentes. —Delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico y delitos contra la seguridad colectiva—, pero este dato no puede hacernos olvidar que el cambio sistemático operado en relación al actual Código Penal donde el blanqueo de dinero procedente de la droga se tipificó dentro de la misma sección de los delitos contra la salud pública —antiguo artículo 344 bis h, introducido por L.O. 8/1992 de 23 de diciembre—, ha sido debido exclusivamente a la concepción del delito de blanqueo como delito autónomo —STS 1637/1999 de 10 de enero de 2000— que atenta contra el Orden Económico, cualquiera que sea el tipo de delito del que procedan los caudales blanqueados, —a diferencia del Código anterior que lo circunscribía exclusivamente al tráfico de drogas—, aunque se sigue reconociendo este inicial

origen en la medida que se prevé un tipo agravado —segundo apartado del párrafo 1º del art. 301— cuando se trate de dinero procedente de delitos de tráfico de drogas.

En definitiva, el tráfico de drogas tiene un carácter pluriofensivo como paladinamente se reconoce en el Convenio de Viena de 20 de diciembre de 1988 —BOE 10 de noviembre de 1990— cuyo Preámbulo califica el tráfico de drogas como “...grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases eco-

nómicas, culturales y políticas de la Sociedad...” añadiendo más adelante que el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él “...socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los estados...” y desde esta realidad innegable, no puede estimarse quiebra del principio de especialidad delictiva en la autorización de intervención telefónica el delito de blanqueo procedente de droga con el propio delito de tráfico de drogas.

Sentencia 857/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 29 de junio de 2001

TRIBUNAL DEL JURADO Y CONEXIDAD.

Arts. 17.5 LECrim. y 5.2º LOTJ

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

SÍNTESIS

Aplicando el criterio jurisprudencial adoptado por el Pleno de la Sala de 5 de febrero de 1999 se excluye la competencia del Tribunal del Jurado en el supuesto de delitos conexos del art. 17.5.º de la LECrim.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) nos encontramos ante un supuesto de delitos conexos que se desarrollan en una secuencia temporal y espacial continuada, y que por su íntima relación deben ser objeto de enjuiciamiento conjunto para no romper la continencia de la causa. También es claro que, al menos entre los dos delitos contra las personas objeto de acusación (los dos disparos, el calificado de homicidio consumado y el calificado provisionalmente como lesiones, pero que también podría eventualmente ser calificado en conclusiones definitivas como homicidio intentado), la conexidad existente es la prevenida

en el art. 17.5º de la L.E.Criminal: los diversos delitos imputados a una persona y que tengan analogía o relación entre sí a juicio del Tribunal.

Pues bien, si es cierto que en cuanto a los supuestos de conexidad prevenidos en los cuatro primeros apartados del art. 17 de la L.E.Criminal (comisión simultánea por dos o más personas reunidas, comisión previo concierto mutuo, comisión medial y comisión para impunidad), el art. 5.º 2 de la Ley del Jurado establece con claridad la “vis atractiva” de la competencia del Tribunal del Jurado, también lo es que el último supuesto de conexidad, (la conexidad subjeti-

va, prevenida en el art. 17.5º) que es precisamente el supuesto que aquí concurre, ha quedado legalmente excluido de dicha expansión competencial.

Cuarto.—En consecuencia es claro que el Legislador ha querido excluir los supuestos de conexidad subjetiva de la competencia del Tribunal del Jurado. Como señala acertadamente el Tribunal sentenciador en la doctrina se ha justificado esta exclusión como una norma de tutela de la institución del Jurado, dada la excesiva amplitud de esta última causa de conexidad, que podría determinar la atribución al Jurado del conocimiento de supuestos muy complejos y de tipos delictivos muy diversos, totalmente ajenos a los que en el criterio legislativo debería conocer el Jurado, dificultando con ello su funcionamiento.

Debe deducirse, por tanto, de esta disposición legal que en los supuestos de conexidad subjetiva en los que concurren delitos competencia del Tribunal del Jurado con otros cuyo conocimiento no le venga legalmente atribuido, y en los que no sea posible el enjuiciamiento separado para no romper la continenia de la causa, la competencia no corresponderá, como norma general, al Jurado sino al Tribunal que resulte competente conforme a las reglas generales del art. 14 de la L.E.Criminal. Es decir que la competencia se atribuirá a la Audiencia Provincial o al Juzgado de lo Penal en función de la pena legalmente señalada para el más grave de los delitos objeto de acusación, incluido obviamente el delito inicialmente atribuido al Jurado. Cuando, como en el caso actual, uno de dichos delitos —el asesinato— tiene atribuida legalmente una pena superior a cinco años de prisión, la competencia corresponde a la Audiencia Provincial.

Quinto.—Este es el criterio jurisprudencial adoptado mayoritariamente por el Pleno de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo reunido en Sala General para unificar criterios, conforme a lo legalmente prevenido en el art. 264 de la L.O.P.J., el 5 de febrero de 1999. Criterio reflejado posteriormente en reiteradas resoluciones, como las sentencias

de 18 de febrero de 1999 (n.º 70/99), 19 de abril de 2000 (n.º 716/2000) o 6 de febrero de 2001 (n.º 132/2001).

En dicho Pleno se manejaron ampliamente los criterios defendidos doctrinalmente para ampliar la competencia del Tribunal del Jurado a los delitos conexos del art. 17.5º de la L.E.Criminal, entre ellos la “vis atractiva” del Tribunal del Jurado que se deduce de la regla general con que se inicia el art. 5.2º de la L.O.T.J. y la conveniencia de que la competencia para el enjuiciamiento de los delitos más graves —homicidios o asesinatos consumados— atraiga a los menos graves. Pese a ello, se estimó mayoritariamente que debía respetarse la “voluntas legis” que excluye claramente el supuesto del art. 17.5º de la L.E.Criminal de la “vis atractiva” por conexidad favorable a la competencia del Tribunal del Jurado, debiendo primar el criterio legal de favorecer el buen funcionamiento de la Institución evitando su desbordamiento por la vía de la conexidad, aun cuando pueda determinar una limitación en el número de sus intervenciones. Criterio que, obviamente, puede ser sometido a crítica doctrinal pero que vincula jurisprudencialmente a los órganos jurisdiccionales, pues precisamente la función de la unificación jurisprudencial es la de proporcionar seguridad jurídica y predictibilidad en las decisiones de los Tribunales Penales.

El hecho de que la decisión del Pleno se refiriese a supuestos de conexidad entre homicidios intentados y consumados, no excluye la aplicación más generalizada de la decisión, pues el fundamento de la misma no se encuentra en una supuesta exclusión categórica de los homicidios intentados de la competencia del Tribunal del Jurado (podría abarcarlos en algún otro supuesto de conexidad diferente del prevenido en el art. 17.5.º de la L.E.Criminal), sino en la interpretación del criterio legislativo que excluye el referido n.º 5.º del art. 17 del ámbito de los supuestos de conexidad a que se extiende la competencia del Tribunal de Jurado.

Sentencia 1180/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 2 de julio de 2001

CIRCUNSTANCIA ATENUANTE ANALÓGICA.

Art. 21.6 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se resume la doctrina jurisprudencial relativa a cuándo cabe apreciar una circunstancia atenuante por analogía, rechazándose el recurso al artículo 21, número 6, como hizo la sentencia recurrida, en atención a la “menor entidad del injusto”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...) Para que una atenuante pueda ser estimada como analógica de alguna de las expresamente recogidas en el texto del Código Penal, dice la Sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2000, ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delinquentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes *incompletas* que no han merecido ser recogidas legalmente (sentencias de 3 de febrero de 1996 y 6 de octubre de 1998).

Esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia exi-

mente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

No parece en todo caso que la circunstancia atenuante analógica prevista en el art. 21.6 del Código penal sirva como una cláusula general de individualización de la pena que ajuste ésta a la verdadera culpabilidad del sujeto activo del delito, al menos como doctrina uniforme de esta Sala Casacional.

Eso, sin embargo, es lo que ha perseguido la Sala sentenciadora cuando ha construido una circunstancia atenuante analógica que ha denominado de “menor entidad del injusto”, que si bien busca una mayor proporcionalidad de la pena, se atribuye una discrecionalidad que no le ha concedido el legislador. Precisamente la ley penal expresa lo contrario en el art. 4.3 del Código penal cuando dice que el Tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto penal aplicado o la concesión de indulto, “cuando de la rigurosa aplicación de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”.

La Sala sentenciadora precisamente, después de analizar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la proporcionalidad de la pena, declara que “en el caso de autos se aprecia... una desproporción entre pena y entidad del ilícito, un sacrificio excesivo

del derecho a la libertad personal, en cuya privación consiste la pena, un patente desequilibrio entre la gravedad del desvalor sancionable y la consecuencia penal, un exceso innecesario de coacción”. Tal razonamiento ofrece dos “déficits” interpretativos: uno, que la posición de la jurisdicción ordinaria es distinta a la constitucional, ya que no es posible al juez dejar de aplicar un precepto de la ley postconstitucional, sino plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional (los jueces y magistrados están sometidos al imperio de la ley, ex art. 117 CE); y segundo, que es precisamente el contenido de la ley (art. 4.3 del Código penal) lo que no aplica la Sala sentenciadora pues al parecerle la pena desproporcionada, esto es, “pena notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”, acude a un expediente como es la construcción de una atenuante analógica estimada como muy cualificada, que no está previsto en el ordenamiento jurídico-penal, al menos con los parámetros que se contienen en la Sentencia recurrida.

Sentencia 985/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 3 de julio de 2001

AUTO RESOLUTORIO DE RECURSO DE QUEJA QUE ACUERDA EL SOBRESEIMIENTO LIBRE.

Arts. 787 y 848 LECrim.

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

SÍNTESIS

Tras exponer la doctrina general sobre la posibilidad de recurrir en casa-ción los Autos de las Audiencias resolutorios de recursos en el procedimiento abreviado, examina a continuación la Sala el fondo del asunto declarando que el recurso de queja no es cauce adecuado para decretar el sobreseimiento libre y si excepcionalmente se adoptara tal decisión al resolver un recurso de queja del imputado, ha de garantizarse en todo caso el derecho de audiencia de las partes acusadoras aun cuando no aparezca expresamente exigido por la ley.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) los autos dictados por las Audiencias Provinciales resolviendo recursos de apelación o de queja interpuestos contra resoluciones dictadas por un Juzgado de Instrucción en el procedimiento abreviado, según lo prevenido en el art. 787 de la L.E.Criminal, no son en principio recurribles en casación, como ya ha señalado reiteradísimo esta Sala (...).

En primer lugar porque así se deduce de la interpretación sistemática de los arts. 787 y 796 de la LECrim., que establecen un sistema de doble instancia, sin acceso a la casación: si las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales resolviendo el recurso de apelación contra la resolución definitiva (la sentencia) culminan el sistema de recursos, y no son recurribles en casación (art. 796.1.º), tampoco pueden ser recurribles en casación los autos que resuelvan recursos de apelación contra resoluciones interlocutorias dictadas durante la tramitación del procedimiento.

Y en segundo lugar porque así se deduce del art. 848 de la LECrim., que establece un sistema tasado en el que solo procede el recurso de apelación contra autos, cuando la Ley “lo autorice expresamente”. Pues bien el art. 787 de la LECrim. no autoriza expresamente que contra las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales resolviendo recursos de apelación o de queja contra autos, pueda interponerse recurso de casación.

Segundo.—Ahora bien este criterio restrictivo no resulta aplicable, por su propia fundamentación, en aquellos supuestos en que el procedimiento abreviado tiene por objeto hechos delictivos para cuyo enjuiciamiento y fallo sea competente la Audiencia, pues en estos casos la sentencia sí tiene legalmente acceso a la casación y también debe tenerlo aquella resolución previa que, por

cerrar indebidamente el paso al enjuiciamiento, equivale a una resolución de carácter definitivo (...).

Resulta en estos casos aplicable análogamente lo prevenido en el segundo párrafo del art. 848 cuando dispone 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 del delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos”. Dado que en el procedimiento abreviado no existe auto de procesamiento la doctrina de esta Sala ha estimado que la norma resultará aplicable cuando concurra la misma razón, es decir cuando el Juez Instructor mantenga la imputación de un determinado implicado, sostenida por alguna parte acusadora, y la Audiencia Provincial, en contra del criterio del Instructor, acuerde el sobreseimiento libre impidiendo a la acusación acceder al juicio, y en consecuencia, también, recurrir eventualmente en casación la sentencia absoluta que pudiera dictarse (STS de 20 de diciembre de 1991 o 21 de mayo de 1993, entre otras).

Tercero.—En síntesis la doctrina de esta Sala sobre la posibilidad de recurrir en casación los Autos de la Audiencias Provinciales resolviendo recursos de queja contra resoluciones del Juez de Instrucción establece que únicamente serán admisibles dichos recursos, por aplicación del art 848.2.º de la Lecrim, cuando las resoluciones impugnadas: 1.º sean equiparables a un auto de sobreseimiento libre dictado en causa en que el Juez Instructor mantenga la imputación de algún implicado. 2.º se hayan dictado en procedimiento con acceso a la casación, es decir en causa cuyo enjuiciamiento y fallo compete a la Audiencia Provincial.

Sexto.—(...) Es claro que la resolución impugnada vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión,

como señalan tanto el Ministerio fiscal como la Acusación particular.

En primer lugar porque acuerda el sobreseimiento libre, que implica una resolución de fondo poniendo definitivamente fin al proceso, a través de un procedimiento en el que no ha sido oída la acusación. Fue precisamente la acusación popular la parte que mediante la interposición de la querrela, admitida por el Juez Instructor, inició el proceso penal y en consecuencia constituye parte legítimamente interesada, que tiene necesariamente que ser oída para decidir sobre el sobreseimiento. No puede adoptarse el sobreseimiento por la Audiencia Provincial al resolver un recurso de queja interpuesto por el querrellado, atendiendo a las argumentaciones y documentación aportadas por éste

pero dejando en absoluta indefensión a la parte querellante.

Es cierto que esta omisión es imputable a la peculiar regulación legal del recurso de queja, reiteradamente denunciada por la doctrina y la jurisprudencia, pero precisamente por ello ha de convenirse que este recurso no constituye el cauce adecuado para que la Sala adopte resoluciones de fondo, como sucede con el sobreseimiento definitivo. Solo muy excepcionalmente puede adoptarse dicha decisión al resolver un recurso de queja del imputado, en supuestos de imputaciones arbitrarias y como garantía de los derechos fundamentales. Pero en estos supuestos excepcionales ha de garantizarse en todo caso el derecho de audiencia de las partes acusadoras.

Sentencia 1357/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 5 de julio de 2001

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

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

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

SÍNTESIS

Tras insistir en la obligatoriedad del baremo establecido en la Ley 30/1995, se analiza el problema de si cuando la víctima no tiene cónyuge ni hijos, pero sí padre o madre —Grupo IV—, la cantidad fijada para los padres debe entregarse íntegramente al que viviera o si, fallecido uno de ellos, el supérstite únicamente debe recibir la mitad de la indicada suma. El Tribunal Supremo se inclina por esta segunda solución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) Ciertamente son varias las sentencias de esta Sala en las que se ha plan-

teado la cuestión relativa a si es o no obligatorio el sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, conocido por Baremo.

Sin embargo, planteada la supuesta inconstitucionalidad de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, según la redacción por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, al texto refundido aprobado por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo, la cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional.

Efectivamente, en el Fundamento Jurídico Cuarto de su sentencia de 29 de junio de 2000 se afirma que “ha de concluirse que el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/1995 vincula, como es lo propio de una disposición con ese rango normativo, a los Jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deben satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos de motor. Tal vinculación se produce no sólo en los casos de responsabilidad civil por simple riesgo (responsabilidad cuasi objetiva), sino también cuando los daños sean ocasionados por actuación culpable o negligente del conductor del vehículo” (...).

Quinto.—(...) En segundo lugar se plantea un tema de interés que ha sido resuelto de forma dispar por las Audiencias Provinciales.

Se trata de determinar si cuando la víctima no tiene cónyuge ni hijos, pero sí padre o madre —Grupo IV—, la cantidad fijada para los padres debe entregarse íntegramente al que viviera o, si fallecido uno de ellos, el supéstito únicamente debe recibir la mitad —el 50%— de la indicada suma.

La sentencia de esta Sala 130/2000, de 10 de abril, acepta esta última tesis argumentando que “el plural de la expresión —padres— alude a la concurrencia de ambos. Pero es que, además, el propio baremo, en la nota (5) que acompaña a este término, divide la cantidad que señala entre los ‘padres’,

en el supuesto de que, viviendo ambos, sólo uno lo hiciera con la víctima”.

A esta interpretación opone el recurrente razones lógicas como es la de que no se puede penalizar a una madre por el hecho de que en el mismo accidente en el que perdió la vida su hijo, muriera también su marido, quedando privada al mismo tiempo de los dos seres con los que compartía su vida, que dejaron un vacío efectivo y económico.

Y también razones jurídicas como es que “donde la ley no hace distinciones, no procede hacerlas” ya que, de haberlo querido, se indicaría en el baremo el término “a cada padre”.

Examinando la Tabla I, indemnizaciones básicas por muerte, se observa que en el Grupo I —víctima con cónyuge—, en el Grupo II —víctima sin cónyuge y con hijos menores—, y en el Grupo III —víctima sin cónyuge y con todos sus hijos mayores—, se determina lo que corresponde “a cada padre con o sin convivencia con la víctima”, siendo en el Grupo IV —víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendiente— donde se cita genéricamente a los “padres”, distinguiendo según convivieran o no con la víctima.

Hay quien entiende que de los términos literales de la norma, en plural, deriva que la misma se refiera a ambos padres; mientras que otros atienden a la idea de unidad familiar y patrimonial con independencia del prefallecimiento de uno de los cónyuges, pues en caso contrario se estaría gravando aún más dicha pérdida.

La ya citada Nota (5) que acompaña a la palabra “Padres” en la que se establece que si concurriesen un padre que conviviera y otro que no conviviera con la víctima se asignará a cada uno de ellos el 50 por 100 de la cuantía que figura en el respectivo concepto, puede dar luz a la cuestión.

Ya que siguiendo con lo que en ella se dice, si concurrieran los dos padres no convivientes con la víctima de forma separada entre sí, a cada uno de ellos le correspondería el 50% de la cuantía total.

Igualmente, si los dos padres convivieran con el hijo fallecido pero con separación de

bienes de hecho o de derecho, también la cantidad total asignada se dividiría entre ellos en partes iguales; lo que nos conduce a apreciar en la norma examinada una idea individualizadora de las indemnizaciones.

Como señala un sector de la doctrina, el acrecimiento de la indemnización vacante por premoriencia de uno de los padres responde a una mentalidad sucesoria en cuanto evoca una cuota que se divide luego por ca-

bezas entre los que componen el grupo o la estirpe.

Pero, añaden, el Derecho de Daños es un Derecho de perspectiva individualista. El perjudicado por el fallecimiento de una persona no adquiere el derecho a la indemnización en concepto de sucesión, sino como resarcimiento y compensación del perjuicio sufrido. Es decir, como víctima indirecta por fallecimiento de la víctima directa.

Sentencia 1356/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 9 de julio de 2001

VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL.

Art. 153 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

SÍNTESIS

Entre otras cuestiones, aborda la sentencia el problema de la posible lesión del principio non bis in idem por la regla concursal prevista en el art. 153 del CP, rechazándolo con el argumento de que el delito recogido en este precepto lesiona un bien jurídico distinto de la integridad corporal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)4. Corresponde, por último, abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva constitucional, para analizar la principal censura de motivo, cual es, la vulneración del principio *non bis in idem*.

El principio en cuestión, sólo podría ser atacado si los hechos que se toman en consideración para configurar dos delitos, con idéntico sustrato fáctico, lesionan el mismo bien jurídico.

El motivo está destinado al fracaso, por varias razones.

La primera de ellas, rezuma de los propios términos del precepto cuando en su inciso final, después de describir la conducta típica, integrada por diversas agresiones, susceptibles de castigarse penalmente, nos dice “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”.

En la redacción actual esa misma idea se expresa con mayor precisión con las siguientes palabras: “sin perjuicio de las pe-

nas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

La norma penal está claramente dando acogida, al concurso de delitos (art. 77 CP) y no al concurso de normas (art. 8 CP).

Eso nos está indicando que el legislador ha querido proteger otros bienes jurídicos diferentes a la integridad corporal, física o psíquica, de los ofendidos, aunque el ataque a los mismos se haya producido a través de unos mismos actos.

En efecto, a pesar de su ubicación sistemática dentro del título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido en el art. 153 trasciende y se extiende más allá de la integridad personal, al atentar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art.

10 CE), al derecho de la seguridad (art. 17 CE), etc.

5. El tipo penal trata de proteger la preservación del ámbito familiar como espacio de afectos y libertad presidido por la igualdad y el respeto mutuo. La doctrina científica, la Fiscalía General del Estado (circular n.º 1/1998) y esta misma Sala (Véase, por todas, S. de 24-6-2000) coinciden en señalar como bien jurídico protegido la paz familiar, en cuanto se sancionan los actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación.

Esta autonomía de bien jurídico permite afirmar, con claridad, la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello su anterior enjuiciamiento no impide apreciar la existencia de este delito. No existe, por tanto, infracción del principio *non bis in idem*.

Sentencia 1364/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 10 de julio de 2001

PERICIAL REALIZADA POR ORGANISMO OFICIAL.

Art. 459 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

Se clarifica el alcance del art. 459 de la LECrim. que en modo alguno justifica la práctica de la pericia por dos Organismos oficiales distintos, basando uno de ellos en el que intervengan dos especialistas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Con invocación expresa del artículo 459 LECrim. se denuncia la ne-

gativa de la Audiencia a admitir la práctica de una nueva prueba pericial por Organismo Público distinto al que realizó la primera en la fase de instrucción, folios 27 y siguientes

del sumario, concretamente, el Servicio de Restricción de Estupefacientes de Madrid. Se afirma la necesidad de que “el informe pericial emitido por un sólo Organismo pudiese ser contrastado por otro informe pericial, y de otro Organismo Público, para conseguir un mayor acercamiento a la imparcialidad y objetividad de los dictámenes emitidos y obtener así una mayor fiabilidad y exactitud científica del resultado” (...).

El recurrente confunde los términos y el alcance del artículo 459 LECrim. aplicable al sumario ordinario cuando se trata de la prueba de reconocimiento pericial y se ordena que la misma debe hacerse por dos Peri-

tos. Ello no significa que deba ser practicada por dos Organismos distintos sino que es suficiente que intervengan dos especialistas aun pertenecientes a un mismo Organismo o Laboratorio, siendo ello conforme a los efectos del cumplimiento de la legalidad procesal. Cuando el recurrente solicita la intervención de otro Centro oficial carece del amparo legal que pretende.

Lo sustancial realmente es la comparecencia al acto del juicio oral, como sucede en el presente caso, de las farmacéuticas que intervinieron y formularon el informe analítico de las sustancias decomisadas, sujetándose su dictamen a los principios de inmediación y contradicción.

Sentencia 1371/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 11 de julio de 2001

DETENCIÓN ILEGAL POR FUNCIONARIO PÚBLICO.

Arts. 167, 530 y 537 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar**

SÍNTESIS

Se ofrecen criterios de separación entre el alcance respectivo de los delitos previstos en los artículos 167, 530 y 537 CP, referidos todos ellos a conductas realizadas en el contexto de la detención practicada por un agente de la autoridad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) El ámbito típico del delito sancionado en el artículo 530 del Código Penal se refiere a supuestos de ilícitas privaciones de libertad cometidas por Autoridades o funcionarios, por razón de la inobservancia de las garantías legales y constitucionales

que condicionan el modo de practicarse y no de las que delimitan la procedencia de su adopción. En efecto, mientras que la detención ilegal por falta de causa legítima que la justifique pertenece al tipo penal del artículo 167, referido así a las privaciones de libertad irregulares en el fondo, la del artículo 530 exige que medie causa por delito, estando su

ilicitud determinada por el hecho de incumplirse las garantías institucionales de carácter constitucional y legal. Garantías de las que a su vez debe excluirse el supuesto del incumplimiento del deber de informar de sus derechos al detenido, ya que es objeto de específica tipificación en el artículo 537 del Código Penal.

En consecuencia, con esta excepción, el tipo del artículo 530 queda reservado a los casos de detención justificada pero en la que

se produce luego el incumplimiento de los plazos legales, como expresamente prevé el tipo penal, o la inobservancia de las restantes exigencias, como la de no poder exceder la detención del tiempo estrictamente necesario (arts. 17.2 CE y 520 LECrim.), o de las garantías del artículo 520, a salvo lo relativo a la información de derechos cuyo incumplimiento ya hemos dicho origina el delito del artículo 537 y no el del 530 del Código Penal.

Sentencia 1377/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 11 de julio de 2001

MULTA POR CUOTAS.

Art. 50 Código Penal

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

SÍNTESIS

Aunque no existan datos detallados del patrimonio del condenado, ello no supone la obligatoriedad de acudir al mínimo absoluto (200 pts.) de la cuota diaria de multa, que debe quedar reservado para casos de especial miseria o indigencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...) El art. 50.5 del Código Penal señala que los Tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias “teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo”. Como señala la Sentencia núm. 175/2001, de 12 de febrero, con ello no se quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición ex-

haustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa

con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (200 pts.), como pretende el recurrente, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal, convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales, como señalaba la sentencia de esta Sala de 7 de julio de 1999.

Ha de tenerse en cuenta que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de 1.000 pts.

Aplicando el criterio establecido en la referida sentencia de 7 de julio de 1999 si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 200 a 50.000 pts. de cuota diaria), lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión (de 4.980 pts. cada uno), el primer escalón iría de 200 a 5.180 pts. por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota diaria de mil ptas., ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en su grado mínimo, aún cuando no se alcance el mínimo absoluto. En estos supuestos si consta, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por otras circunstancias genéricas, que no se encuentra en situación de in-

digencia o miseria, que son los supuestos para los que debe reservarse ese mínimo absoluto de 200 pts. diarias, la pena impuesta debe reputarse correcta, aun cuando no consten datos exhaustivos sobre la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales.

Así por ejemplo la sentencia de 20 de noviembre de 2000, núm. 1800/2000, considera correcta la imposición de una cuota diaria de mil pesetas, aun cuando no existiesen actuaciones específicas destinadas a determinar el patrimonio e ingresos del penado, porque se trata de una cifra muy próxima al mínimo legal e inferior al salario mínimo, lo que supone que el Tribunal sentenciador ha considerado igualmente mínimos los posibles ingresos del acusado, estimando correcto que ante la ausencia de datos que le permitieran concretar lo más posible la cuota correspondiente, se haya acudido a una individualización "prudencial" propia de las situaciones de insolvencia y muy alejada de los máximos que prevé el Código Penal, tomando en consideración, aun cuando no se especifique en la sentencia, la actividad a la que se dedicaba el acusado y sus circunstancias personales.

Sexto.—En definitiva, para cuotas elevadas es absolutamente necesario que se contrasten datos más completos sobre la situación económica del acusado. Pero para la imposición de cifras levemente superiores al mínimo, como la cuota de 1000 ptas. diarias impuesta en el caso actual, es suficiente con que, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por sus circunstancias personales, se constate que no se encuentra en la situación de indigencia que es la que debe determinar la imposición del nivel mínimo absoluto de 200 ptas.

Sentencia 1435/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 18 de julio de 2001

ESTAFA.

Art. 248.1.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar**

SÍNTESIS

Se resume la doctrina jurisprudencial en torno a la modalidad de estafa conocida como “negocio jurídico criminalizado”, recordándose además las características que debe revestir el engaño para ser calificado de “bastante” a los efectos de determinar la existencia del delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) 1. En primer lugar debe recordarse que cuando el delito de estafa va asociado a un negocio jurídico bilateral el engaño consistirá en el empleo de artificios o maniobras falaces por uno de los contratantes para hacer creer al otro en ciertas cualidades aparentes de la prestación realizada, que son inexistentes, o que cumplirá la prestación futura a que se ha comprometido. En este último caso se origina un contrato criminalizado en el que el contrato mismo, en una operación de engaño fundamentalmente implícito aunque no privado de exteriorizaciones o manifestaciones que lo delatan, se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude valiéndose el infractor de la confianza y buena fe reinante en la concertación o perfección de los contratos jurídicos, con claro y terminante ánimo *ab initio* de incumplimiento por parte del defraudador.

2. Admitido que la ocultación de la verdadera intención *ab initio* de no cumplir con la prestación debida en el seno de un negocio jurídico bilateral es un comportamiento

engañoso valorable como elemento del tipo de estafa, se plantea la cuestión de su suficiencia o idoneidad para inducir a error a la víctima del engaño.

El engaño es bastante cuando es suficiente y proporcional a los fines propuestos, debiendo valorarse su idoneidad atendiendo fundamentalmente a las condiciones personales del sujeto afectado y a las circunstancias del caso concreto (Sentencias de 13 de enero de 1992; 3 de julio de 1995; 3 de abril de 1996). De este modo el criterio de valoración —dice la Sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2000— viene a ser al mismo tiempo objetivo en cuanto valora la idoneidad en sí misma de la conducta desplegada por el sujeto para producir error en otro; y subjetivo al tener en cuenta las circunstancias específicas de la concreta persona a la que se dirige el engaño. De donde resultan las siguientes consecuencias: a) se excluye en principio la relevancia típica del engaño burdo, fantástico o increíble, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente según el ambiente social y cultural en el que se desenvuelven (Sentencia de 29 de marzo de

1990); b) pero no cuando un inferior nivel del sujeto pasivo es aprovechado por el acusado conscientemente, en cuyo caso esa condición personal convierte en suficiente el engaño desplegado resultando así dotado de una eficacia de la que en otros casos carecería. En tal supuesto son las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo las que convierten el engaño en objetivamente idóneo; c) se excluye igualmente la relevancia típica del engaño cuando, siendo objetivamente inidó-

neo, la representación errónea de la realidad por el sujeto pasivo deriva exclusivamente de un comportamiento suyo imprudente no inducido a su vez por artimañas o ardides del sujeto activo. En tal supuesto el error de aquél no es objetivamente imputable al engaño de éste, ni por ello las circunstancias subjetivas de la víctima en este caso convierten en idóneo un engaño que objetivamente no lo era (Sentencia de 4 de diciembre de 2000).

Sentencia 1439/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 18 de julio de 2001

TRÁFICO DE DROGAS. HOMICIDIO IMPRUDENTE.

Arts. 142 y 369 Código Penal

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

SÍNTESIS

La Sala Segunda del Tribunal Supremo absuelve a un oligofrénico, sometido a tratamiento con metadona, que permitió a un menor tomar una parte de aquella, lo cual, unido a la ingestión de alcohol y psicotrópicos, originó su muerte. La Audiencia le había condenado por tráfico de drogas y homicidio imprudente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Pese a la amplitud de los términos utilizados por el art. 368 CP para definir el delito contra la salud pública en relación con las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, la jurisprudencia de esta Sala, de modo muy reiterado a partir del año 1993, viene considerando la inexistencia de delito en determinados supuestos en que concurren particulares circunstancias rela-

cionadas con la mínima cuantía de la droga, con la adicción de todos los implicados o con las relaciones personales entre quien la suministra y quien la recibe, por razones que se vienen expresando con argumentos diferentes que podríamos reducir a dos:

1.^a La insignificancia del hecho que se traduce en la irrelevancia de la conducta en cuanto al bien jurídico protegido, la salud pública.

El Derecho penal actual ya no admite la existencia de delitos meramente formales o de simple desobediencia a la norma. Ha de existir necesariamente una lesión o un peligro respecto del bien jurídico protegido.

Esta infracción del art. 368 CP es un caso más de delito de peligro y de consumación anticipada en que el legislador, a fin de dar mayor protección al referido bien, la salud pública, ante la gravedad y gran repercusión social que estas infracciones tienen, ha colocado la barrera de la punición penal en un momento anterior al de la producción del daño, decidiéndose a sancionar como delitos consumados conductas que, en otros supuestos, sólo podrían conceptuarse como tentativa o incluso como actos preparatorios. Pero esta configuración legal del delito no excusa la necesidad de tener en cuenta el mencionado bien jurídico como límite de la actuación del Derecho penal: aunque parezca una obviedad, hay que decir que los delitos de peligro no existen cuando la conducta perseguida no es peligrosa para ese bien jurídico protegido o cuando sólo lo es en grado ínfimo. Tal ocurre en estos delitos relativos al tráfico de drogas cuando el comportamiento concreto no pone en riesgo la salud pública (o sólo lo hace de modo irrelevante).

2.^a Entendiendo, desde una perspectiva subjetiva, que el delito del art. 368 CP, aunque ello no aparezca en su texto, exige, además del dolo necesario en toda infracción dolosa, un especial elemento subjetivo del injusto consistente en la voluntad del autor relativa al favorecimiento o expansión del consumo ilícito de la sustancia tóxica, voluntad que queda excluida en estos supuestos en que el círculo cerrado en que se desenvuelve la conducta, o la mínima cuantía de la droga, así lo justifica.

Aunque es difícil decir en síntesis cuáles son estos casos, podemos hacer los siguientes grupos de supuestos en que la doctrina de esta Sala viene pronunciando sentencias absolutorias:

1.^o El suministro de droga a una persona allegada para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia, o para evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad, o para procurar su gradual deshabitación, o en supuestos similares.

2.^o La adquisición para un grupo de personas ya adictas en cantidades menores y para una ocasión determinada, o el hecho mismo de este consumo compartido en tales circunstancias: son modalidades de autoconsumo impune.

3.^o Los casos de convivencia entre varias personas ya drogadictas (cónyuges, amigos, padres o hijos) en que alguno de ellos proporciona droga a otro, produciéndose también un consumo compartido.

4.^o Aquellos otros supuestos en que por la mínima cantidad o por la ínfima pureza en dosis pequeñas, siempre a título gratuito y entre adictos, es de todo punto evidente que no ha existido riesgo alguno de expansión en el consumo ilícito de esta clase de sustancias.

Tales criterios aparecen en muchas sentencias de esta Sala, en las que también se habla de la desproporción de las penas, particularmente abundantes desde 1993. Podemos citar las siguientes: 25 de mayo de 1981, 12 de julio de 1984, 6 de abril de 1989, 28 de junio de 1991, 2 de noviembre de 1992, 19 de diciembre de 1992, 4, 22 y 24 de febrero de 1993, 29 de mayo de 1993, 3 y 7 de junio de 1993, 2 y 15 de julio de 1993, 6 y 27 de septienmbre de 1993, 6 y 18 de octubre de 1993, 9 de febrero de 1994, 3 de junio de 1994, 16 de julio de 1994, 10 y 25 de noviembre de 1994, 25 de enero de 1996, 16 de septiembre de 1996, 28 de octubre de 1996, 22 de enero de 1997, 20 de julio de 1998, 13 de febrero de 1999, 3 de abril de 2000 y 29 de septiembre de 2000. Sin embargo, hay que advertir sobre la excepcionalidad de estos supuestos de impunidad, sólo aplicables cuando no aparezcan como modo de encubrir conductas que real-

mente constituyan una verdadera y propia expansión del tráfico ilegal de estas sustancias, particularmente cuando se hace posible el consumo por personas no adictas o en grupos que, por su número o circunstancias, exceden del ámbito de lo privado o cerrado.

En el caso presente nos hallamos ante uno de estos supuestos excepcionales en que consideramos que no existe ninguno de los comportamientos penados en el art. 368 CP. Se trata de dos amigos, uno mayor, de 23 años, pero oligofrénico leve (69% C.I.), y el otro de 15 años, en un suceso ocurrido de forma aislada, que consistió, en definitiva, en compartir un frasco de naranjada con metadona entre ambos, una dosis del tratamiento a que David estaba sometido. Entendemos que esta conducta de David: permitir que el amigo se tome la otra mitad de ese frasco no encaja en ninguno de los casos tipificados como delito en el citado art. 368, pese a los amplios términos utilizados en su redacción, nada tiene que ver con los supuestos de fomento de consumo ilegal de drogas, que constituye la razón de ser de esta norma penal.

Tercero.—(...) Como ya hemos dicho, a consecuencia de la ingestión de la metadona, “cuyos efectos se potenciaron por el consumo de alcohol y psicotropos”, según expresa literalmente la narración de hechos probados de la sentencia recurrida, se produjo el fallecimiento de Iván.

El recurrente razona acerca de la falta de relación de causalidad entre el comportamiento del acusado, consistente en permitir que Iván se bebiera la naranjada con metadona, y el resultado del fallecimiento de este último, aduciendo que este fallecimiento no se habría producido por la sola acción de la metadona que, si contribuyó al mencionado resultado, lo fue por haber ido acompañada (después) por la ingestión de alcohol y Tranxilium, sustancias que potenciaron los efectos de la metadona, de modo que sólo la conjunción de todo fue capaz de producir ese fallecimiento.

Sin embargo, no es necesario acudir a este elemento de la relación de causalidad para comprobar que no existió el delito de imprudencia por el que condenó el tribunal de instancia.

Nos basta examinar el mismo concepto de imprudencia punible para llegar a un pronunciamiento absolutorio, concepto que en la doctrina actual gira acerca de una idea clave: la infracción de un deber de cuidado. Si por acción u omisión una persona no observa el cuidado que le es exigible en una determinada situación, y como consecuencia de tal infracción se produce un resultado tipificado como delito de los que pueden cometerse por imprudencia (art. 12 CP), hay imprudencia punible.

En el presente caso sí nos hallamos ante un delito, el de homicidio, que es punible como delito si se comete por imprudencia grave, (art. 142) o como falta si lo es por imprudencia leve (art. 621.2).

Pero entendemos que en la conducta de David no existió imprudencia de ninguna clase en relación con el fallecimiento de Iván.

Es claro que David sabía que la metadona que le era suministrada gratuitamente por el organismo público correspondiente, como tratamiento para combatir su adicción a la heroína, se le entregaba a él para su consumo personal en su domicilio, de modo que no estaba autorizado para compartirlo con nadie. Lo sabía, y por eso inicialmente se negó a acceder a los ruegos de Iván, aunque finalmente sí le permitió que se bebiese la otra mitad del frasco de naranjada que contenía su dosis de metadona para la mitad de ese día.

Pero tal conocimiento no es suficiente para afirmar la existencia de homicidio cometido por imprudencia, tanto grave como leve.

Sabido es cómo la previsibilidad es un concepto clave a los efectos de determinar cuándo existe una imprudencia punible. Sólo respecto de lo previsible cabe infringir un deber de cuidado. Previsible, en estos casos,

es aquello que el sujeto puede alcanzar a conocer como resultado de su conducta. Cuando efectivamente se prevé ese resultado nos encontramos ante la llamada culpa consciente o con previsión. Si no lo previó, pero tenía que haberlo previsto porque, según sus capacidades concretas, tal le era exigible, dado que otras personas en esas mismas circunstancias ordinariamente sí alcanzan a conocer ese resultado como consecuencia de ese comportamiento, nos hallamos ante la culpa sin previsión o culpa inconsciente. (Utilizamos aquí el concepto culpa como equivalente a imprudencia).

El comportamiento por el cual la Audiencia Provincial condenó a David por delito de homicidio causado por imprudencia grave (art. 142.1) consistió, como venimos diciendo, en haber accedido a que Iván tomase esa mitad del frasco de naranjada que contenía la metadona que David tenía prescrita como una de las dos dosis que ingería al día según el tratamiento a que estaba sometido.

Parece en principio lógico entender que él, sólo en base a estos datos, no pudiera prever la muerte de Iván. Parece deducirse de los informes médicos que se necesitó el alcohol que tenía la cerveza y la sustancia psicotrópica que estaba en el Tranxilium para que esa ingestión de metadona pudiera producir el fatal desenlace. Esta cuestión no aparece solucionada con claridad ni en la sentencia recurrida ni tampoco en los mencionados informes médicos.

Estimamos que David sabía que la metadona que permitió que tomase Iván podía producir a éste algún trastorno, dado que él (Iván) no tomaba esta clase de sustancias. Pero asimismo entendemos que no podía ni siquiera imaginar que esos trastornos pudieran ser tan graves que llegaran a acarrear su fallecimiento.

Y esto respecto de cualquier persona normal, pues nos parece adecuado pensar que lo que una persona de 23 años (David) toma

dos veces por día durante muchos días como tratamiento médico no va a producir la muerte de un adolescente de 15 años (Iván).

Pero es que David que, repetimos, tenía 23 años, aparte de que era un adicto grave a la heroína (sólo para esta clase de adictos está previsto el tratamiento con metadona), era oligofrénico, si bien de carácter leve, pues tenía un cociente intelectual del 69 por ciento. La propia sentencia recurrida reconoce estas dos circunstancias y en base a ellas aplicó la eximente incompleta del art. 21.1.º en relación con el 20.1 CP respecto del delito contra la salud pública, reconociendo así su imputabilidad disminuida.

Pues bien, tales circunstancias (C.I. del 69%, y heroínómano grave) que limitan la capacidad de entender a los efectos de medir la imputabilidad en la comisión de hechos delictivos, de la misma manera ha de influir también en la capacidad de previsión en casos como el que estamos examinando. Si respecto de una persona normal pudiera existir alguna duda con relación a la previsibilidad de la muerte en las circunstancias expuestas (ya hemos dicho que nosotros entendemos que tal previsibilidad no es exigible a una persona normal), desde luego tal duda habría de desvanecerse a la vista de las condiciones referidas concurrentes en la persona de David (su C.I. y su drogadicción).

En conclusión, entendemos que en el caso que estamos examinando no hubo por parte de David posibilidad de prever que de su conducta (acceder a que Iván se tomase medio frasco de naranjada con metadona) pudiera derivarse el fallecimiento de este último.

Si no hubo previsibilidad no cabe hablar de infracción del deber de cuidado, pues ningún cuidado podía tener en su comportamiento respecto de la producción de un resultado que no podía prever.

Sentencia 1335/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 19 de julio de 2001

DENUNCIA ANÓNIMA. IMPUTACIÓN Y AFORAMIENTO.

Arts. 269 y 118 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia, entre otras, de tres cuestiones de interés. Por una parte, la validez de la denuncia anónima como medio apto para iniciar un procedimiento penal. Por otra parte, del grado de suficiencia necesario en los indicios inculpativos para poder proceder a la imputación de un aforado, resolviendo el problema de la presunta vulneración del Juez ordinario predeterminado por la ley al no haberse formulado aquélla hasta un momento en que ya el imputado había perdido el fuero. Finalmente, de la cuestión relativa al traslado de la imputación en momento tardío y efectos que pueden derivarse.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) La Sala de casación no comparte la opinión del recurrente porque consideramos —en línea con la que entendemos doctrina científica mayoritaria— que la cualidad de anónima de una denuncia no impide automática y radicalmente la investigación de los hechos de que en ella se da cuenta, por más que la denuncia anónima (técnicamente “delación”, sinónimo de “acusar”, que puede definirse como “el hecho de revelar a la Autoridad judicial, o demás autoridades y funcionarios competentes la perpetración de un delito, designando al autor o culpable, pero sin identificarse el denunciador, cuya identidad se esconde en el anonimato”) deba ser contemplada con recelo y desconfianza. Sin embargo, al no proscribirla expresamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede decretarse a

limine su rechazo por principio, máxime teniendo en cuenta la multitud de hechos delictivos de que las Autoridades policiales y judiciales son informadas de esta forma por quienes a causa de un temor razonable de represalias en ocasiones notoriamente feroces y crueles, prefieren preservar su identidad, de lo cual la experiencia cotidiana nos ofrece abundantes muestras. En tales casos, el Juez debe actuar con gran prudencia, y no puede ni debe actuar con ligereza en la admisión o en el rechazo de la denuncia anónima. Pero si ésta aparenta credibilidad y verosimilitud, debe inicialmente inquirir, con todos los medios a su alcance, en la comprobación, *prima facie*, de la exactitud de su contenido, y si ello fuera afirmativo, puede proceder desde luego por sí mismo, de oficio, si el delito fuere público, sin necesidad de la intervención del denunciante y sin ningún otro requisito.

Adviértase, por otra parte, que el art. 269 LECrim. únicamente prevé el rechazo de la denuncia cuando ésta fuese “manifiestamente falsa”, esto es, cuando los hechos denunciados carezcan plena y absolutamente de verosimilitud, y también cuando éstos no revistieren caracteres de delito, de suerte que si no concurre ninguna de estas dos circunstancias, el Juez deberá proceder a cumplimentar al mandato legal que en el mismo precepto le exige “la comprobación del hecho denunciado”. (...)

Cuarto.—Por el mismo cauce del art. 5.4 LOPJ se denuncia ahora la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que consagra el art. 24.2 CE. La censura descansa en el hecho de que existiendo desde el inicio del proceso razones para la imputación de Juan José L.M.—Consejero de la Junta de Andalucía y, por tanto, aforado— el Instructor prolongó injustificadamente las actuaciones durante tres años, y sólo atribuyó a aquél la condición de imputado cuando ya había dejado de ser consejero y, en consecuencia, perdido el fuero.

Quinto.—(...) estas alegaciones especulativas del recurrente no consiguen demostrar otra cosa sino que la imputación que en su momento se formuló contra el Sr. L.M. se decidió por la Juez de Instrucción cuando consideró agotada la investigación respecto a la participación de aquél en los hechos objeto del procedimiento y había hecho el suficiente acopio de elementos incriminatorios, siguiendo así, la jurisprudencia de esta Sala sobre la necesidad de completar la instrucción por el órgano jurisdiccional ordinario antes de formular imputaciones contra aforados. En este sentido, los Autos de este Tribunal Supremo de 29 de enero de 1998 y 21 de abril del mismo año así lo establecen con meridiana claridad, y en ello insiste la Sentencia del llamado “Caso Marey”, de 29 de julio de 1998 al reiterar la conveniencia y necesidad de que los indicios contra una persona aforada deben haber quedado debi-

da y cumplidamente fundamentados y acreditados en la instrucción para que el Tribunal competente por el aforamiento de aquélla pueda asumir la competencia del asunto. Y, en fecha tan reciente como la de 17 de marzo de 2001, la sentencia constitucional 69/2001 ratifica este criterio al establecer la necesidad de indicios sólidamente fundados y suficientemente corroborados contra el aforado, “... dado que los aforamientos personales constituyen normas procesales de carácter excepcional que, por tal circunstancia, deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente” (...).

Décimo.—Al amparo del art. 5.4 LOPJ se denuncia la vulneración del art. 24.2 y 10.2 CE, así como el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, “al no haber dispuesto la representación y defensa de Don M.O.M. de igualdad de armas con la acusación pública y con ello infringiendo el derecho de contradicción y causando indefensión”.

Dos líneas argumentales presenta el recurrente como fundamento de la censura formulada:

A) Aduce, en primer lugar que, habiéndose iniciado el procedimiento judicial en virtud de una denuncia anónima en la que se atribuían al acusado determinados hechos, la Juez de Instrucción decretó el secreto de las actuaciones por Auto de 20 de enero de 1992 por un periodo de treinta días, que se levantó por Auto de 20 de febrero siguiente, absteniéndose de comunicar a los interesados ni la denuncia ni la apertura del procedimiento hasta seis meses más tarde, vulnerándose así el deber de informar de la acusación a los afectados que establece el art. 118 LECrim., y privando a éstos de la posibilidad de defenderse adecuadamente, pese a que “la condición de imputado nace con la admisión de la denuncia o querella”.

La doctrina de esta Sala acerca del derecho a la defensa en el ámbito del procedimiento Abreviado, en armonía con la establecida por el Tribunal Constitucional

(SSTC 135/1989, 186/1990, 128/1993 y 129/1993, entre otras), proclama la observancia de una triple exigencia: a) en primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECrim.), para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario, una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación; b) en segundo y, como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la “primera comparecencia”, contemplada en el art. 789.4.º LECrim.; y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (art. 118.1.º y 2.º LECrim.) ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del dere-

cho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim.), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa **arbitrariamente** la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría de estimarse contraria al art. 24 CE y, por ende acreedora de la sanción procesal de nulidad (véanse SSTs de 15 de noviembre de 1995, 5 de marzo y 8 de marzo de 1996, entre otras).

Proyectando esta doctrina sobre el caso actual, no cabe duda alguna de que la Juez de Instrucción debiera haber informado al acusado de los hechos que se le atribuían, al menos desde que se levantó el secreto del sumario, a tenor de lo dispuesto en los artículos 118 y 309 bis LECrim. La cuestión radica en determinar el alcance de esta irregularidad procesal y si la misma ha ocasionado la situación de indefensión que se denuncia, pues no puede olvidarse que no toda inobservancia de una norma procedimental acarrea necesariamente la vulneración del derecho a la defensa, que solamente acaecerá cuando se constate que aquélla ha producido real y efectivamente un menoscabo en el ejercicio del derecho de defensa. La misma jurisprudencia invocada por el recurrente así lo entiende, cuando expone que “el derecho a ser informado de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa en el proceso penal (STC 141/1986) y su vulneración puede entrañar un resultado material de indefensión prohibido por el art. 24.1 CE (SSTC 9/1982 y 11/1992)”, lo que claramente pone de manifiesto la necesidad de verificar si el retraso en ser informado en el caso que examinamos ha privado al recurrente de poder ejercitar el derecho de defensa. Y la respuesta debe ser negativa, bastando para justificar este aserto con subrayar que no cabe calificar de arbitraria la demora de la Juez Instructora en citar al recurrente en calidad de imputado hasta hacer el acopio de información necesaria para confirmar los indicios de veracidad de una denuncia anónima que

inicialmente fue admitida por no considerarla ni inverosímil ni con contenido atípico. Pero, sobre todo, porque, notificada su situación procesal de imputado e informado de sus derechos, aún habrían de transcurrir casi seis años de instrucción hasta que por el Fiscal se formulara acta de acusación, tiempo más que suficiente para que el ahora recurrente ejercitara sin traba de ninguna clase las actuaciones que estimara pertinentes para su defensa en dicha fase procesal. De ello se infiere palmariamente, no sólo que la demora en la imputación al recurrente no fue caprichosa, irrazonable o arbitraria, dado que, salvo la referencia a aquél en el escrito anónimo de denuncia, ninguna actua-

ción judicial se dirigió contra el mismo, sino porque hemos podido comprobar que ningún quebranto a su derecho de defensa se produjo en la fase de investigación previa a la formalización de la acusación. Tan ello es así que el motivo casacional no aporta alegación alguna que concrete la más mínima perturbación del derecho de defensa que se invoca como vulnerado, que se hubiera derivado del retraso en la información al interesado que, por sí mismo —como se declara en la STS de 25 de noviembre de 1999— resulta constitucional y procesalmente ino-
cua si no genera indefensión material acreditada.

Sentencia 1505/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 23 de julio de 2001

APROPIACIÓN INDEBIDA.

Art. 252 Código Penal

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

SÍNTESIS

Doctrina general del Tribunal Supremo en orden a los elementos que caracterizan al delito de apropiación indebida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) Partiendo de los propios términos utilizados por el art. 252 del Código Penal, como exige el necesario respeto al principio de legalidad, y limitándonos a los mismos, vamos a distinguir tres elementos en el delito de apropiación indebida.

1.º Se dice que es necesario haber recibido dinero efectos o cualquier otra cosa mueble en depósito, comisión, administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos.

Constituye el presupuesto o supuesto lógica y cronológicamente previo a la acción delictiva, que confiere a esta infracción penal el carácter de delito especial porque

autor en sentido estricto sólo puede serlo quien se halle en una concreta y determinada situación que, a su vez, queda definida por la concurrencia de tres requisitos:

A) Acto de recepción o incorporación de la cosa al patrimonio del futuro autor del delito.

B) Ha de tratarse de dinero, efectos o cualquier cosa mueble.

C) Tal recepción de cosa mueble ha de tener su causa en un título respecto del cual ha de razonarse más ampliamente como base para resolver las cuestiones aquí planteadas.

El título por el que se recibe la cosa mueble ha de originar una obligación de entregar o devolver esa cosa mueble. La ley penal relaciona varios de tales títulos, depósito (en párrafo aparte alude al depósito miserable o necesario), comisión o administración, y termina con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa mueble se incorpora al patrimonio de quien antes no era su dueño, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero u otra cosa fungible, en cuyo caso esta transmisión se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (por esto se excluyen el mutuo y el depósito irregular, porque en éstos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe para que éste la emplee como estime oportuno), o bien sin tal transmisión de propiedad, esto es, por otra relación diferente, cuando se trate de las demás cosas muebles, las no fungibles, que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó.

La jurisprudencia de esta Sala ha ido concretando aquellos títulos que permiten la comisión de este delito, aparte de los tres que recoge el art. 252, concretamente el mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la compraventa con pacto de reserva de dominio, la sociedad, el arrendamiento de cosas, obras o servicios, debiendo precisarse al respecto que, dado el

carácter abierto de la fórmula utilizada, caben también aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo o atípico, que no encajan en ninguna categoría concreta de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver, lo que no existe en los casos de compraventa, préstamo mutuo, permuta o donación.

2.º La acción delictiva, aquella que justifica la antijuricidad penal, aparece definida con los términos apropiar o distraer en perjuicio de otro.

Como antes se ha dicho hay un título previo de transmisión que se caracteriza por conceder a quien recibió la cosa mueble unas facultades determinadas en cuanto al uso o destino que ha de darse a tal cosa. Quien la recibió lo hizo con unas concretas limitaciones, cuya violación es requisito imprescindible, pero no suficiente, para la existencia de la acción delictiva propia de esta norma, porque hay usos que pese a ser ilícitos por rebasar el contenido del título de recepción, no integran este delito al no impedir de forma definitiva que la cosa pueda entregarse o devolverse. Sólo aquella conducta ilícita, que por haber llegado ya a un punto sin retorno implica un incumplimiento definitivo de esa obligación de dar a la cosa el destino pactado, constituye la acción típica de esta infracción penal, lo que ocurre cuando se realiza alguna acción que encierre un propio y verdadero acto de disposición (dinero que se gasta o se emplea en distinta forma a la pactada, cosa que se vende, se empeña, se dona, se permuta o se destruye). Ambas expresiones, apropiar o distraer, tienen una significación similar, pues se refieren a la realización de uno de los actos de disposición antes referidos, si bien cuando la ley dice apropiar podría entenderse que se refiere a aquellos supuestos en que quien recibió la cosa lo hizo sin adquirir el dominio de la misma, de modo que la acción de este delito consiste precisamente, como se ha dicho reiteradamente, en la ilícita transformación de la posesión en propiedad,

que es lo que ocurre cuando la apropiación indebida se refiere a una cosa mueble no fungible, mientras que cuando tiene por objeto el dinero u otra cosa fungible el delito se comete cuando a la cosa, que ya se ha adquirido quedando confundida con los demás objetos de su propiedad, se le da un destino distinto del pactado, que impide que ésta llegue a quien, conforme al título por el que se transfirió, tenía que haberlo recibido en definitiva (por ejemplo, el gerente de una sociedad que recibe dinero por tal cargo en una determinada operación mercantil y, en lugar de hacerlo llegar al patrimonio de la sociedad, lo incorpora a su propio peculio). Parece que para estos últimos supuestos encaja mejor el término distraer, porque a una cosa, que se toma en propiedad precisamente por su carácter fungible, quien la recibe no le da el destino a que está obligado.

El art. 252, al determinar los medios de realización de este delito, además de las expresiones “apropiaren o distrajeren”, usa la frase “o negaren haberlos recibido”, que debe precisarse en un doble sentido:

A) Porque no puede dársele un contenido separado del resto de los elementos del tipo antes examinados, ya que, cualquier negativa de haber recibido una cosa mueble no es delictiva, sino sólo aquella que se realiza en los casos en los que antes se ha recibido tal cosa con obligación de entregarla o devolverla.

B) Porque, como ha puesto de manifiesto algún sector de la doctrina, en realidad con esta expresión no se añade un nuevo procedimiento de comisión de este delito, diferente de los de apropiación o distracción antes explicados, pues únicamente se quiere decir que, acreditado el extremo del presupuesto previo, esto es, la recepción de la cosa mueble a virtud de título que obliga a devolverla o entregarla, si entonces se niega haberla recibido, ha de entenderse probado que se ha realizado el acto de disposición.

La Ley nos dice que la apropiación o distracción ha de hacerse en perjuicio de terce-

ro, con lo cual simplemente se nos pone de manifiesto el reverso de la apropiación misma, porque la incorporación al propio patrimonio, con violación de los límites establecidos en el título por el que la cosa fue inicialmente entregada, produce necesariamente un perjuicio en quien tendría que haberse beneficiado si tales límites hubieran sido respetados.

3.º Como elemento del tipo, por la referencia que el art. 252 hace al 248, ha de entenderse el que la cuantía ha de sobrepasar las 50.000 pts. para los supuestos de delito, reputándose falta aquellos en que no se supera tal cantidad (art. 623.4.º), debiendo hacerse la valoración correspondiente, tanto para la mencionada distinción entre delito y falta, como para la aplicación de la agravación específica del art. 529 núm. 7.º (especial gravedad atendido el valor del objeto del delito), teniendo en consideración el importe de la cosa apropiada y no el perjuicio causado a tercero.

4.º Con lo antes expuesto han sido explicados los términos que utiliza el art. 252 del Código Penal para definir el delito de apropiación indebida propiamente dicho. Baste ahora simplemente añadir que, junto a ellos necesariamente ha de concurrir el dolo que como requisito genérico de carácter subjetivo ha de acompañar a la acción que el tipo nos describe. Ha de existir conciencia y voluntad en cuanto a los diversos elementos objetivos ya referidos, es decir, conciencia y voluntad de que se tiene una cosa mueble con obligación de entregarla o devolverla y de que se viola esta obligación con un acto de apropiación o distracción, y en esto simplemente consiste el *animus rem sibi habendi* que viene reputándose por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala como el elemento subjetivo propio de este delito, pero que, como decimos, no es otra cosa que la traslación a esta figura penal del concepto ordinario del dolo genérico que necesariamente ha de concurrir en todos los delitos dolosos.

Sentencia 1490/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de julio de 2001

CUESTIONES PREJUDICIALES.

Arts. 4 LECrim. y 10 LOPJ

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

SÍNTESIS

Se analiza por la Sala el restringido ámbito de actuación de las cuestiones prejudiciales devolutivas, con cita de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Dispone el art. 3.1.º de la LOPJ de 1985 que “La Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos”. Como consecuencia de este principio de “unidad de jurisdicción”, que no permite hablar de distintas jurisdicciones sino de distribución de la jurisdicción única entre diversos “órdenes” jurisdiccionales, el art. 10.1 de la citada LOPJ establece el principio general de que “a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”.

Esta regla viene también avalada por el reconocimiento en el art. 24.2 de la Constitución Española de 1978 del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso —con todas sus instancias— ante otro orden jurisdiccional.

Tercero.—(...) El párrafo segundo del art. 10 de la LOPJ añade como excepción que “no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca”.

En consecuencia la regla general del art. 10.1.º de la LOPJ —que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdiccional— tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda.

El mantenimiento exclusivo de las cuestiones prejudiciales devolutivas de naturaleza penal en el sistema jurisdiccional establecido por la LOPJ se encuentra además limitado por el condicionamiento consignado en el último apartado del precepto. La suspensión de los litigios seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales para la resolución de las

cuestiones prejudiciales de naturaleza penal tampoco será necesaria en los casos en que la ley así lo establezca.

Cuarto.—Ahora bien la regla contenida en el párrafo 1.º del art. 10 de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4.º de la decimonónica LECrim.

Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del Derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc. Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento.

Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado art. 4.º de la LECrim. impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo —y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado— dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal.

(...)

Quinto.—No es óbice para la desestimación de este motivo casacional la alegación de la citada doctrina del Tribunal Constitucional, que no resulta aplicable al caso enjuiciado. Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que esta doctrina se establece en supuestos específicos planteados en condenas por delitos de intrusismo, tipo delictivo al que el Tribunal Constitucional ha dedicado una especial atención y en el que es ya tradicional su posición extremadamente restrictiva. Constituye, en realidad, el tipo delictivo cuyas condenas han provocado con mayor frecuencia la estimación de recursos de amparo, bien apreciando vulneración del principio de legalidad penal (SSTC 111/1993, 131/1993, 132/1993, 133/1993, 136/1993, 137/1993, 138/1993, 139/1993, 140/1993, 200/1993, 201/1993, 215/1993, 222/1993, 223/1993, 240/1993, 241/1993, 248/1993, 249/1993, 250/1993, 260/1993, 277/1993, 295/1993, 339/1993, 348/1993, 123/1994, 239/1994, 130/1997, 219/1997, 142/1999 y 174/2000), en supuestos de condenas por intrusismo en profesiones que no exigen título “académico”; bien extendiendo para estos tipos delictivos el recurso extraordinario de revisión penal a supuestos de aplicación retroactiva de la doctrina jurisprudencial, calificada como “hecho nuevo” (Sentencia 150/1997); bien excluyendo del concepto de “título académico” aquellos que exijan estudios académicos pero no hayan sido expedidos por una Autoridad académica (Sentencias 130/1997, 219/1997, 142/1999 o 174/2000), o bien, como sucede en los casos citados por el recurrente, estimando los recursos de amparo interpuestos contra sentencias condenatorias por considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, (SSTC 30/1996, 50/1996, 91/1996, 102/1996 y 255/2000), al apreciar contradicción entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa sobre la validez del título empleado para el ejercicio de la profesión.

Pues bien el caso ahora enjuiciado constituye un supuesto muy distinto, de delito de estafa, en el que no concurren las circuns-

tancias específicas que fundamentan la doctrina expresada en las sentencias invocadas por el recurrente, doctrina que no se puede generalizar.

En segundo lugar ha de tenerse en cuenta que la valoración de los efectos derogatorios del art. 10 de la LOPJ sobre la regulación de las cuestiones prejudiciales en la LECrim. constituye, en principio, una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria, que no ha sido analizada de modo expreso y generalizado por el Tribunal Constitucional.

Sexto.—Y, en tercer lugar, ha de tenerse en cuenta que el propio Tribunal Constitucional ha matizado y limitado con posterioridad dicha doctrina al desestimar recursos de amparo fundamentados en ella pero interpuestos en supuestos ajenos al delito de intrusismo (...).

El propio Tribunal Constitucional admite: a) que no existe norma legal alguna que

establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de una cuestión prejudicial; b), que corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones; c) que a lo que está obligado el Tribunal penal es a respetar el pronunciamiento previo del orden jurisdiccional genuinamente competente, cuando la cuestión ya esté resuelta por éste.

Concluyendo el Tribunal Constitucional en dicha resolución (STC 278/2000, de 27 de noviembre, fundamento jurídico séptimo, *in fine*) que cuando el Tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le corresponde y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, con ello no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española.

Sentencia 1511/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de julio de 2001

CAPACIDAD PARA SER TESTIGO.

Art. 707 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis**

SÍNTESIS

Se analiza por la Sala la capacidad exigible para testificar en el proceso penal y los problemas que se plantean en casos, como el de autos, en que el testigo padece algún tipo de enfermedad mental.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Suele decirse, con razón, que el proceso penal es el reino del testigo como

el civil lo es del documento. Testigo, como es sobradamente conocido, es toda aquella persona que por la razón que sea tiene conocimiento extraprocesal de algún hecho con-

trovertido relativo a lo que sea objeto del juicio (v. art. 360 LEC vigente). En su ámbito propio, el Código Civil establece que “podrán ser testigos todas las personas (...) que no fueren inhábiles por incapacidad natural o disposición de la ley” (art. 1245), considerándose inhábiles por incapacidad natural, entre otras personas, “los locos o dementes” (art. 1246.1.º); precisándose, finalmente, que “la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos será apreciada por los Tribunales conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil” (art. 1248), que al respecto disponía que “los Jueces y Tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica” (v. art. 659 de la LEC derogada), expresándose en términos similares el nuevo texto legal (v. art. 376 LEC vigente). La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, con técnica más perfecta, dispone que “podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos” (art. 361 LEC). No existen, por el contrario, normas similares en el ámbito penal, salvo —en lo que aquí importa— lo establecido en el art. 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual “todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado”, lo cual, como es obvio, no constituye ninguna inhabilidad para ser testigo en el proceso penal sino simplemente una excepción a la obligación general de declarar como testigo; disponiéndose en cuanto a la valoración de la prueba que el Tribunal apreciará en conciencia las pruebas practicadas (art. 741 LECrim.), lo que supone el mantenimiento del principio de libre valoración de la prueba, si bien ha de decirse que ello habrá de hacerse en todo caso con el debido respeto a las exigencias de la razón y de la lógica, y a las enseñanzas de la ciencia y de la experiencia, de tal modo que en ningún caso se desconozca la interdicción de la ar-

bitrariedad de los Jueces y Tribunales, en cuanto poderes públicos (art. 9.3 CE).

Las personas que padezcan algún tipo de enfermedad mental o alguna deficiencia sensorial no por ello carecen, en principio, de aptitud para dar testimonio de cuanto hayan podido conocer por percepción directa, salvo que estén privados del órgano sensorial preciso o estén totalmente privados de razón en el momento de la posible percepción o en el de la prestación del testimonio. Las enfermedades mentales admiten, por lo general, el pertinente tratamiento médico, y quienes las padecen desarrollan frecuentemente su vida dentro de unos límites más o menos amplios de normalidad. En determinados casos, sin embargo, puede ser conveniente o necesario algún dictamen pericial sobre la capacidad de estas personas para deponer como testigos o sobre el posible grado de fiabilidad de sus testimonios. Pero, en general, los Jueces y Tribunales, especialmente éstos por su composición plural, en cuanto gozan del principio de inmediación en la percepción del testimonio, tienen, en circunstancias normales, elementos de juicio suficientes para valorar los testimonios de los testigos que ante ellos deponen y, en su caso, para decidir cuándo consideran necesario algún informe pericial sobre el particular, acerca de lo cual también las partes —tanto la acusación como la defensa— pueden instar lo procedente.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia en la línea que venimos exponiendo (v., *ad exemplum*, SS. de 6 de abril de 1992 —FJ 2.º—, de 24 de enero de 1994 —FJ 1.º— y de 9 de junio de 1997 —FJ 3.º—).

En el presente caso, el Tribunal de instancia ha hecho una serie de consideraciones razonables acerca del testimonio cuestionado, con expresa referencia al padecimiento de la esquizofrenia paranoide que sufría la testigo de cargo, a su conocimiento y trato con los individuos implicados en el hecho enjuiciado; destacando la “sencillez y claridad” de su testimonio, así como la claridad, contundencia y reiteración de sus declara-

ciones; descartando que dicho padecimiento haya afectado a su memoria, así como la posible existencia de motivos espurios en su testimonio, que finalmente se pone en relación con el resto de las pruebas practicadas y, particularmente, con las declaraciones del propio acusado (v. FJ 1.º).

No es posible, por todo lo dicho, negar la aptitud del testimonio de doña María R., en el contexto de toda la prueba practicada en esta causa, para poder enervar la presunción de inocencia del acusado. No debe apreciarse, por tanto, la vulneración de este derecho fundamental del acusado.

Sentencia 1493/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 25 de julio de 2001

APROPIACIÓN INDEBIDA.

Art. 252 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell**

SÍNTESIS

No existe apropiación indebida, por faltar la ajeneidad de la cosa, en la conducta de quien enajena un coche adquirido por el sistema de venta a plazos, con cláusula de reserva de dominio por el financiador, sin haber satisfecho todos los plazos. Dicha cláusula tiene un mero valor de garantía. A estos efectos, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos, modifica la situación legislativa precedente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) No se dan en el presente caso los elementos definitorios del tipo de la apropiación indebida. Si bien se ha constatado, y así lo ha reconocido el propio acusado, un acto de disposición mediante su venta de una cosa mueble, como es un vehículo automóvil, acto de disposición propio de quien se atribuye el dominio sobre el objeto de que se dispone, falta el requisito de que el vehículo fuera de ajena pertenencia, pues la reserva de dominio en favor de la financiera

que en el contrato de financiación para su compra se expresa en forma impresa en el reverso de ese contrato, se limita a decir que “se entiende conferido el dominio al financiador a los meros efectos de garantía”, con lo que se está contradiciendo en esa misma expresión de la finalidad garantizadora una verdadera naturaleza dominical de la atribución al financiador del dominio que por la cláusula se dice conferirse. Si el artículo 12 de la anterior Ley 50/1965, de 17 de julio, permitía comprender que en circunstancias como la aquí contemplada no se había trans-

ferido la propiedad de la cosa adquirida mediante financiación, tal artículo no ha sido recogido en el texto de la vigente Ley en la materia que deroga expresamente la de 1965 y, aunque en el artículo 7.º, 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio de Ventas a Plazos, se admite la posibilidad de que en el contrato se pacte una cláusula de reserva de dominio... “o cualquier otra garantía de las previstas y reguladas en el ordenamiento jurídico” frente al incumplimiento del deudor, según el siguiente artículo 16 de la misma Ley de 1998 citada, cabe el ejercicio de acciones que determinen procesos declarativos ordinarios, procesos monitorios, y procesos ejecutivos conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, y además de no existir el requisito de previa y verdadera propiedad del vehículo por la entidad

querellante, la conducta del acusado no muestra que obrara con ánimo de defraudar y de lucrarse con la enajenación del vehículo que realizó, del que constaba como titular en registros oficiales como el de la Jefatura de Tráfico, y del que tenía la propiedad. Una última precisión cabe hacer: es patente que el legislador, en la última regulación de las Ventas a Plazos a que se refiere la citada Ley de 1998, ha pretendido dejar el incumplimiento de lo que en ella se establece en el campo de efectos de las obligaciones civiles, siempre naturalmente que no concurren los elementos precisos para la existencia de delito, siguiendo una lógica tendencia a no recurrir al reproche penal, *última ratio* solo aplicable en casos de mayor gravedad de la conducta, pero no aplicable cuando de meros incumplimientos civiles se trata.

Sentencia 1293/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de julio de 2001

BLANQUEO DE CAPITALAS.

Art. 301 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

SÍNTESIS

Doctrina general en torno a los elementos caracterizadores del delito de blanqueo de capitales previsto en los artículos 301 y siguientes del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Duodécimo.—(...) Como se ha puesto de relieve por nuestra doctrina científica, el blanqueo, lavado o reciclaje del dinero proveniente de la comisión de delitos se ha convertido en un tema central de la política criminal dirigida contra la criminalidad organizada. Se ha dicho que el origen del mo-

vimiento legislativo en materia de blanqueo de capitales encuentra su raíz, fundamentalmente, en la lucha contra el tráfico de drogas. Mediante la adopción de medidas penales se procura en definitiva atacar a los destinatarios de los beneficios que produce una organización criminal a gran escala en cierto tipo de delitos, especialmente aptos para la obtención ilícita de ganancias im-

portantes. La realidad muestra que en la mayoría de las ocasiones los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de dinero o bienes procedentes de los mismos aparecen entrelazados íntimamente, al generar enormes beneficios económicos que necesitan ser introducidos en el circuito económico, comercial y financiero hasta darles apariencia de licitud y, además, como consecuencia de la apertura internacional de los mercados financieros, estos delitos extienden sus efectos en un ámbito que va más allá del espacio territorial de un país.

La regulación del blanqueo —dada su desaprobación generalizada— se ha realizado no sólo a nivel internacional y/o comunitario (con la Directiva 91/308/CEE, de 17 de junio relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales) sino también en el seno de cada ordenamiento jurídico nacional y esas medidas nacionales constituyen de algún modo el resultado de esa evolución internacional.

Aunque los textos legales no contienen propiamente definiciones del blanqueo de capitales, podemos extraer una aproximación de la tipificación que tales textos hacen de las conductas objeto de los mismos; así, a nivel internacional, el art. 3.1.c) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 (Convención de Viena), el art. 6 del Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito de 8 de noviembre de 1990 (Convenio de Estrasburgo) o el art. 1 de la directiva 91/308/CEE de la Unión europea de 10 de junio de 1991, y en el Derecho español debemos mencionar tanto el art. 1.1 de la Ley 19/1993 de 28 de diciembre sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y el art. 301 del vigente Código Penal. De este modo nos es muy útil señalar la definición que del blanqueo de capitales hace la Ley 19/1993 de 28 de diciembre, su art. 1.2 señala: “A los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la ad-

quisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades enumeradas en el apartado anterior [narcotráfico, terrorismo o delincuencia organizada] o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen, o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otros Estados”. Definición, en definitiva, llevada al nuevo Código Penal.

El legislador penal con la aprobación del nuevo Código Penal de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre), introduce ahora un único tratamiento punitivo, artículos 301 a 304, lo ubica en el capítulo XIV bajo la rúbrica “De la receptación y otras conductas afines”; delimita los delitos de encubrimiento, de receptación y de blanqueo, y ampliando el castigo a todos los delitos graves, y no sólo a los que tienen su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas; introduce su posible comisión por imprudencia grave o temeraria; proclama el principio de universalidad o de justicia mundial, conforme al cual se establece la competencia de los Tribunales españoles aunque el delito del que procedan los bienes o incluso los propios actos de blanqueo se hubieran realizado total o parcialmente en país extranjero; agravación de las penas cuando el delito referente sea de los denominados de narcotráfico; y se agrava también cuando los culpables sean funcionarios públicos o determinados profesionales —empresarios o intermediarios financieros—.

El artículo 301.1.º del Código Penal contiene tres modalidades comisivas y el 301.2.º, una más, referidas a los siguientes supuestos, todos ellos sancionados con la pena común de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. Son las siguientes: a) “El que adquiera, convierta o transmita bienes a sa-

biendas que éstos tienen su origen en un delito grave”. b) “Realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”. c) “Realizar (cualquier otro acto) para ayudar a otra persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”. d) Blanqueo sucesivo: “Realizar actos de ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho, sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos”.

La problemática en estos delitos suele radicar en la acreditación de la procedencia, y la conexión del sujeto activo con el delito antecedente de donde proceden las ganancias o ilícitos beneficios. A falta de prueba directa la jurisprudencia acude a la prueba indirecta o indiciaria que tanto el Tribunal

Constitucional, como esta propia Sala, consideran bastante para enervar la presunción de inocencia, a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados; y entre ellos: a) la cantidad de capital que es lavado o blanqueado, como elemento de primera aproximación, b) vinculación o conexión con actividades ilícitas o personas o grupos relacionados con las mismas, c) aumento desproporcionado del patrimonio durante el periodo de tiempo al que se refiere dicha vinculación; y d) inexistencia de negocios o actividades lícitas que justifiquen ese aumento patrimonial (Sentencias del TS 23 de mayo de 1997 y 15 de abril de 1998, entre otras). Por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia en cuanto a acreditar la procedencia de los bienes, y su conexión a un hecho punible, el Tribunal Supremo dictó Sentencia absolutoria de 7 de diciembre de 1996.

Sentencia 1593/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 11 de septiembre de 2001

LESIONES. TRATAMIENTO MÉDICO.

Art. 147 Código Penal

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

SÍNTESIS

A los efectos de la separación entre delito y falta de lesiones, constituye “tratamiento médico” el sometimiento a un calendario de actos médicos para comprobar una posible infección de SIDA, por parte de quien ha sido pinchado con una jeringuilla.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Con una indeseable frecuencia se ofrecen a la consideración de los Tribunales supuestos en los que la intimidación previa al robo de efectos está constituida por

la exhibición de una jeringuilla que atemoriza a la víctima no por las características físicas del instrumento empleado, sino por la posibilidad de que con ella se contagie el SIDA, la hepatitis u otra enfermedad de análogas características.

En el caso que ahora se analiza se afirma en los Hechos Probados de la sentencia que Juan P. se acercó a José R. “y enseñándole una jeringuilla le dijo: ‘Dame todo lo que tengas o si no te pincho, que tengo sida y sabes lo malo que es’.

En estos casos la víctima tiene que ser sometida a diversos controles analíticos para combatir inmediatamente la posible aparición de una enfermedad infecto-contagiosa o seropositiva.

Así le ha ocurrido a José R. al que ya a raíz de los hechos le fue apreciado en el Área de Urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Victoria de Málaga un pequeño punto que parece ser un pinchazo (folio 21), siéndole recetada una Vacuna V H B, con dosis a suministrar los días 19 de junio, 19 de julio y 19 de diciembre de 1997 (folio 23). Ello por posible punición con aguja en antebrazo izquierdo (folio 33).

Afirmándose en el parte de Sanidad del Médico Forense obrante al folio 29, emitido el 9 de julio de 1997, que persisten los estigmas de una mordedura, y que se mantienen los estudios sobre contaminación.

En la sentencia de instancia se afirma con valor fáctico que la víctima ha tenido que someterse a un complicado calendario de vacunas y a un seguimiento posterior, con la finalidad de comprobar la inexistencia del contagio de una enfermedad grave (Fundamento Jurídico Primero).

Y en el Fundamento Segundo se recogen las manifestaciones de la víctima en el sentido de que el acusado “le mordió e incluso le pinchó, habiendo vivido una pesadilla, teniendo que someterse a un complicado tratamiento de vacunas, ante la posibilidad de contagio de una enfermedad grave”.

Cuarto.—Cuando una persona se pone una inyección, pequeñas cantidades de su sangre pueden quedar adheridas a la aguja o jeringuilla utilizada. Si esa sangre contiene VIH —virus de inmunodeficiencia humana— y se inyecta otra persona con el mismo instrumento, existe la posibilidad de que se transmita el virus del SIDA.

En estos casos resulta de suma importancia recibir un tratamiento inmediato, por lo que toda persona que sospeche que pueda estar infectada con el VIH debe acudir a un centro de detección del SIDA.

Debiendo tenerse en cuenta que el organismo puede tardar hasta tres meses en desarrollar los anticuerpos; que si la prueba se lleva a cabo en el periodo de incubación, antes de que el organismo produzca los anticuerpos, los resultados pueden ser engañosos; y que por ello es fundamental para obtener un resultado correcto realizar una segunda prueba.

En este caso en la sentencia de instancia se declara probado que Juan P.B. llegó a un “cuerpo a cuerpo” con José R., al que dio un mordisco en el antebrazo derecho y una posible punición en el izquierdo con una jeringuilla que esgrimía.

Tal conducta produce un menoscabo en la integridad física de José R., derivada tanto de la mordedura sufrida como de la razonable probabilidad de haber sido pinchado con la aguja que portaba Juan P.

Dicho menoscabo ha precisado de una primera asistencia y, además, de un complicado calendario de vacunas y de un seguimiento posterior.

Tratamiento que deriva en causalidad natural de la relatada conducta, en cuanto que acometer a una persona mordiéndola y esgrimiendo una jeringuilla que se dice infectada, es medio adecuado para producir ese resultado.

Constituyendo también la realización efectiva de un peligro jurídicamente desaprobado creado por el acusado.

En definitiva, toda persona que sufra una agresión de las características de la experimentada por José R. en la ocasión de autos, debe someterse rápidamente a un tratamiento para combatir las nocivas consecuencias que de ella pueden derivarse; tratamiento incluido en el artículo 147 del Código Penal en cuanto supone algo más que un simple seguimiento facultativo de una lesión (ver sentencia 1661/1998, de 30 de diciembre).

Sentencia 1575/2001, Sala del Penal del T.S., de 17 de septiembre de 2001

DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA. PRUEBA INDICIARIA Y MOTIVACIÓN.

Arts. 14.5 PIDCP; 142 y 741 LECrim. y 248.3 LOPJ

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

SÍNTESIS

Se ocupa la Sala, entre otras, de dos cuestiones. Por una parte, del derecho a la doble instancia en el proceso penal, insistiendo en la línea que considera el recurso de casación como medio apto para satisfacerlo, mediante una interpretación amplia de sus requisitos. Por otra parte, de la motivación de la valoración de la prueba indiciaria, precisando el sentido que ha de darse a las manifestaciones exculpatorias inverosímiles o falsa según que existan o no otros indicios relevantes de cargo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—El octavo motivo alega vulneración del derecho a la doble instancia por entender que mientras no se regule por el legislador un recurso de apelación para las sentencias penales dictadas por las Audiencias Provinciales deben suspenderse los recursos de casación pendientes, para no vulnerar el art. 14.5.º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

El motivo carece de fundamento. Con independencia del criterio que pueda mantenerse sobre una futura reforma procesal que reordene y actualice el régimen de los recursos en materia penal —reforma que es únicamente competencia del Poder Legislativo— al Poder Judicial le incumbe, mientras tanto, hacer efectivo el régimen de recursos legalmente vigente, resolviendo los de casación que hayan sido interpuestos conforme a la Ley.

Recursos de casación, por otra parte, cuyos motivos son interpretados actualmente

por este Tribunal Supremo con la suficiente amplitud para satisfacer el derecho a un doble grado jurisdiccional, como ha reconocido reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, admitiendo para los recurrentes condenados y a través del amplio cauce de la presunción de inocencia, la posibilidad de revisar no sólo la concurrencia de prueba de cargo suficiente y lícita, sino también la racionalidad de su valoración, sin otro límite en la práctica que el respeto al principio de inmediación.

Décimo.—(...) debe ser estimado parcialmente el recurso en el sentido interesado por el Ministerio Fiscal, casando la sentencia impugnada exclusivamente por insuficiencia de motivación en cuanto a la valoración de la prueba en relación al acusado Colin D. y devolviendo la sentencia a la Audiencia para que, manteniendo íntegramente los aspectos referentes a los demás acusados incluido el condenado cuyo recurso ha sido desestimado, para evitar dilaciones indebidas, se razone suficientemente la valoración

probatoria en relación con este segundo recurrente, conforme a los criterios jurisprudenciales referidos a la prueba indiciaria.

Undécimo.—Estos criterios incluyen, en primer lugar que se exprese cuáles son los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción o inferencia, y en segundo lugar que se dé sucinta cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la doble convicción, primero sobre el acaecimiento del hecho punible—en este caso indiscutiblemente acreditado por prueba directa— y segundo sobre la participación en el mismo del acusado.

Ha de tenerse en cuenta, adicionalmente, que en principio las manifestaciones exculpatorias, aunque resulten inverosímiles o se revelen falsas, no pueden ser valoradas en contra de los acusados cuando no existen otros indicios relevantes de cargo que, por sí mismos, permitan deducir racionalmente su intervención en los hechos, pudiendo estar ocasionadas simplemente por el deseo de evitarse complicaciones policiales, o por otras razones ajenas a la participación en el delito (Sentencia 1 de febrero de 2000, núm. 83/2000, entre otras).

Ahora bien, como señalan las sentencias de 9 de junio de 1999 (núm. 918/1999) y 17 de noviembre de 2000 (núm. 1755/2000), la apreciación como indicio de la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones ex-

culpatorias del acusado, no implica invertir la carga de la prueba ni vulnera el principio *nemo tenetur, cuando existan otros indicios relevantes de cargo que, por sí mismos, permitan deducir racionalmente su intervención en los hechos*. En estos casos se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo, y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su incoherencia interna y por su incredibilidad, no solamente no desvirtúan sino que refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada.

La doctrina jurisprudencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo recuerda la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, en la que se afirma que cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación “reclamada” por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, *por un simple razonamiento de sentido común*, de que no existe explicación alternativa alguna.

Sentencia 1642/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 20 de septiembre de 2001

DOLO EVENTUAL. DELITO DE LESIONES.

Art. 150 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia ofrece un claro resumen de la posición de la Sala Segunda en torno al contenido del dolo en las lesiones agravadas por el resultado sobrenvenido: no basta el dolo genérico de lesionar, pero tampoco se exige dolo directo referido al resultado agravatorio, siendo suficiente el dolo eventual, concebido como conciencia del riesgo de que se produzca tal resultado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) Nuevamente el escrupuloso respeto a la literalidad del *factum*, impide cualquier calificación jurídica distinta a la realizada, con máxima corrección, por la Audiencia. Pues concurren todos los requisitos del tipo legal, a saber, la causación intencional —no por imprudencia, sino por dolo, aún cuando sólo sea a título de dolo eventual, o como dice la jurisprudencia un dolo de lesionar inespecífico— de una lesión de órgano no principal (bazo), que exigió el tratamiento quirúrgico —extirpación del bazo—.

En orden al reproche personal de dicho resultado —culpabilidad— niega la concurrencia del dolo específico de querer dañar o inutilizar un órgano no principal, en este caso, el bazo.

Sobre este punto, no es ocioso recordar, como dice la sentencia de esta Sala de 5 Setiembre 2001, la supresión realizada por el legislador de la expresión “de propósito” que figuraba en los artículos 418 y 419 del Código Penal de 1973, sustituyéndola por la

más genérica de “causare a otro”, lo que ha hecho que la doctrina y la jurisprudencia coincidan en afirmar que el nuevo Código no existe en estos tipos delictivos un dolo directo o específico, siendo suficiente para su aplicación que el resultado esté abarcado por el dolo eventual.

Además, constituye el delito de lesiones, uno de los que más profusamente se comete mediante esta clase de dolo. Así, quien dirige voluntariamente un contundente y enérgico golpe contra la cara de otro, puede esperar que dañe seriamente un ojo, hasta el punto de perder la visión; le parta la ceja, y sea necesario aplicar puntos de sutura; o le cuartee uno o varios incisivos; o simplemente precise, el ofendido, primera asistencia facultativa.

El riesgo o peligro ínsito en la acción realizada permite representarse tales resultados, por ser la conducta desplegada adecuada para producirlos. Lo característico de este tipo de dolo es la variabilidad de los resultados esperables.

Consecuentemente, cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas

que no puede controlar, debe responder de los resultados lógicos y propios del peligro creado, aunque no persiga tal resultado típico. “El dolo eventual —sentencia del Tribunal Supremo de 23 abril 1992—, por tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor”.

Cierto es que no basta el dolo genérico o indeterminado de lesionar, para aplicar el artículo 150 del Código Penal, sino que es necesario concorra, al menos, dolo eventual respecto del resultado agravado determinante de la cualificación.

En el caso enjuiciado las circunstancias del hecho permiten inferir que quien voluntaria y deliberadamente golpea con contundencia al abdomen de otro, tiene el alto riesgo de dañar seriamente, alguno de los órganos o vísceras que el abdomen alberga. Así pues, el acusado debió necesariamente pre-

ver y aceptar el elevado riesgo de que, como consecuencia natural y adecuada de los golpes, se produjera una lesión del bazo, que obligara a extirparlo.

En conclusión y recogiendo la doctrina de esta Sala, en algunos casos de repercusión social —caso Bultó: Sentencia de 27 diciembre 1982, o el síndrome tóxico: Sentencia de 23 abril 1992—, cuando el sujeto activo conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción que pone en riesgo específico la integridad corporal del otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo, pues sabe lo que hace y de dicho conocimiento o actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado que constituye consecuencia natural adecuada y altamente probable de la situación de riesgo, que colocó a la víctima; en nuestro caso, propinándole violentos golpes en el cuerpo y en particular en el abdomen.

Sentencia 1680/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de septiembre de 2001

QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA.

Art. 468 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis**

SÍNTESIS

Incurrir en quebrantamiento de pena privativa de libertad (primer inciso del art. 468 del CP) el que quebranta el arresto sustitutorio impuesto judicialmente por impago de la multa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El único motivo del recurso, deducido por el cauce casacional del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con expresa referencia al artículo

25.1 de la Constitución —que se considera infringido— denuncia, en último término, infracción de ley “por indebida aplicación del artículo 468 del Código Penal, al ser condenado el acusado por un delito de que-

brantamiento de condena, cuando la pena impuesta era una multa de 15.000 ptas. con arresto sustitutorio en caso de impago”, razón por la que la parte recurrente entiende que “los hechos enjuiciados no constituyen más que el delito contemplado en el segundo inciso del artículo 468 del Código Penal, puesto que su condena no era ni medida de seguridad, ni prisión, ni medida cautelar, ni conducción ni custodia, por lo que se le ha de aplicar una pena de multa al tratarse de un quebranto de condena de los demás casos”.

Contrariamente a esta tesis, la Audiencia Provincial, tras reconocer la habilidad con la que la misma fue esgrimida en la instancia por la defensa del acusado, se decanta por la mantenida por el Ministerio Fiscal, porque “de la lectura del art. 468 del Código Penal se desprende que lo que en el mismo se castiga es el quebrantamiento de una condena, de contenido penal y, con independencia de que esa condena pueda consistir en una u otra modalidad,...”, y porque “al margen de la naturaleza que se entienda que tiene el arresto sustitutorio de la pena de multa, lo cierto es que el mismo lleva aparejada una privación de libertad y, si esa privación de libertad se viola, se está quebrantando una condena, y además, lo está haciendo quien se encuentra privado de libertad por tal condena”, sin que dicho argumento ceda “por la circunstancia de que dicho arresto se permita cumplir en el propio domicilio”, por cuanto ello “no deja de suponer una privación a la libertad deambulatoria que, en último término, a eso se circunscribe cualquier medida privativa de libertad” (FJ 1.º).

El Ministerio Fiscal ha impugnado el recurso alegando sustancialmente que “el hecho de que, (...) la privación de libertad o arresto sea una pena aplicada sustitutoria-mente a la pena de multa no cambia la esencia de tal pena”.

El artículo 468 del Código Penal, dentro del Título de los delitos contra la Administración de Justicia, castiga a “los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o cus-

todia”, estableciendo una distinta penalidad según que el culpable estuviere privado de libertad o no.

Hemos de reconocer que no es todo lo feliz que sería de desear la redacción que el texto refleja y que no son pocos los problemas que ello ha planteado. No obstante, parece indudable que lo que en el citado precepto se sanciona no es otra cosa que el quebrantamiento de la resolución judicial. La penalidad que el precepto establece distingue según que el que cometiere el hecho estuviere privado de libertad o no, imponiendo una sanción más grave en el primer caso.

En el presente caso, el hoy recurrente fue condenado, en un juicio de faltas, al pago de una determinada multa, que, por su condición de insolvente, le fue sustituida por tres días de arresto, a cumplir en su propio domicilio, con expresa indicación de las fechas en que habría de cumplirlo (“los días 1 y 2 de octubre de 1997”), obligación que, como se dice en el relato fáctico de la sentencia recurrida, “no cumplió”.

Ciertamente, el hoy recurrente fue condenado en el juicio de faltas al pago de una multa, cuyo incumplimiento —según la dicción literal del precepto cuya infracción se denuncia (“en los demás casos”)— parece que, como sostiene la parte recurrente, debe llevar aparejada la sanción “multa de doce a veinticuatro meses”. No es ésta, sin embargo, la tesis correcta, por la sencilla razón de que el incumplimiento de la pena de multa tiene un tratamiento específico en el Código Penal cual es el sometimiento del obligado “a una responsabilidad personal subsidiaria” (art. 53.1 y 2 C.P.). Y, por ello, en el presente caso, la autoridad judicial —ante el impago de la multa— impuso al condenado un arresto de tres días, lo que, sin duda, constituye una pena privativa de libertad, que es la que el hoy recurrente ha incumplido; de ahí que la pena que debe imponerse al mismo por este hecho no puede ser otra que la de “prisión de seis meses a un año”, como acertadamente ha hecho el Tribunal de instancia.

Sentencia 1677/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 25 de septiembre de 2001

PREVARICACIÓN.

Art. 404 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se resume la doctrina jurisprudencial relativa a los elementos que deben concurrir para entender presente el delito de prevaricación administrativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Siguiendo la STS de 12 de junio de 1998 que, como otras muchas de similar contenido, plasma la doctrina de esta Sala respecto al delito de prevaricación, este tipo penal exige: A) Que una Autoridad o funcionario público dicte en asunto administrativo una resolución, que como dice la Sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 1995, es cualquier acto administrativo que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los derechos de los administrados (Sentencia de 26 de febrero de 1992), es decir, cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral (Sentencia 364/1994, de 21 de febrero). B) Que la resolución sea “injusta”; o como dice el vigente Código Penal de 1995 “arbitraria”; es decir, no adecuada a la legalidad, tanto si se trata de actividad reglada como si se trata de una actividad discrecional —desviación de poder— (Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981). No basta cualquier ilegalidad, sino que según reiterada doctrina de esta Sala tiene que tratarse de “una contradicción con el orde-

namiento tan patente y grosera, esperpéntica se ha dicho en otras ocasiones, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho” (Sentencias de 10 de mayo de 1993; 21 de febrero, 27 de mayo y 10 de noviembre de 1994; 25 de marzo y 20 de abril de 1995; 14 de marzo de 1996; 7 de febrero, 3 de marzo y 23 de abril de 1997). Concretamente como ha declarado esta Sala en Sentencia de 14 de noviembre de 1995 la “injusticia” que tal actuación administrativa proclama “puede venir referida en la absoluta falta de competencia del inculpado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución de modo que ésta implique un torcimiento del Derecho (Sentencia de 20 de abril de 1995). La omisión de los trámites procedimentales o formales, custodia y salvaguarda de las adecuadas garantías y a cuyo través se ha de plasmar necesariamente la resolución de la Autoridad o del funcionario público genera este delito (Sentencias de 24 de abril de 1988, 17 de septiembre de 1990, 10 de abril y 10 de diciembre de 1992, y 21 de febrero de 1994)”. C) Que la resolución se dicte a sabiendas de su injusticia,

esto es, con clara conciencia de la arbitrariedad o ilegalidad de la resolución; elemento culpabilístico que no es suficiente con que sea deducido de consideraciones más o menos fundadas sino que se evidencie como

elemento subjetivo del tipo más allá de toda duda razonable (Sentencias de 22 de septiembre de 1993, 3 de noviembre de 1992, 14 de febrero de 1994 y 10 de julio de 1995).

Sentencia 1716/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 25 de septiembre de 2001

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO. ALZAMIENTO DE BIENES.

Arts. 19, 101 y 519 Código Penal 1973

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

SÍNTESIS

La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes comporta la declaración de nulidad de los negocios jurídicos celebrados por el deudor que se alza con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...) Tiene declarado esta Sala (cfr. Sentencia 22 de julio de 1994) que lo correcto es reintegrar la situación anterior al alzamiento de bienes, anulando los actos jurídicos patrimoniales que lo provocaron y reintegrando así al patrimonio del deudor los bienes ilícitamente extraídos del mismo mediante actos viciados.

La declaración de nulidad de los negocios jurídicos celebrados por el deudor que se alza con sus bienes en perjuicio de sus acreedores es una consecuencia del vicio de la voluntad de que adolecen al estar impulsados por la decisión de dar cobertura lícita a un propósito delictivo que no es otro que defraudar las legítimas aspiraciones de los acreedores de hacerse pago con la totalidad de los bienes en virtud del principio de res-

ponsabilidad universal proclamado en el Código Civil. Existe una voluntad simulada cuyo único propósito es deshacerse del patrimonio con objeto de impedir u obstaculizar la aprehensión de los bienes como cobertura del pago en metálico de las obligaciones contraídas. La consecuencia lógica de todo ello, como ya se ha dicho, es la nulidad de los negocios jurídicos transmisivos y así se viene declarando de manera constante por la jurisprudencia de esta Sala.

Es asimismo constante doctrina de esta Sala, como son exponentes, entre otras, las Sentencias 4 noviembre 1981, 3 diciembre 1983, 11 junio 1984, 14 diciembre 1985, 19 enero 1988 y 27 enero 1990, 16 marzo y 12 junio 1992, y 26 de marzo de 1993, que la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes no debe comprender el montante de la obligación que el deudor

quería eludir, debido a que esta obligación no nace del delito y porque la consumación de esta figura delictiva no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, sino a la colocación en un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores; por ello, lo que procede es la restauración del orden jurídico alterado por las acciones simuladas de venta de fincas declarando la nulidad de las escrituras públicas de compraventa de las fincas vendidas por los procesados, así como la cancelación de las respectivas inscripciones en el Registro de la propiedad, reponiendo las fincas vendidas a la situación jurídica en que se encontraban en la fecha de los respectivos contratos, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo, sin perjuicio de que los acreedores puedan ejercitar las ac-

ciones correspondientes para la efectividad de su crédito.

(...)

Así las cosas, la respuesta adecuada, desde el punto de vista civilístico es la de la anulación de todos los contratos fraudulentamente celebrados con objeto de sustraer los bienes a la acción de los acreedores. Desde el punto de vista del derecho civil, la solución no presenta objeciones ya que la declaración penal de la existencia del delito y del propósito defraudatorio, nos sitúan ante un acto revestido de apariencia válida pero viciado por aplicación de las normas generales de la validez de los contratos (artículo 1261 del Código Civil) y más concretamente al estar afectado por una causa ilícita, lo que ocasiona la imposibilidad de surtir efecto alguno (artículo 1275 del Código Civil).

Sentencia 1665/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de septiembre de 2001

VISIONADO DE FOTOGRAMAS POR EXPERTOS POLICIALES.

Arts. 297 y ss. LECrim.

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

SÍNTESIS

Se analiza la naturaleza y eficacia probatoria del reconocimiento de los autores por expertos policiales que visionaron los fotogramas de un atraco, calificándola de especial forma de pericia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) La identificación realizada por unos funcionarios de la policía especialistas en la investigación de atracos y que

no consta que interviniesen en las diligencias que dieron lugar al atestado, plantea algunas cuestiones sobre sus efectos probatorios y naturaleza de la prueba. El artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

está contemplando la posibilidad, indiscutida, de que los policías que redactan los atestados y hacen manifestaciones en los mismos, puedan adquirir el carácter de testigos en cuanto se refieran a un hecho de conocimiento propio. Reforzando esta postura el artículo 717 del mismo cuerpo legal, valora las declaraciones de los funcionarios de la policía judicial como declaraciones testimoniales y apreciables como éstas, según las reglas del criterio racional. En el caso presente después de redactado el atestado por un funcionario policial, otros agentes adscritos

al grupo antiatracos visionan las cintas y reconocen sin lugar a dudas a los dos acusados, como los autores del hecho enjuiciado (...).

Las identificaciones realizadas por especialistas de la policía que no han intervenido en las diligencias que dan lugar al atestado, podrían ser consideradas como una especial forma de pericia que se debe reproducir, como se ha hecho en el caso presente, en el acto del juicio oral, por lo que, en principio, no hay obstáculos para su validez.

Sentencia 1705/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 29 de septiembre de 2001

DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.

Art. 347 bis Código Penal 1973

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre los delitos contra el medio ambiente, concretada en un supuesto de vertido de aguas residuales urbanas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) El medio ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional, puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el art. 45.1 de la Norma fundamental. La importancia de este valor aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de “intervención mínima” cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas a los que lo violan. El citado art. 45

CE, en su tercer apartado, proporciona una pauta a seguir en este sentido al prever que la ley establecerá “sanciones penales o, en su caso, administrativas” para los que violen el medio ambiente. Debe tomarse, en consecuencia, con ciertas reservas la afirmación —deslizada ocasionalmente en alguna resolución de esta misma Sala— de que el derecho penal actúa, en la protección del medio ambiente, de forma accesoria y subsidiaria con respecto al derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra el medio ambiente presuponga que sea grave

el peligro para la salud de las personas o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivados de la acción típica y otra, completamente distinta y no acorde con la relevancia del bien jurídico protegido, es que la interpretación del art. 347 bis CP 1973 —y de los preceptos que lo han sustituido y ampliado en el capítulo III del título XVI CP 1995— haya de hacerse sistemáticamente bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima.

El mandato constitucional de proteger penalmente el medio ambiente no fue cumplido hasta que se introdujo en el CP 1973 el art. 347 bis por obra de la Ley Orgánica 3/1989, pero ya con anterioridad la Ley de Aguas de 2-8-85 y el Reglamento de Dominio Público Hidráulico que la desarrolló parcialmente, aprobado por Real Decreto de 11-4-86, establecieron una regulación de la materia que, de acuerdo con la Directiva 76/464 del Consejo de la CEE, proporcionó las normas protectoras básicas con que posteriormente hubo de ser integrado el art. 347 bis CP 1973 —precepto penal parcialmente en blanco— cuando las conductas típicas atentatorias contra el medio ambiente tuviesen como objeto las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas. En la primitiva redacción de la Ley de Aguas —modificada luego por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre en un sentido de mayores y más precisas exigencias—, tras anunciarse en su art. 84 que “son objetivos de la protección del dominio público hidráulico contra su deterioro: a) Conseguir y mantener un adecuado nivel de calidad de las aguas” y evitar cualquier “actuación que pueda ser causa de su degradación”, se disponía en su art. 92 que “toda actividad susceptible de provocar la contaminación o degradación del dominio público hidráulico y, en particular, el vertido de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales requiere autorización administrativa”. Las autorizaciones de vertido —se decía en el art. 93 de la misma Ley— deberían concretar todos los extremos que por vía reglamentaria se exigiesen

—previsión a que detalladamente correspondieron los arts. 245 a 252 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico— y “en todo caso, quedarán reflejados en ellas las instalaciones de depuración necesarias y los elementos de control de su funcionamiento, así como las límites que se impongan a la composición del efluente”. Dos consecuencias cabe extraer de las normas que acabamos de mencionar y parcialmente transcribir, en relación con la presunta infracción legal atribuida en este primer motivo del recurso a la Sentencia impugnada. La primera es que no es exacto que, cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, no estuviesen vigentes preceptos protectores de la calidad de las aguas cuya contravención pudiese constituir el elemento normativo capaz de integrar los hechos enjuiciados en el art. 347 bis CP 1973. Existía, por el contrario, una prohibición legal de verter, sin autorización administrativa, aguas o productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales. Y la segunda es que la obligatoria autorización administrativa no era en absoluto, contra lo que opina el Tribunal de instancia, un requisito meramente formal puesto que no podía ser concedida sin que en ella se concretasen “las instalaciones de depuración necesarias y los elementos de control de su funcionamiento”. La existencia de adecuadas instalaciones de depuración era, pues, presupuesto necesario para que la Administración hidráulica autorizase el vertido de aguas residuales que se describe en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida y la autorización a su vez, si se concedía, era la condición inexcusable de la licitud del vertido porque el hecho de haber sido concedida garantizaba que aquél, a través de la necesaria depuración, no degradaba la calidad de las aguas a que afluía.

Tiene razón, por consiguiente, el Ministerio Fiscal cuando considera errónea la interpretación que en la Sentencia recurrida se ha hecho de la Directiva 91/271 del Consejo de la CEE, así como de la normativa nacional que la ha trasladado a nuestro ordenamiento, constituida por el Decreto-Ley de

28 de diciembre de 1995 y el Real Decreto de 15 de marzo de 1996. Lo que en estas disposiciones comunitarias y nacionales se establece es que las aguas residuales urbanas procedentes de aglomeraciones de población situadas entre 2.000 y 10.000 habitantes —en cuyo caso se encuentra el municipio en que acontecieron los hechos enjuiciados— deben ser objeto de tratamiento depurativo de tipo secundario —biológico o equivalente— concediéndose a las autoridades responsables un plazo para instalarlo que concluye el 31 de diciembre de 2005. Pero ello no significa, naturalmente, que antes del vencimiento de ese plazo tales vertidos fuesen y sean incondicionalmente lícitos. Lo serán —y lo serían en los años 1993 a 1995 en que se han datado los hechos— si acreditándose la instalación del oportuno tratamiento depurativo, no forzosamente secundario o biológico pero sí primario o físico-químico, se obtiene la debida autorización de la Administración hidráulica a la que incumbe comprobar, antes de su concesión y durante la vigencia de la misma, si se adoptaron y funcionan adecuadamente las medidas protectoras, cualquiera que fuese su naturaleza, de la calidad de las aguas.

A la luz de las precedentes consideraciones, es claro que en los hechos declarados probados de la Sentencia recurrida se describe una conducta en la que concurren todos los elementos integrantes del delito previsto y penado en el art. 347 bis CP 1973:

a) el vertido al cauce de un río de las aguas residuales domésticas de una urbanización; b) el devastador efecto de dicho vertido, elocuentemente expresado en el “factum” con la constancia de que a partir de su localización “el agua de la riera adquiría una tonalidad blanquecina y desprendía olor a cloaca, habiendo causado ello la desaparición de la flora y fauna del citado tramo del curso fluvial”; y c) la infracción de los mencionados artículos de la Ley de Aguas y Reglamento de Dominio Público Hidráulico que protegen la calidad de las aguas continentales imponiendo la necesidad de autorización administrativa para el vertido de aguas residuales y exigiendo indirectamente la existencia de adecuadas instalaciones de depuración. Y conviene añadir, con respecto a la concurrencia en el caso, de este último elemento del tipo —el normativo— que los responsables del vertido de las aguas residuales en el cauce de un río no sólo se abstuvieron de solicitar la preceptiva autorización, sino que no se cuidaron de crear las condiciones mínimas para solicitarla con éxito, toda vez que la depuradora situada entre el colector por el que discurrían las aguas residuales y la riera se encontraba desmantelada y en estado de abandono, de suerte que al llegar aquéllas a la arqueta de la que había sido depuradora eran desviadas y vertidas en plena riera. Hemos de llegar a la conclusión, en consecuencia, de que se infringió el art. 347 bis CP 1973 al no aplicarlo a los hechos probados, por lo que procede estimar el primer motivo del recurso.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Auto 54/2001, AP VIZCAYA, Sec. 2.^a, de 13 de febrero de 2001

SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES EN HUELGA, APERTURA DE EXPEDIENTE DISCIPLINARIO Y DELITO CONTRA LA LIBERTAD SINDICAL.

Art. 315 Código Penal.

Ponente: **Ilma. Sra. D.^aM.^a Jesús Real de Asúa Llona**

SÍNTESIS

Para que la sustitución de los trabajadores en huelga por otros alcance el rango de hecho delictivo es necesario que se lleve a cabo “mediante engaño o abuso de situación de necesidad”.

La apertura de expedientes disciplinarios a los trabajadores por parte del empleador no constituye per se “intimidación” en el sentido jurídico-penal.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—El delito contra la libertad sindical y derecho de huelga de los párrafos 1.º y 2.º del citado artículo del C.P., tiene como bienes jurídicos particulares protegidos, los de la libertad sindical, —artículo

28.1 CE.— y el derecho de huelga —artículo 28.2 CE—.

Sobre ello conviene recalcar algunas mínimas precisiones efectuadas por el TC: El derecho de huelga, como derecho de los trabajadores para colocar el contrato de trabajo

en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, admite como titulares a los trabajadores que presten trabajo retribuido por cuenta ajena, —STC 11/1981 de 8 de abril—, cuyo régimen de ejercicio, requisitos, etc. (...) corresponde al derecho laboral. Sujeto activo del ilícito penal puede serlo el empleador, asociación patronal, Administraciones Públicas o cualquier otra persona, Entidad, Corporación pública o privada que lesione los derechos citados. Estamos en definitiva en presencia de un delito común que puede ser cometido por cualquiera, aunque normalmente lo sea el empresario. Sujeto pasivo, lo será el trabajador en sentido amplio, —Art. 1.2 LÓLS—.

La conducta típica consiste en limitar o impedir el derecho de libertad sindical o de huelga. Por “limitar”, se entiende el obstaculizar, poner rémoras, impedimentos o perturbarlo; pero la limitación ha de ser de cierta entidad por la idoneidad del instrumento lesivo, bien por la especial gravedad de la finalidad o resultado perseguido con el comportamiento, dejando al margen cualquier otra conducta que no suponga un riesgo tan importante para el bien jurídico tutelado.

Por “impedir”, debe entenderse, coartar de modo definitivo y permanente el ejercicio del derecho, negarlo por completo.

Tercero.—Hecha esta precisión, analizaremos, a continuación, si en este supuesto concreto se dan los requisitos exigidos en la norma, en orden a una eventual consideración de la conducta de los querellados como penalmente reprochable.

El párrafo 1.º del artículo 315, —tipo básico—, exige engaño o abuso de necesidad, mientras que el párrafo 2.º del citado artículo exige fuerza, violencia o intimidación. Por engaño se designa la acción y efecto de hacer creer a alguien lo que no es verdad. Por abuso de necesidad, puede entenderse cualquier clase de aprovechamiento, o el hacer un uso excesivo e indebido de su especial posición de fuerza en la relación laboral, en relación a causas económicas, familiares, de

edad, salud, ignorancia o cualesquiera otras. Parece, en cualquier caso que tales elementos del tipo penal están más orientados a proteger el derecho de libertad sindical que el de huelga, a diferencia de los comprendidos dentro del párrafo 2.º

Considera la apelante que el hecho de sustituir a los trabajadores en huelga por otros trabajadores no huelguistas, “se revela como la conducta más nociva, (junto con el cierre patronal), que el empresario puede seguir para la neutralización del derecho de huelga, desnaturalizándolo”. Mas si bien es cierto que hubo una sustitución ilegítima del personal en huelga, no es menos cierto que esa sustitución no se llevó a cabo mediante engaño o abuso de situación de ninguna clase, entendiéndolos en el sentido al que hemos hecho referencia en el párrafo anterior y que es el exigido en la norma penal, toda vez que aunque esa conducta podría ser susceptible de reprochabilidad en la jurisdicción laboral, como parece haberlo sido, no lo es en la penal, ya que no alcanza la gravedad requerida para integrar la infracción criminal.

Alega asimismo la recurrente que los querellados ejercieron actos de presión intimidante a los huelguistas al abrirles expedientes disciplinarios y pliegos de cargos previos a la sanción laboral por su participación en piquetes, considerando ese proceder como integrante del tipo agravado del párrafo 2.º del artículo 315 C.P., alegación que esta Sala tampoco comparte toda vez que independientemente de que ésa sea una potestad legítima del empresario, no debe olvidar la recurrente que los derechos de unos terminan donde empiezan los de los otros, por lo que tampoco es constitutiva de infracción penal.

Si a todo ello añadimos el hecho incuestionable de que la huelga se llevó a cabo de modo efectivo por parte de los querellantes-apelantes, por lo que no fue impedida ni limitada; que los hechos alegados en la querrela, aun siendo encuadrables en la Ley 8/1998, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, no tienen la gra-

vedad suficiente para integrar la infracción criminal; de que ni siquiera las citas jurisprudenciales de la querellante para corroborar sus alegaciones han sido dictadas en causas penales, sino que lo han sido en causas laborales, o cuando traen causa de una de éstas, como ocurre con el recurso de amparo constitucional 322/85, otorgado por STC

254/1988, de 21 de diciembre, el delito había sido imputado no ya al empleador sino a los trabajadores huelguistas en base al artículo 496 del derogado Código Penal; y, por último, que el derecho penal está regido por el principio de intervención mínima, es por lo que este Tribunal ha de desestimar el recurso planteado.

Sentencia 151/2001, AP VIZCAYA, Sec. 3.ª, de 16 de marzo de 2001

ABSOLUCIÓN DE LOS DELITOS DE CONDUCCIÓN BAJO INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS Y DESOBEDIENCIA.

Arts. 378 y 380 Código Penal y art. 21 Reglamento General de Circulación

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana Isabel Gutiérrez Gegundez**

SÍNTESIS

La negativa a practicar las pruebas de alcoholemia por parte de quien no presenta síntomas de conducir bajo influencia de bebidas alcohólicas sólo puede constituir infracción administrativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...) El conjunto de tales testificales, (...) en los funcionarios se observan amplias vaguedades, indefiniciones e incluso introducen aspectos contradictorios, que a nuestro entender no permiten más allá de toda duda razonable determinar que el Sr. B. condujera precisamente bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

(...)

Tercero.—Debe hacerse ahora mención al delito de desobediencia imputado. Es doctrina jurisprudencial el abordar el estudio de la negativa a someterse al control de alcoholemia la existencia de una clara distinción entre los supuestos previstos en los números 1 y 2 del art. 21 del Reglamento General de Circulación, en cuyos casos la negativa debe incardinarse dentro del tipo penal del citado artículo y los supuestos de los números 3 y 4 del mismo precepto, en

los que se hace necesaria una nueva distinción si los agentes que pretendan llevar a cabo la prueba advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas, y se lo hacen saber así al requerido la negativa de éste debe tipificarse también en el delito de desobediencia del citado art. 380 pero en cambio cuando no se adviertan tales síntomas la negativa

del requerido no rebasa los límites de la sanción administrativa. (...) No estimándose suficientemente constatada la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y por tanto el estado del Sr. B. R. no resulta por tanto de dichas circunstancias aplicable el citado art. 380 del C. P. y por tanto entendemos procede la absolución del citado delito de desobediencia.

Auto AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 26 de marzo de 2001

MEDIDA DE ALEJAMIENTO ADOPTADA COMO CAUTELAR EN LA INSTRUCCIÓN.

Art. 544 bis LECrim., en la redacción de la LO 14/1999, de 9 de junio.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Albert Pons Vives**

SÍNTESIS

Como indica el auto seleccionado, cabe la posibilidad de adoptar, inaudita parte, durante la instrucción, la medida cautelar de alejamiento del presunto autor respecto de la víctima, pues su régimen no es parangonable con el de la prisión preventiva. También resalta que, al adoptarse como una mera cautela, no se puede someter a la disciplina de la pena accesoria de su mismo contenido.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—El apelante impugna la resolución de la Juez “a quo” por considerar que la medida cautelar recurrida se ha adoptado “inaudita parte”, vulnerando el derecho fundamental a la presunción de inocencia, apartado segundo del artículo 24 de la Constitución.

Sin perjuicio de que el derecho fundamental a la presunción de inocencia tiene un contenido diferente del manifestado por el

recurrente, debemos señalar que no se ha producido ningún tipo de indefensión al apelante, toda vez que el Juzgado “a quo” se ha ajustado a las previsiones legales en la adopción de la medida cautelar, ya que el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añadido por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, no prevé la audiencia previa para la adopción de las medidas cautelares de alejamiento, a diferencia de la adopción de la medida cautelar de prisión provisional,

artículo 504 bis 2 y párrafo tercero del artículo 539 de la Ley Procesal Penal.

El apelante impugna asimismo la resolución de la Juez “a quo” por supuesta errónea aplicación del precepto. Dicho motivo no puede prosperar toda vez que no nos encontramos ante la imposición de una pena accesoria, con fundamento en el artículo 57 del Código Penal, sino que el Juez “a quo” adopta una medida cautelar personal en base al citado artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicho artículo dispone que en los casos en que se investigue un delito mencionado en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario para la protección de la medida adoptar alguna de las medidas prohibitivas que el propio artículo regula. El artículo 57

del cuerpo penal material menciona entre otros delitos los delitos de lesiones. Así pues, no se refiere exclusivamente al delito de lesiones de violencia habitual en el ámbito familiar, artículo 153 del Código Penal, sino genéricamente a los delitos de lesiones contemplados en el Título III del Libro II del Código Penal. Consecuentemente, la supuesta falta de acreditación de la habitualidad no tiene trascendencia en la adopción de las medidas de alejamiento previstas en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por otra parte la manifestación del apelante según la cual no existe una acreditación de la habitualidad o de la peligrosidad resulta incierta toda vez que la declaración de la denunciante ante el Juez de Instrucción de 7 de febrero de 2001 se desprende tanto la habitualidad de los hechos como la peligrosidad del sujeto.

Sentencia 55/2001, AP SEVILLA, Sec. 4.ª, de 2 de abril de 2001

LA ADHESIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN PERMITE AMPLIAR EL “THEMA DECIDENDUM”

Art. 795.4 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel de Patil Velasco**

SÍNTESIS

En el juicio de faltas y en el procedimiento abreviado de doble instancia la adhesión al recurso de apelación permite al apelado, a su vez, recurrir la sentencia siempre que, para evitar indefensión, se dé traslado a la otra parte de esta impugnación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segunda.—(...) Ciertamente, una constante doctrina del Tribunal Supremo viene

estableciendo, con referencia al recurso de casación, que la adhesión que realiza una parte al recurso interpuesto por otra no puede entenderse como un nuevo recurso inde-

pendiente formalizado con posterioridad al primero, sino que sólo puede suponer el establecimiento de una alianza tácita con la parte que con prioridad impugnó; debiendo adaptarse totalmente a la postura procesal e impugnativa de éste, sin que mediante la adhesión puedan plantearse cuestiones distintas de las que viene a apoyar (...) Pero este criterio restrictivo, (...) no puede extrapolarse sin más a un recurso ordinario y de tramitación simplificada, como es el de apelación.

Entiende por ello este órgano de apelación que en el juicio de faltas, y también en el procedimiento abreviado de doble instancia, la adhesión a la apelación permite, al igual que en el proceso civil, una ampliación del "thema decidendum" de la alzada, configurándose así como una apelación subordinada en el tiempo; es decir, una ocasión que la ley le da al apelado que, habiendo experimentado gravamen por la resolución impugnada, la acepta en principio (sin recurrir dentro de plazo con carácter principal), pero condicionando mentalmente su aquietamiento a que la contraparte tampoco apele. La institución procesal así diseñada tiene una utilidad práctica indudable, en cuanto da respuesta adecuada a supuestos perfectamente razonables y harto frecuentes en la praxis judicial cotidiana, y no redundante en merma alguna de garantías procesales para las restantes partes; siempre que se respete,

como se ha hecho en el supuesto que nos ocupa, el principio de contradicción, mediante traslado de la apelación adhesiva a efectos de su posible impugnación. (...) Así lo ha admitido también el Tribunal Constitucional, tanto respecto a la adhesión a la apelación en el juicio de faltas (sentencias 163/1986, de 17 de diciembre, 92/1987, de 3 de junio, 242/1988, de 18 de diciembre, o 279/1994, de 17 de octubre) como en contemplación de lo dispuesto en el antiguo artículo 792.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del que el vigente artículo 795.4 es fiel trasunto (sentencias 53/1987, de 7 de mayo, y 91/1987, de 3 de junio). En el mismo sentido, y con referencia ya al procedimiento abreviado, sentencia 162/1997, de 3 de octubre, FJ 3.º

Que no existe ningún obstáculo de principio para admitir en el proceso penal una apelación adhesiva de contenido impugnativo autónomo lo demuestra la introducción expresa de la denominada apelación supeditada en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado [artículo 846 bis b), pfo. 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado por Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo]; bien que con la peculiaridad de supeditar el mantenimiento de la apelación adhesiva a la continuidad de la principal, supeditación que carece de sentido en aquellos procesos, como el juicio de faltas, en que no existe tramitación de la segunda instancia ante el órgano *ad quem*.

Sentencia 204/2001, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 17 de abril de 2001

ROTTWEILER SUELTO QUE LESIONA A PERSONAS. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA TAN SÓLO DE LA FALTA DEL ART. 631 CÓDIGO PENAL.

Art. 631 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pedro Izquierdo Martín**

SÍNTESIS

Analiza la presente sentencia los requisitos exigibles para penar por la falta tipificada en el art. 631 del Código Penal, haciendo notar que no se requiere, para su consumación, ningún resultado lesivo (que, de producirse y ser objeto de acusación, absorbería a la infracción de peligro). El dolo exigible para la falta se circunscribe a la conciencia y voluntad de tener suelto, o en condiciones de causar un daño o lesión, a un animal que se sabe que es dañino.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Sanciona el artículo 631 del Código Penal la conducta de los dueños y encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal. La esencia de la falta imputada está en el peligro causado por la posesión de un animal feroz o dañino en condiciones aptas para causar un mal, lo que implica que estamos ante una falta de riesgo que, como tal, no precisa la existencia de un resultado lesivo concreto para su incriminación.

En el supuesto de que la conducta peligrosa sancionada en el artículo 631 se concrete en un resultado lesivo el reproche penal de aquella quedará absorbido por el que corresponda al tipo de resultado siempre y cuando por sí misma no deba de ser sancionada por ser susceptible de proyectarse so-

bre otros posibles sujetos protegidos por el bien jurídico tutelado.

Lo anteriormente expuesto tiene su importancia en los hechos enjuiciados en los que la acusación formulada tan sólo lo ha sido por la falta contra los intereses generales omitiendo la solicitud de condena por el tipo penal que sanciona los resultados lesivos producidos, lo que impide no sólo un pronunciamiento sobre las consecuencias penales derivadas de los mismos sino también de las consecuencias civiles.

El tipo penal descrito en el artículo 631 no genera por sí mismo responsabilidad civil, que por lo que se refiere a los hechos enjuiciados, al no haberse dirigido la acusación por los resultados lesivos, podrá demandarse en otro ámbito.

(...)

Segundo.—Ahora bien, el hecho de que no se haya formulado acusación por los re-

sultados lesivos producidos no implica el que no pueda sancionarse la conducta denunciada no ya referida a las consecuencias de la misma respecto a los perjudicados y su perro, sino a la conducta en sí misma considerada de dejar un animal dañino suelto y en condiciones de causar un mal.

De lo actuado resulta acreditado que el perro de la raza Rottweiler que acometió a los perjudicados tirándolos al suelo y causándoles por este motivo lesiones, llegando a morder al perro de estos últimos, se encontraba suelto y sin bozal cuando salió del chalet. De la circunstancia de abandonar el chalet para iniciar el ataque sin ser excitado para ello, no siendo admisible lo alegado por la denunciada sin ningún fundamento que los perjudicados provocaron al animal, la persistencia en el acometimiento y que incluso personas conocidas tuvieron dificultades para controlarlo "...varias personas salieron de la vivienda intentando parar la ac-

ción del perro, sin obedecer éste en ningún momento a su dueño..." (Folio 2), resulta acreditado el carácter dañino del mismo, sobre todo si además se tienen en cuenta sus características físicas como perro de guarda y defensa en las que destacan no sólo su aspecto que impresiona sino también la potencia de su mordida.

Por otro lado el artículo 631 no exige ningún dolo específico o elemento subjetivo del injusto, sino el dolo genérico que consiste no en la intención del dueño de dañar, lesionar o asustar azuzando al animal, pues en tal supuesto estaríamos hablando no de la falta del artículo 631 sino de una falta de daños, lesiones o amenazas, sino en que su conciencia y voluntad abarquen los elementos objetivos del tipo, esto es que sea consciente de que el animal es feroz o dañino y de que está suelto o en condiciones de causar un mal, y no obstante no lo evite.

Sentencia 146/2001, AP MADRID, Sec. 15.ª, de 23 de abril de 2001

DESLEALTAD PROFESIONAL DE ABOGADO: INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DEL DELITO. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD DE LA IMPRUDENCIA.

Arts. 467.2 y 131.1 Código Penal.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro**

SÍNTESIS

En el caso de la imputación a un letrado por un delito de deslealtad profesional cometido por imprudencia grave y fundamentado en haber presentado una querrela fuera de plazo, estima la sentencia comentada que el "dies a quo" del cómputo del término de prescripción del delito es el de la consumación del resultado imprudente (es decir, el día que prescribió el delito) y no, como sostienen los recurrentes, el día en que el tribunal desestima la querrela por hallarse prescritos los delitos que en ella se relacionan.

Suministra además la sentencia diversas pautas valorativas que llevan a la Sala a considerar que, en el presente supuesto, no puede hablarse de imprudencia grave a cargo del letrado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

MOTIVACIÓN

Primero.—(...) la imputación efectuada por la acusación particular se ha ceñido a la modalidad imprudente del delito de deslealtad profesional. Por lo tanto, habrá de constatarse que el acusado incurrió en una imprudencia grave en su conducta profesional al no presentar dentro de plazo la demanda correspondiente a un título ejecutivo dictado con motivo del accidente de automóvil en que falleció el padre de los tres apelantes, imprudencia de la que además habría de derivar un perjuicio manifiesto para los intereses de éstos.

Centrado en esos términos el objeto del debate, es importante subrayar, tal como se hace en la sentencia apelada, las numerosas gestiones realizadas por el acusado con anterioridad a presentar la demanda ejecutiva. En tal sentido, no cabe obviar que el imputado solicitó del Juzgado n° 2 de San Lorenzo de El Escorial la aclaración del título ejecutivo; también localizó a la persona que había contraído segundas nupcias con el fallecido, consiguiendo que renunciara en escritura pública a sus posibles derechos en favor de los fallecidos; solicitó asimismo la declaración de herederos de los perjudicados; gestionó el impuesto de sucesiones; tramitó la solicitud de empadronamiento; instó el otorgamiento de actas notariales; tramitó el beneficio de justicia gratuita a favor de los ahora apelantes; dirigió telegrama a la entidad aseguradora y realizó diferentes gestiones con ésta encauzadas a conseguir un acuerdo con respecto al pago de la indemnización con el fin de evitar la vía judicial.

Con estos antecedentes, no es fácil afirmar que el acusado se desentendiera de forma burda e intolerable de los intereses de

los perjudicados ni que obrara de forma temeraria. Es cierto que, según resolvieron el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial, la demanda ejecutiva fue presentada finalmente fuera de plazo. Sin embargo, no cabe tampoco abstraer tal omisión ni apreciarla, por tanto, fuera del contexto en que se produjo.

(...)

Puede concluirse, por consiguiente, armando que el análisis ponderado de la conducta del acusado y de los posibles perjuicios derivados de ella no permite subsumir la omisión del imputado en el delito previsto en el art. 467.2, párrafo segundo, del C. Penal de 1995, por lo que ha de ratificarse la tesis absolutoria de la sentencia apelada.

Segundo.—Por lo demás, la opción absolutoria aparece reforzada por el instituto de la prescripción, que también resulta aplicable en el presente caso. Y ello porque, correspondiendo al tipo delictivo un plazo de prescripción de tres años (art. 131.1 del C. Penal), es claro que ese tiempo había ya transcurrido cuando se presentó la querrela. En efecto, ésta se presentó en el mes de diciembre de 1998 y la acción civil ejercitada por el acusado prescribió en el mes de julio de 1995.

Frente a ello argumentan los recurrentes que la prescripción de la acción penal sólo debe comenzar a computarse a partir de diciembre de 1997, por ser entonces cuando recayó sentencia en apelación declarando prescrita la acción civil basada en el título ejecutivo que les interpuso el acusado.

Tal argumentación no puede, empero, admitirse, pues la conducta punible que se le atribuye al Letrado consiste en una deslealtad por imprudencia omisiva impropia al no

haber interpuesto la acción civil dentro de plazo. Ello quiere decir que el resultado del presunto delito se habría generado el último día del plazo en que podía ejercitar la acción civil, pues a partir de esa fecha ya estaba producida la prescripción y los posibles perjuicios que conllevaban para los demandantes.

La alegación, pues, de éstos en el sentido de que sólo cuando declaró prescrita la acción la jurisdicción civil se produjo el perjuicio no se puede asumir, toda vez que la

prescripción de la acción penal no debe quedar a resultas de una declaración jurisdiccional posterior que no constituye ni crea la prescripción, sino que meramente la declara ante su cuestionamiento por una de las partes. Y tampoco puede depender la fecha de la prescripción penal del conocimiento del resultado delictivo por parte de las presuntas víctimas cuando la fecha de conocimiento o fehaciencia no coincide con la de la consumación del delito, ya que ha de ser esta última la que ha de prevalecer.

Sentencia 70/2001, AP SEVILLA, Sec. 4.ª, de 24 de abril de 2001

EL FACTOR DE CORRECCIÓN POR SECUELAS Y LESIONES SÓLO ES INCONSTITUCIONAL CUANDO OPERA COMO LÍMITE ABSOLUTO AL RESARCIMIENTO ÍNTEGRO DEL PERJUICIO.

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

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel de Paúl Velasco**

SÍNTESIS

Entiende la sentencia que el factor de corrección del 10% se aplica en los casos de culpa del conductor imputado aunque el perjudicado no acredite los reales perjuicios económicos y que si éste pretende una indemnización mayor debe probarlos para que pueda ser atendida su petición.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...) Ciertamente, la sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000,

de 29 de junio, tiene como repercusión negativa la de crear una cierta inseguridad jurídica acerca de la pervivencia del llamado factor corrector por perjuicios económicos,

que subsiste en las Tablas II y IV para las indemnizaciones por fallecimiento y por lesiones permanentes, pero que ha sido declarado inconstitucional, y por ende nulo y sin vigencia, en la Tabla V-B para las indemnizaciones por incapacidad temporal, en los casos de culpa relevante del conductor, como son, por definición, los supuestos en que media condena penal por imprudencia.

Ahora bien: aunque una lectura apresurada del Fallo y del último fundamento de la sentencia parezca sugerir otra cosa —el factor opera cuando no hay culpa del agente y es inconstitucional, y por tanto nulo, cuando la hay—, lo que en realidad establece el Tribunal Constitucional es algo más matizado: el factor corrector sólo es inconstitucional en cuanto opera como límite absoluto al resarcimiento del perjuicio patrimonial, impidiendo la determinación judicial de un importe superior “iuxta allegata et probata”; no es inconstitucional, en cambio, cuando opera como límite mínimo o como criterio simplificador del resarcimiento, relevando a la víctima de la carga de probar el perjuicio patrimonial hasta el importe que resulte en cada caso de aplicar el porcentaje correspondiente sobre la indemnización básica.

No podría ser, por lo demás, de otra forma; puesto que, de no introducirse esta matización, resultaría, en el colmo de la paradoja, que la sentencia del Tribunal Constitucional repercutiría en la práctica, en la inmensa mayoría de los casos, en hacer de mejor condición a las víctimas de los accidentes sin culpa relevante del conductor, beneficiadas con la indemnización complementaria por perjuicios económicos sin el esfuerzo probatorio que se les exigiría de haber mediado culpa del agente, y en una cuantía por lo general superior a la que en tal caso podrían demostrar.

Resulta así, a la postre, que la sentencia del Tribunal Constitucional, aunque formalmente declaratoria de la inconstitucionalidad del precepto, viene a resultar por sus efectos equivalente a una sentencia meramente interpretativa: el precepto teóricamente anulado conserva su vigencia, no sólo

lo en el ámbito de la responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva, sino también en el terreno de la responsabilidad por culpa, siempre que se interprete como límite mínimo y no excluyente. (...)

Así las cosas, es evidente que la declaración de inconstitucionalidad del apartado B) de la Tabla V del sistema legal de valoración no es óbice para que pueda ser atendida la pretensión indemnizatoria que la parte apelante formula con base en la norma formalmente declarada inconstitucional; en la medida en que dicha pretensión se ajusta al canon de constitucionalidad arriba expuesto, al utilizar el factor de corrección como límite mínimo o criterio supletorio de cuantificación de los perjuicios económicos, con renuncia implícita a reclamar una indemnización superior a la resultante de la aplicación de la norma, corriendo entonces con la carga de la prueba de los perjuicios reclamados.

Sentada la procedencia de la indemnización complementaria, queda todavía una cuestión del mayor interés práctico, cual es la atinente a la determinación del porcentaje de incremento aplicable en el caso de autos, en el que los ingresos del perjudicado se sitúan en el primer tramo de la escala, es decir el que va de cero a tres millones de pesetas anuales. En este tipo de supuestos, con mucho los más frecuentes en la praxis cotidiana, una práctica judicial extendidísima, por no decir inveterada, tiende a convertir la expresión legal “hasta un 10%” en “siempre un 10%”. (...) desde el momento en que este primer epígrafe del factor corrector es aplicable, según nota explicativa al pie de la Tabla, a cualquier víctima en edad laboral, aunque no justifique ingresos, carece de sentido establecer subtramos de trescientas mil pesetas, asignando a cada uno de ellos un punto de incremento porcentual; pues tal subdivisión sólo sería de recibo si pudiera establecerse la presunción de que quien no justifica ingresos es porque carece de ellos, lo que en un país en el que sigue proliferando la economía informal o sumergida no sería una presunción, sino una pura y simple y ficción.

De esta suerte, aunque los perjudicados apelantes no se han molestado en acreditar la cuantía de los ingresos que percibieron en la anualidad anterior al accidente, el factor

corrector debe ser fijado en ambos casos en un diez por ciento sobre el importe de las respectivas indemnizaciones básicas por lesiones y secuelas. (...)

Sentencia 158/2001, AP MADRID, Sec. 3.^a, de 27 de abril de 2001

ACTA DE JUICIO DE FALTAS SIN FIRMA DEL MINISTERIO FISCAL.
NULIDAD.

Arts. 795.2 y 962 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Pelayo García Llamas**

SÍNTESIS

En el acta del juicio de faltas el encabezamiento recoge la presencia del Ministerio Fiscal sin que su firma aparezca en la misma. Corroborada la falta de presencia de la acusación pública, y tratándose de una falta perseguible de oficio, la sentencia de apelación declara la nulidad de actuación con base en el art. 962 de la LECrim.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Mayor enjundia tiene el otro motivo de nulidad basado en la celebración del juicio de faltas sin asistencia del Ministerio Fiscal. Al folio 62 consta el acta del juicio celebrado el 14 de febrero de 2001 figurando, en el encabezamiento impreso, como presente el Ministerio Fiscal sin embargo sólo constan cuatro firmas y dado que debe ser firmada por todos los concurrentes, artículo 972 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la asignación de firmas —Magistrada, Secretaria, denunciado y abogado de-

fensor— revelaría la ausencia del Ministerio Fiscal, extremo que aparece corroborado por el escrito de oposición al recurso por parte de Alfonso G. G. y por la propia redacción del acta en la que no aparece que se concediese la palabra a Alfonso G. o a su defensa de tal forma que no comparecida la denunciante, se declaran los autos conclusos para sentencia. Siendo esto así y en la medida que los hechos denunciados serían en su caso constitutivos de una falta de desobediencia leve del artículo 634 del Código Penal —por la que se absolvió a Alfonso G.— tal falta no tiene la consideración de semi-

privada o perseguible mediante denuncia del agraviado y conforme al artículo 962 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es preceptiva la asistencia del Ministerio Fiscal cuya citación estaba acordada en la providencia de señalamiento.

Tercero.—Consecuencia de lo expuesto es la estimación del recurso con la consi-

guiente nulidad de la sentencia de 14 de febrero por infracción de normas esenciales causantes de indefensión, artículo 795.2 de la Ley procesal, pues el Ministerio Fiscal es parte necesaria y no contingente reponiéndose las actuaciones al momento anterior al juicio celebrado el 14 de febrero para que se proceda a su nuevo señalamiento y celebración del juicio.

Sentencia 130/2001, AP VALENCIA, Sec. 4.ª, de 9 de mayo de 2001

OCUPACIÓN DE INMUEBLES. REQUISITO PARA SU PUNICIÓN.

Art. 245.2 Código Penal.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Megía Carmona**

SÍNTESIS

Considera la sentencia de la Audiencia que el delito de ocupación de inmuebles exige, entre otros requisitos, una cierta nota de continuidad y la acreditación de la voluntad contraria del propietario, que, al no concurrir en el presente supuesto, determinan la estimación del recurso y consiguiente absolución de la imputada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Cuestiona únicamente el recurso que a lo hecho por la acusada se le pueda aplicar el artículo 245.2 del C.Penal, pues no se dan los requisitos del tipo en su actuar para afirmar que ha cometido el delito que en el tipo citado se reprime.

(...) El delito de ocupación se integra por la concurrencia de los siguientes elementos; en cuanto al sujeto activo, necesariamente ha de ser el no propietario, puesto que el inmueble, la vivienda o el edificio ocupados se califican como ajenos; el sujeto pasivo puede ser tanto el propietario, como la persona que tenga derecho a ocupar el inmue-

ble; el objeto material lo integra la ocupación pacífica de un inmueble, vivienda o edificio, siempre que no sea morada, pues entonces se aplicaría, si se dieran todos sus elementos, el delito de allanamiento de morada; y la falta de autorización debida.

(...) El origen del precepto lo encontramos en el nuevo Código Penal de 1995, al entender el Legislador, con la oposición de ciertos grupos políticos, que era necesario regular una conducta que venía extendiéndose bajo la denominación conocida de OKUPAS y con objeto de dotar de una mayor protección, no sólo civil a través de las acciones interdictales sino también penal, al derecho de propiedad e incluso de posesión de bienes inmuebles.

(...)

Cuarto.—Ha de partirse, pues, de que, existiendo dos tipos de protección posesoria —civil y penal—, no toda perturbación de la posesión es subsumible en el precepto penal. La protección esencial y general viene dada por los interdictos posesorios. La intervención penal, inspirada en los principios de proporcionalidad e intervención mínima y extrema “ratio”, sólo puede quedar reservada en los términos del precepto penal, para los casos más graves, esto es, para los casos en que la perturbación de la posesión tenga mayor significación.

(...)

Esta intervención penal aparece desproporcionada tratándose de fincas abandonadas, en mal estado; pero no es el criterio de la habitabilidad el que ha de considerarse para hacer entrar en juego la norma penal, sino el del bien jurídico que se trata de proteger con ésta, que es, como se ha dicho, la posesión del propietario socialmente manifiesta.

Sexto.—En el caso que enjuicamos, la ocupación del inmueble por la acusada no esta acompañada de esa nota de continuidad, de deseo de permanencia en contravención del derecho de posesión del titular de la cosa, que debe encontrarse en función de lo dicho hasta aquí para que pueda entenderse rellena la previsión del tipo penal, mas aun cuando en este caso ni está mostrada la voluntad contraria del mismo, toda vez que es una actuación de la Guardia Civil la que determina el inicio de estas diligencias, en las que se aprecia una transitoriedad en la ocupación de la que sólo se extrae un deseo transitorio de pernoctar en unas dependencias auxiliares de una casa de campo, cuyo titular cuando se le hace saber la existencia del hecho, ya finalizado, y la del procedimiento sólo desea que se le indemnice por unos daños de los que ha sido absuelta la acusada, (...) Parece que una intervención penal, en este caso, sería contraria a la exigencia de proporcionalidad que se deriva del principio de justicia recogido constitucionalmente en el art. 1.1 CE.

Auto 881/2001, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 17 de mayo de 2001

CACHEO Y COLOCACIÓN DE ESPOSAS A UN INTERNO EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DURANTE SU CONDUCCIÓN.

Arts. 69, 36 y 71 del Reglamento Penitenciario y 18 de la Ley Orgánica General de Penitenciaria

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante**

SÍNTESIS

Examina el auto la legalidad de los cacheos y colocación de esposas a un interno en centro penitenciario por su conducción bajo el prisma de los principios de necesidad, proporcionalidad y respeto a su dignidad, entendiendo que, en este caso concreto se cubrieron esas exigencias.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La queja del interno debe ser examinada por separado en lo que se refiere a los cacheos y a la colocación de las esposas durante su traslado a un organismo judicial.

Segundo.—Respecto al primer extremo, el artículo 69 del Reglamento Penitenciario autoriza la realización de cacheos y registros de las personas, ropas y enseres de los internos, autorizando incluso, por motivos de seguridad concretos y específicos, cacheos con desnudos integrales, al que no consta se llegara siquiera en este caso, a pesar de la clasificación en primer grado del interno y su peligrosidad extrema apreciada por el Director del Centro Penitenciario, puesto que el interno sólo describe en su escrito de queja su paso por dos arcos detectores de metales y un cacheo por palpación antes de ser entregado a los agentes de la Guardia Civil encargados de su traslado, quienes nuevamente le cachearon por palpa-

ción, le registraron las zapatillas que llevaba puestas y le pasaron por otro arco de metales.

Debe, pues, rechazarse este primer motivo de queja, puesto que las medidas de precaución adoptadas antes del traslado del interno, aunque se duplicaran por los funcionarios que intervinieron, no pueden considerarse desproporcionadas ni vejatorias, pues se limitaron a un control superficial que ni por la forma ni por el modo de practicarse menoscabaron la dignidad del interno.

Tercero.—El interno alega, en segundo término, que en la conducción realizada se le colocaron a su espalda unas esposas en las muñecas, sujetándole también los tobillos con unas esposas más grandes, unidas con una cadena de unos 30 centímetros de longitud, que le impedían su movilidad.

A la forma de realizar las conducciones de los internos se refiere el artículo 18 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 36 de su Reglamento, disponiendo que los desplazamientos de los detenidos,

presos y penados se efectuarán de forma que se respete su dignidad y derechos y se garantice la seguridad de su conducción.

En esa confrontación de los derechos de los internos, por un lado, y la seguridad de la conducción, por otro, es esencial realizar una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso con arreglo a los principios de necesidad y proporcionalidad que establece con carácter general el artículo 71 del Reglamento Penitenciario para evitar el uso de medios desproporcionados que no sean útiles para alcanzar el fin pretendido o que sean más gravosos que otros igualmente aptos. Esto es, que se cumplan las condiciones de idoneidad (utilidad del medio empleado), necesidad (imposibilidad de alcanzar el mismo fin mediante otras medidas menos gravosas) y proporcionalidad (ser prevalente el interés salvaguardado sobre el derecho restringido).

A tal objeto, en el caso presente, el informe emitido por el Coronel de la Unidad de protección y Seguridad de la Guardia Civil acerca de la forma en la que se produjo la conducción de este interno pone de manifiesto varias circunstancias que concurren: el reciente intento de fuga de dos internos cuando se procedía a su traslado desde el vehículo celular hasta los calabozos de los Juzgados de Colmenar Viejo, donde iba

a ser trasladado ese día el interno; el historial penitenciario conflictivo del mismo, clasificado en primer grado y con aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria; y la actitud hostil que adoptó hacia la fuerza conductora cuando se procedió a su cacheo.

Estas especiales circunstancias concurrentes, cuya realidad no se discute, justificaban, en efecto, la utilización de esas medidas extraordinarias de precaución. La colocación de unos grilletes complementarios en los tobillos, durante el tiempo imprescindible para el traslado del interno desde el centro penitenciario a un Juzgado y su regreso a prisión, era útil para evitar cualquier intento de fuga. Asimismo, no bastaba con la colocación de esposas en las muñecas, pues ante la peligrosidad y conflictividad del interno, manifestada especialmente al inicio de la conducción con una actitud hostil hacia los Agentes de la Autoridad, y dadas las condiciones precarias de custodia del lugar al que iba a ser trasladado, era previsible un intento de fuga que podía ser facilitado si estaba en condiciones de correr. Y, por último, ante la necesidad de mantener la seguridad por ese medio, no sustituible por otro de similar eficacia, el menoscabo de los derechos del interno se produjo en la forma y tiempo adecuados.

Auto 173/2001, AP BARCELONA, Sec. 2.ª, de 17 de mayo de 2001

AUTO DE ACOMODACIÓN A PROCEDIMIENTO ABREVIADO; NECESIDAD DE MOTIVACIÓN.

Arts. 637, 641 y 789 LECrim.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª José Magaldi Paternostro**

SÍNTESIS

El auto que estima el recurso de queja interpuesto anula el auto dictado en el Juzgado de Instrucción por cuanto acomodó las actuaciones a los trámi-

tes del procedimiento abreviado sin una motivación suficiente, lo que impide a la parte imputada defender materialmente por vía de recurso su pretensión de sobreseimiento, pues desconoce sobre qué base sustenta el juez su imputación.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Tercero.—(...) Agotada la instrucción, (y siempre que haya logrado justificar que el hecho tuvo lugar puesto que si no existen indicios racionales de que se haya perpetrado deberá acordar el sobreseimiento provisional al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 641), deberá valorar si el inicial juicio de tipicidad se confirma indiciariamente o se desvirtúa, lo que le conducirá a dictar necesariamente alguna de las siguientes resoluciones:

a) Proceder según disponen los apartados 5. 2 y 5 .3. del artículo 789 de la LECrim. si se dan las condiciones en ellos establecidas.

b) Acordar el sobreseimiento libre y archivo si entiende que el hecho objeto de investigación que es siempre el hecho de alguien (aun si no se conoce quién es) no es constitutivo de infracción penal, bien porque no ha existido o bien porque habiendo existido era “ex ante” absolutamente ajeno a la normativa penal.

c) Sobreseer provisionalmente las actuaciones si aun estimado que el hecho pudiera ser constitutivo de delito por cumplir

indiciariamente la parte objetiva del tipo de una figura penal, no hubiere autor conocido.

d) Mandar acomodar la causa por los cauces del Procedimiento Abreviado si el inicial juicio de la presunta tipicidad del hecho y de la intervención en el mismo de persona o personas determinadas se confirma, lo que significa que el Instructor, al dictar el Auto de Procedimiento Abreviado además de dar por agotada la instrucción con lo que delimita los hechos que pueden ser objeto de acusación, efectúa un pronunciamiento totalmente valorativo y de importante relevancia: afirma provisionalmente que, a su entender, los hechos acreditados por las investigaciones realizadas son típicos, sin que ello implique usurpar la función de las acusaciones que pueden valorarlos en sentido distinto y solicitar el sobreseimiento por alguna de las causas previstas en los artículos 637 y 641 de la LECrim. acogerlos sólo en parte y formular acusación sólo por alguno de ellos o sólo contra algunos de los intervinientes e incluso formular acusación por tipo distinto al señalado por el Instructor el cual, en esta fase procesal sólo fija los hechos que por su indiciaria tipicidad objetiva, pueden ser objeto de acusación.

(...)

Auto 394/2001, AP BARCELONA, Sec. 7.ª, de 18 de mayo de 2001

ERROR DE PROHIBICIÓN; CONOCIMIENTO DEL CARÁCTER ANTIJURÍDICO DE LA TENENCIA DEL ARMA.

Arts. 14.3 y 564 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús M.ª Barrientos Pacho**

SÍNTESIS

Para enjuiciar si los acusados tenían conocimiento o no del carácter antijurídico de los hechos, acude el tribunal, como no podía ser de otro modo, a la prueba del cúmulo de circunstancias que rodeaban a la tenencia ilícita del arma. Lo hace de manera individualizada, por lo que concluye que en el caso de la acusada concurre un error de prohibición invencible (determinante de su absolución), lo que no sucede respecto del acusado varón.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Mayores problemas suscita, y a radicales distintas consecuencias debe conducirnos, al menos en lo que se refiere a la acusada, la invocación de concurrir en ambos un error en la prohibición sobre la adquisición y tenencia del arma en cuestión.

Se parte en el motivo de una ausencia de conocimiento sobre la ilicitud de la tenencia del arma concreta intervenida, y, aunque no se cita, se reclama el efecto de plena exclusión de responsabilidad penal que para tal ausencia de conocimiento, si es invencible, dispensa el artículo 14.3 del Código Penal. Y, efectivamente, se trata, el invocado, de un error que, fundamentalmente en el caso de la recurrente María Esperanza V.G., tiene soporte no en sus únicas manifestaciones de desconocer la prohibición legal de la tenencia de aquel tipo de arma, sino en el hecho

positivo que acredita de haber adquirido personalmente tal arma en un establecimiento administrativamente autorizado para su venta; así es de ver que en el acto mismo del juicio, y para su unión al folio 169 de la causa, aportó justificante de aquella compra personal, realizada en un establecimiento armería de la localidad de Gavá (Barcelona), con reseña de sus datos personales identificados como la persona adquirente del arma que también se identifica en correspondencia con la intervenida en la causa presente. Pues bien, sobre ese presupuesto de adquisición del arma en establecimiento que la compradora ha de tener como autorizado para ello, pues se encontraba abierto al público en general, sobre la base de que tal adquisición estuvo rodeada de una apariencia de absoluta legalidad, pues únicamente estuvo condicionada a la acreditación de su mayoría de edad, al menos para la acusada adquirente habrá de operar y producir todo

su efecto la manifestada creencia de detentar el arma lícitamente, dado que, por otro lado, tampoco nos consta que en la misma concurren especiales circunstancias que nos autoricen a exigirla una específica diligencia o mayores deberes de información encaminados a vencer aquel error.

Cuarto.—Cuestión distinta es la eficacia que de tal invocación y constatación, de compra regular del arma, deba seguirse para el acusado, fundamentalmente en atención a que la conducta que se probó como observada por éste va más allá de la que nos permite amparar el error de prohibición antes desarrollado para la acusada. Tal error, o ausencia de conocimiento sobre la prohibición de la detentación del arma, habría de abarcar y extenderse a los dos acusados en la medida en que ambos, que al parecer conviven y comparten un mismo domicilio, podrían ser partícipes y conocedores de las circunstancias en que el arma fue adquirida por la acusada; pero ello únicamente sería posible en el caso en que la actividad de uno y otro se hubiese limitado a la que consta como única observada por la acusada; respecto de ésta, ya hemos anticipado, únicamente se pudo probar el ser efectivamente la titular del arma, por haberla adquirido a su nombre, y haberla depositado en el seno domiciliario; bien al contrario, en la conducta probada del acusado, éste no sólo sacó el arma del domicilio y la portó fuera de él sino que las circunstancias en que fue intervenida en su poder nos autoriza a atribuirle y estimar presente en el mismo un puntual conocimiento de la prohibición del porte en aquellas circunstancias. A esta conclusión de exclusión del error que también invoca el acusado con el mismo carácter invencible que reconocemos en la acusada para la conducta respecto de ella probada, llegamos no sólo desde la constatación de aquel plus de actividad, y también de peligrosidad, en relación con la conducta de la acusada, sino, fundamentalmente en el hecho de que esa concreta actividad de porte fuera del domicilio y, sobre todo, las circunstancias en que era portado

el arma en el momento de su intervención, adherida al cinturón del acusado, debe ser estimada como un supuesto, expresamente excluido de cualquier autorización que se pretenda soportar en la anterior compra de apariencia legal; basta para ello con acudir al documento justificante de tal compra en el que ya expresamente se indica, y ninguno de los acusados puede oponer desconocimiento, que queda prohibida la exhibición del arma adquirida, con cita específica de los preceptos reglamentarios que soportan la prohibición. Así pues, la conducta realizada por el acusado no puede verse amparada por el error de prohibición invocado, por despejarse en el mismo documento que sirve de soporte al error sobre la prohibición de la mera adquisición y tenencia, y se nos aparece merecedora de todo el reproche que ya se le dispensa en la resolución combatida. Sobre esta procedencia e intensidad del reproche, ninguna acogida podrá tener la pretensión de atenuar la responsabilidad en uso del artículo 565 del Código Penal. Tampoco en la alzada estimamos de aplicación o uso esa facultad discrecional judicial, por el mismo argumento ya contenido en la denegación que esta misma invocación encontró en la instancia y sobre la base de que no constituye refugio de la tesis recurrente el hecho de que los acusados se encontrasen en plenas actividades de traslado domiciliario en el tiempo que fue sorprendido el acusado en aquella tesitura, pues tal argumento sería atendible en el solo caso en que a la caja en que se contenía el arma se le hubiere dado un tratamiento equivalente a los restantes objetos mudados, pero no consta que ningún otro objeto de los que eran trasladados de domicilio fuesen portados al cinto del acusado, y si el arma prohibida en cuestión era allí portada hemos de inferir que fue por razones, desconocidas para el proceso, pero que en todo caso impiden la aplicación del subtipo pretendido.

Deberemos, por tanto, dictar nuevo fallo absolviendo a la acusada y manteniendo el pronunciamiento de condena dispuesto para el acusado recurrente.

Auto AP BARCELONA, Sec. 8.^a, de 28 de mayo de 2001

TRIBUNAL DEL JURADO: COMPETENCIA OBJETIVA EN CASOS DE CONCURSO DE DELITOS.

Arts. 1.2.d) y 5.2 LOTJ; 181, 143 y 4, 793.8 LECrim.

Ponente: **Ilma. Sra. D.^aM.^a del Pilar Pérez de Rueda**

SÍNTESIS

Alegada por el recurrente la incompetencia del Juzgado de lo Penal como motivo de nulidad, analiza la sentencia cuál es el Tribunal objetivamente competente para el enjuiciamiento de los delitos que entran en concurso cuando el conocimiento de alguno de ellos viene atribuido al tribunal del Jurado y no el de otros.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)Reitera la parte apelante, los mismos argumentos que en su día esgrimiera para entender que la competencia de los hechos sometidos a enjuiciamiento, le viene atribuida al Tribunal del Jurado, y en el mismo sentido volvió a plantear dicha petición como cuestión previa al inicio del Juicio oral. Tal cuestión fue desestimada por el Juzgador Penal, que reflejó en el primer fundamento jurídico de la sentencia dictada, la competencia de los Tribunales Técnicos, de conformidad con el informe del ministerio Fiscal, que mantienen la competencia de aquéllos en casos como el presente, en el que el delito fin —contra la libertad sexual— está expresamente excluido de la competencia del Tribunal del Jurado de la Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, concluyendo que el Juzgador Penal se consideraba competente para enjuiciar los presentes hechos.

Por contra, el hoy apelante sostiene, que al incluir las acusaciones particulares, delitos de allanamiento de morada, dichos tipos tienen cabida entre las competencias atribuidas en su conocimiento al Tribunal del Jurado por venir así regulado en el artículo 1, apartado 2.º, epígrafe d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (modificado por la Disposición Final Segunda del Código Penal, Ley Orgánica 10/1995) en concordancia con el artículo 5.2 de la misma Ley, por tratarse de delitos conexos. Sigue argumentando la defensa en apoyo de su pretensión, que los diversos allanamientos de morada habrían tenido lugar como medio para cometer el delito de agresión sexual o los de abusos sexuales, y por tanto al conocer el Jurado del primer delito, esto es del allanamiento de morada, debe conocer de los otros delitos

Planteada en tales términos la cuestión, tras sopesar ambas posturas, este Tribunal conviene en denegar la petición de nulidad

por incompetencia del Juzgador Penal y mantener el conocimiento de éste para su enjuiciamiento y fallo. En el supuesto que ha dado origen a este recurso, se trata de enjuiciar dos hechos presuntamente delictivos que, en principio, están claramente sometidos al conocimiento de dos órganos jurisdiccionales distintos: el hecho del allanamiento de morada, debería ser juzgado por el Tribunal del Jurado, porque así lo dispone el artículo 1, apartado 2, epígrafe d) de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado —L.O.T.J.— y los que revisten ataques contra la libertad sexual, que expresamente están excluidos, y que deben ser juzgados por los Tribunales Técnicos según las reglas ordinarias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Resumiendo, se trata de una acusación por delitos conexos que incluyen unos allanamientos de morada y unos ataques contra la libertad sexual: agresión sexual y abusos sexuales, que tienen lugar en una secuencia temporal y espacial próxima, lo que indica claramente la necesidad de su enjuiciamiento conjunto para no romper la “continencia de la causa”.

La L.O.T.J. no establece una norma expresa por la que pueda determinarse cuál es el Tribunal competente para conocer del complejo delictivo cuando incluye delitos no comprendidos en el catálogo del artículo 1.2 de la misma Ley y la razón de conexidad es la contemplada en el artículo 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En este caso, conforme a las reglas generales de hermenéutica jurídica, a falta de regulación expresa o analógica en la norma especial, de aplicación prioritaria, la L.O.T.J.,

habrá de acudir a la norma supletoria que, en este caso es la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal como establece el artículo 24.2 de la L.O.T.J.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando se trata de competencia funcional, esto es, cuando se trata de delitos cuyo conocimiento está atribuido a Tribunales distintos, se pronuncia en todos los casos por atribuir la competencia para el conocimiento del complejo delictivo al órgano que la tiene para conocer del delito al que la Ley señala pena superior. Así se desprende de modo inequívoco de lo dispuesto en los números 3 y 4 del artículo 14 y en el 793.8. También sigue este mismo criterio de la actuación de la competencia por el Tribunal que debe conocer del delito que tiene señalada mayor pena cuando se trata de señalar al competente territorialmente para conocer de los delitos conexos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.1.

Parece pues inequívoco, a la vista de este criterio legal uniforme, que en este caso, es el Juzgado de lo Penal el órgano competente para el conocimiento del delito al que la Ley señala, pena superior, la agresión sexual, el que debe conocer también del delito de allanamiento de morada, que lleva aparejada pena más leve; lo que unido al informe emitido por el Ministerio Fiscal obrante al folio 249 de las actuaciones, autorizan a decretar competente al Juzgado de lo Penal para el enjuiciamiento y fallo de los hechos objetos de acusación.

Por cuanto antecede, procede desestimar la petición de nulidad invocada por falta de competencia.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 10.^a, de 28 de mayo de 2001

COMPATIBILIDAD ENTRE LA SANCIÓN PENITENCIARIA Y EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA.

Art. 468 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Pijuán Canadell**

SÍNTESIS

*Recogiendo doctrina del Tribunal Constitucional, aprecia esta sentencia **no haber incompatibilidad entre la sanción impuesta a un interno por no reincorporarse tras el disfrute de un permiso penitenciario y la pena por el delito de quebrantamiento de condena, pudiéndose imponer una y otra sin infracción del principio general “non bis in idem”.***

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el segundo motivo del recurso se aduce, de manera implícita, la vulneración del principio “non bis in idem” por tener el quebrantamiento la doble consecuencia de la condena penal y de una sanción administrativa impuesta por parte de la Administración Penitenciaria. El Tribunal Constitucional (SSTC. 74/1985, de 18 de junio, 2/1987, de 21 de enero, 190/1986, de 1 de diciembre y 192/1987, de 2 de diciembre) tiene admitida la perfecta compatibilidad entre la potestad disciplinaria de la Administración Penitenciaria y el ejercicio del “ius puniendi” por los Tribunales de Justicia, derivada de la relación de sujeción especial que vincula al interno con aquella ad-

ministración y de tratarse de la protección de bienes jurídicos distintos: en el primer caso de los deberes del interno con la Administración Penitenciaria y en el segundo del inexcusable cumplimiento de las sentencias emanadas de los Tribunales. Es decir, se produce una sanción administrativa de régimen penitenciario y una pena en su procedimiento penal, al ser los hechos constitutivos de delito, con lo que debe entenderse que ambas sanciones, la administrativa penitenciaria y la penal, responden a fines y principios distintos, una a la supresión de unos beneficios penitenciarios por la concurrencia de una causa prevista, el quebrantamiento de la condena, y la otra a la imposición de una pena correspondiente a la comisión de un delito previsto en el Código Penal.

Sentencia 76/2001, AP BARCELONA, Sec. 3.ª, de 1 de junio de 2001

LA INDEMNIZACIÓN POR LESIONES Y SECUELAS NO ES DEUDA DE VALOR.

Baremo de indemnizaciones causadas en accidentes de tráfico recogidos en la Ley 30/1995 (Tabla V)

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Roser Bach Fabregó**

SÍNTESIS

Al contrario que otra sección de este Tribunal en la sentencia se afirma que las tablas que han de aplicarse para calcular la indemnización por lesiones y secuelas son las vigentes al momento de producirse el accidente. Además exige la acreditación de perjuicios económicos reales y concretos para aplicar el coeficiente de corrección.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) La obligación de indemnizar surge en el momento del accidente, en que se causan los daños corporales y su cuantificación debe regirse por el Baremo fijado en la Ley 30/1995 con arreglo a las cuantías vigentes en dicha fecha. Otra interpretación supondría reconocer efectos retroactivos contra lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil y resultaría asimismo contrario a lo establecido en la D.T.1.ª del propio Código (...) riguroso sistema de intereses con cargo a las entidades aseguradoras para los supuestos en que incumplan o se retrasen en el pago o consignación de las sumas adeudadas o de las que, previsible-

mente, pudieran adeudarse. Todos estos argumentos exigen que, en aplicación del Baremo se calculen las indemnizaciones con arreglo a la norma y a las cuantías vigentes en la fecha del accidente.

Tercero.—Por último debe ser también desestimada la pretensión de la recurrente relativa a la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos, ya que, declarado inconstitucional el apartado B) relativo a los factores de corrección de la Tabla V correspondiente a incapacidad temporal, la falta de acreditación de concretos y reales perjuicios económicos impide señalar cuantía alguna.

Sentencia 139/2001, AP BARCELONA, Sec. 8^a, de 5 de junio de 2001

LA INDEMNIZACIÓN POR LESIONES Y SECUELAS ES DEUDA DE VALOR.
Baremo de indemnizaciones causadas en accidentes de tráfico recogido en la Ley 30/1995 (Tabla V)

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jacobo Vigil Levi**

SÍNTESIS

Las tablas que han de aplicarse para calcular la indemnización por lesiones y secuelas son las vigentes al momento de la liquidación. Además la sentencia explica que el Tribunal Constitucional no ha declarado plenamente inconstitucional la tabla V, b) del baremo de la Ley de responsabilidad civil sino que, al contrario, permite al Juez aplicar el coeficiente de corrección cuando sea necesario para reparar íntegramente el daño causado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Es cierto que la sentencia del TC 181/2000 de 29 de junio ha declarado parcialmente inconstitucional el sistema aplicado y que tal declaración afecta a la Tabla V b) del baremo. Sin embargo la declaración de inconstitucionalidad referida lo ha sido de los coeficientes de corrección citados entendidos como vinculantes para el juzgador a la hora de acomodar las indemnizaciones debidas a las concretas circunstancias patrimoniales del perjudicado. En ningún caso puede interpretarse, como pretende la apelante, que de la Doctrina Constitucional expuesta haya de deducirse que no pueda el juzgador aplicar coeficientes de corrección, sino todo lo contrario, que puede aplicarlos sin necesidad de respetar los límites establecidos en el sistema siempre que sea necesario para reparar íntegra-

mente el daño causado. El motivo ha de ser desestimado.

(...)

Tercero.—(...) necesidad de determinar a qué cuantías cabe atender para fijar la indemnización de las lesiones sufridas por el perjudicado.

Para resolver la cuestión se ha hecho referencia a las concepciones nominalista y valorista de la deuda; reflexión que resulta inadecuada en tanto que los términos mencionados se refieren en todo caso a las obligaciones dinerarias. Las obligaciones que consisten en reparar un daño o un perjuicio, son en todo caso deudas de valor, en las que el dinero se utiliza como mecanismo de conversión cuando no es posible, como en el caso que nos ocupa, la reparación “in natura”. Causado el daño, el condenado a su reparación habrá de reparar el mismo mediante la reposición de su valor, valor cuya con-

versión en dinero habría de hacerse en el momento del pago o, en su caso, al tiempo de la sentencia condenatoria. [En este sentido y en relación con el sistema aplicado, ver razonamiento “obiter dicta” contenido en la STS (1.ª) de 21 de noviembre de 1998 Pte. González Poveda].

Que la deuda resultante de la obligación prevista en el artículo 1 de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor es una deuda de valor está fuera de toda duda, en tanto que así resulta de lo dispuesto en la regla 10.ª del “sistema”, que establece un mecanismo de actualización periódico de los valores indemnizatorios fijados en 1995. Lo que aquí se discute únicamente es el momento en el que ha de realizarse aquella conversión de la deuda a dinero, si al tiempo de la acusación del daño o si al tiempo en que éste se define en sentencia.

La primera interpretación es contraria al concepto mismo de deuda de valor, en tanto

que supone que al tiempo de nacimiento de la obligación, es decir al tiempo del siniestro, ésta ya surge cuantificada en dinero, (...)

Carece sin embargo de sentido, si de lo que se trata es de mantener una misma equivalencia, “congelar”, como aquí se pretende, este efecto compensatorio al tiempo de la causación del siniestro, cuando en la práctica el pago puede dilatarse. El perjuicio que en este caso resultaría para el perjudicado no puede justificarse por el abono de intereses de demora, en tanto que tal interés responde a la pérdida de rendimiento del capital, estando concebido en nuestro sistema jurídico precisamente como fruto del dinero y de forma teóricamente independiente de la inflación.

(...)

Afirmado que la deuda que nos ocupa es una deuda de valor y que será de aplicación la redacción del sistema para la valoración de los daños personales vigente al tiempo su liquidación, (...)

Auto 111/2001, AP VALENCIA, Sec. 5.ª, de 6 de junio de 2001

PROCEDIMIENTO APLICABLE A MENOR. RÉGIMEN TRANSITORIO.

Disposición transitoria única núms. 1 y 6 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.

SÍNTESIS

Se refiere el auto al procedimiento que ha de seguirse para el enjuiciamiento de aquellos menores que fuesen mayores de 16 años cuando el delito se cometió bajo la vigencia de la Ley 4/1992, pero, en el momento de la instrucción, ya se encuentra vigente la Ley Orgánica 5/2000. Al mismo tiempo, y como “obiter dictum”, recuerda al Juez de Menores la atribución que la Ley Orgánica en cuestión realiza de la instrucción a favor del Ministerio Fiscal.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...) El Tribunal ha de cuestionarse la misma facultad que ejerce el Juzgado para, de oficio, corregir el procedimiento a seguir en la instrucción de una causa que la Ley reserva al Ministerio Fiscal, a quien compete por ende hacer esa interpretación y escoger en consecuencia el procedimiento a seguir, con lo que no parece que el Juzgado deba intervenir en esa decisión sino al pronunciarse a instancia de parte que discute el acierto de la decisión tomada por el Fiscal Instructor, o por la vía de la nulidad en cuanto entienda que el procedimiento seguido no podría sustentar la decisión a adoptar en resolución sobre el fondo. Compartimos la oportunidad formal de haber usado el recurso de queja cuando por el Juzgado se ofreció el de apelación, pues éste se regula con carácter restrictivo no sólo por el expreso articulado de la citada Ley, particularmente su artículo 41 y la disposición transitoria única apartado número 6, que no lo menciona, al contrario de lo que sucede en el apartado anterior para los cuatro que le preceden, sino por el carácter especialmente supletorio de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento abreviado, como proclama la disposición final primera de la Ley citada en primer lugar.

(...) Y cuando se trate de un menor que pasa a tener la condición de tal por mor de la entrada en vigor de la nueva Ley, que es el caso presente, porque cometió los hechos cuando tenía más de 16 años y menos de 18, o de 21 en su caso, y bajo el imperio por ende del Código Penal, la comparación de Ley más favorable no podrá hacerse con la

Legislación de Menores derogada, que nunca le fue aplicable, sino en su caso, quimérico por otra parte, con el Código Penal al que estuvo sujeto, y por más que desde el punto de vista de política legislativa, como se hace notar en el Auto impugnado, sea altamente criticable el retraso en aparecer la nueva Ley y la consiguiente pervivencia del Código Penal para los menores de 18 años y mayores de 16”.

Segundo.—(...) El tema en litigio aparece expuesto con singular claridad en el punto XIII de la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, de fecha 18 de diciembre de 2000; el apartado primero de la disposición transitoria de constante referencia se define en el número 1 del citado punto, y con todo acierto, como “Procedimientos de reforma de menores incoados con arreglo a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio”, que exclusivamente podían referirse por tanto a menores de dieciséis años; al último se refiere el número 3 de dicho punto XIII como “Procesos penales incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor”, término, el de proceso penal, literalmente usado por la disposición transitoria, que en ello sólo puede referirse a menores mayores de dieciséis años, es decir, aquéllos que adquieren la condición jurídico-penal de menor con la entrada en vigor de la nueva Ley, y que nunca pudieron por ello estar sujetos a la que se deroga al mismo tiempo. El “procedimiento regulado en la misma”, a que se remite el apartado sexto y último de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 5/2000 es, por tanto, el de dicha Ley”.

Sentencia 370/2001, AP MADRID, Sec. 23.ª, de 6 de junio de 2001

RELACIÓN DE LA FALSEDAD DOCUMENTAL POR EL DELITO SOCIETARIO DEL ART. 290 CÓDIGO PENAL.

Arts. 290.1.º, 390.1.º y 3.º; 392 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez**

SÍNTESIS

No es dable, por unos mismos hechos, condenar por delito de falsedad y por el delito societario consistente en falsear las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad. A tenor del principio de especialidad (art. 8.1 del Código Penal) la Sala estima que debió pensarse únicamente el delito societario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal se alza el recurso de apelación interpuesto por el acusado, considerando en primer lugar que ha existido un error en la apreciación de la prueba, una infracción de los preceptos sustantivos de los artículos 290.1, 392 y 390.1.º y 3.º del C. Penal para acabar alegando la existencia de infracción del principio *in dubio pro reo*.

Entendemos que todos los motivos alegados deben ser rechazados, salvo el referido a la posible absorción de los delitos, al cual haremos alusión en último lugar, y que sí debe ser estimado.

(...)

Tercero.—Únicamente debemos rectificar la sentencia en el aspecto de que procede absolver al apelante del delito de falsedad

en documento mercantil por el que venía siendo acusado por la acusación particular, pues no cabe duda de que la remisión de la interpretación de las acciones típicas a las descritas en el artículo 390 del C. Penal plantea un problema de concurso aparente de normas entre este precepto y el artículo 290.1 del mismo texto legal, en el que, por así decirlo, la conducta falsaria es un elemento necesario e imprescindible del tipo del delito societario, razón por la que habría de aplicar el principio de especialidad prevista en el artículo 8.1 del C. Penal, de tal forma que solamente habrá de castigarse el delito de carácter especial, en este caso el delito societario. Así pues procede eliminar de la resolución impugnada la condena por el delito de falsedad y mantener solamente la condena por el delito societario, en los términos en los que se fija en la parte dispositiva de la misma.

Auto 1070/2001, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 8 de junio de 2001

VIGILANCIA PENITENCIARIA. COMUNICACIÓN CON ALLEGADOS.

Art. 53 Ley Orgánica General Penitenciaria y 45 Reglamento Penitenciario

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Paloma Pereda Riaza**

SÍNTESIS

Interpreta el auto examinado el derecho de los internos en centros penitenciarios a comunicarse con sus allegados, entendiendo que la decisión de quienes sean éstos corresponde a los mismos internos, sin otras restricciones que fijar un límite razonable de los mismos o bien las derivadas de la seguridad, del interés del tratamiento o del buen orden del establecimiento. En este último caso, la decisión denegatoria de la Administración penitenciaria ha de estar fundada.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...) a) los allegados no son todos los amigos, sino sólo los amigos especialmente cercanos, más aún si pensamos que la Ley no habla de allegados sino de allegados íntimos y es evidente que el Reglamento se refiere a éstos, pues el art. 45 de éste desarrolla, al menos en parte, el art. 53 de la Ley que se refiere a los allegados íntimos, esto es, a los inmediatamente próximos.

b) la calificación de allegado íntimo es la única limitación para este tipo de visitas. La proximidad íntima no es predicable, conforme a reglas de experiencia, de una generalidad o de un número desmesuradamente amplio de personas, pero sí admite un número variable, nunca un número elevado, de depositarios de una confianza y calor inmediatos. Corresponde al interno decidir quiénes pertenecen a ese reducido círculo al que pueden acceder personas nuevas y del que pueden salir otras. Y esa decisión en la calificación no puede censurarla nadie pues es propia del ámbito de sentimientos, pasiones,

impulsos y aficiones de cada persona. Lo que sí puede pedirse de una persona es que haga creíbles sus manifestaciones y que por lo tanto presente una lista de allegados íntimos razonablemente reducida.

En resumen:

1) Corresponde a los internos decidir quiénes son sus allegados íntimos, y el único límite a la credibilidad de su manifestación viene dado precisamente por un límite razonable del número de los depositarios de ese afecto singularmente próximo. Ese número, sin embargo, puede tener oscilaciones y concretarse, con el tiempo, en personas diferentes.

2) La Administración no puede limitar de nuevo ese número discutiendo el concepto de intimidad, pues ese concepto se limita en sí mismo, pero fuera de tal límite no hay ya otras restricciones que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y de buen orden del establecimiento pues así lo establece el art. 53 de la Ley al remitir al art. 51 de la misma.

3) Si son estas últimas razones las que dan lugar a la denegación, la Administración debe exponerlas con claridad, explicarlas y demostrarlas.

Por último, hay que destacar la dificultad para acreditar la especial relación de afectividad que puedan tener las internas con las personas con las que quieren comunicar. Ni libro de familia ni certificados de convivencia prueban esa relación, pues tales documentos se refieren a familiares o personas con las que se tiene una análoga relación, pero no a aquellas otras con las que fuera del ámbito familiar existe una especial vinculación de carácter personal; por ello no se pue-

de exigir a las internas prueba de este extremo, que imposibilitaría el tipo de comunicación que regulan los arts. 53 de la Ley y 45.3 del Reglamento, por lo que, salvo las razones anteriormente apuntadas de seguridad o necesidad del tratamiento, se debe atender a las personas que propone cada interna con un límite numérico que resulte razonable a lo largo del tiempo. Por ello procede estimar el recurso y reconocer el derecho de las internas a comunicar con las personas que proponen como allegados en los términos que establece esta resolución salvo que la negativa del centro responda a otra motivación, en cuyo caso debe razonarla.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 6.ª, de 8 de junio de 2001

QUIEBRA FRAUDULENTE. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA SINDICATURA. AGRAVACIÓN DOLOSA DE LA INSOLVENCIA.

Arts. 260 Código Penal y 520 Código Penal 1973

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Carmen Zabalegui Muñoz**

SÍNTESIS

Destaca la sentencia examinada, en primer término, la legitimación del síndico para personarse en la causa como acusador particular en tanto que acreedor del quebrado (si bien deberá hacerlo a sus expensas).

Igualmente considera aplicable retroactivamente, pro reo, el Código Penal vigente por ser más beneficioso para los acusados que el Código Penal anterior, bajo cuya vigencia se perpetró el delito.

Finalmente, subsume en el tipo de la quiebra fraudulenta la conducta consistente en detraer de la masa social dinero con el supuesto fin de pagar deudas penales a familiares.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En primer lugar es preciso analizar la cuestión planteada por la defensa

de Manuel en el turno de intervenciones previas al juicio oral, y cuya resolución se pospuso para el momento de dictar sentencia.

La referida parte alegó la vulneración de las garantías contenidas en el art. 24.2 y 9.3 de la C.E. por considerar que la Sindicatura de la Quiebra no estaba legitimada para ejercitar las acciones penales, y en consecuencia, a personarse en la causa como acusación particular, al faltar el acuerdo para ello de la Junta General de acreedores.

(...)

Ciertamente el art. 1387.1.º de la LECr. establece que los Síndicos no harán gestión alguna, bajo esta representación, en la causa criminal que se siga al quebrado, sino por acuerdo de la Junta General de acreedores, pero ese párrafo debe ponerse en relación con el segundo del mismo artículo, según el cual el acreedor que use en juicio de las acciones que le competan, con arreglo a las leyes criminales, lo hará a sus propias expensas, sin repetición, en ningún caso, contra la masa por los resultados del juicio.

Lo anterior significa que el Síndico, como acreedor que es, no tiene vedada la posibilidad de ejercitar acciones penales contra los responsables de la quiebra, aun cuando no constara la expresa autorización de la Junta.

(...)

Por lo anterior, consideramos que la Sindicatura de la quiebra está perfectamente legitimada para ejercitar la acción penal, aun cuando no conste la expresa autorización de la Junta de acreedores y sin perjuicio de que los gastos ocasionados por el juicio sean a su cargo, por cuanto la personación en la causa supone no sólo el ejercicio de las acciones como simple acreedor (representando en el presente caso el Síndico nombrado a un gran número de acreedores de la quiebra), sino también el cumplimiento de una de las obligaciones inherentes a su cargo, como es la defensa de los derechos de la quiebra, por lo que con base a esas razones la cuestión planteada debe ser rechazada.

Segundo.—Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de insolvencia punible del art. 260 del

CP de 1995, por considerarlo, en atención a la pena prevista, más beneficioso para el reo que el art. 520 del CP de 1973 vigente en la fecha de los hechos.

El nuevo tipo del art. 260 del CP no contiene remisión normativa alguna, abandonando el recurso a la norma penal en blanco y abandonando, también, por consiguiente el automatismo impuesto por el art. 890 del Código de Comercio, lo que supone que en la actualidad la acción delictiva es autónoma y consiste en causar o agravar dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia, resultando intrascendente la calificación de la quiebra efectuada en la Pieza Quinta del procedimiento concursal civil, sin perjuicio de ser valorada esa calificación como prueba reveladora del ánimo del quebrado, aunque las presunciones civiles “iuris et de iure” de causalidad y fraude no determinan en el ámbito penal la presencia del dolo necesario para la punibilidad de la acción.

El objeto de protección sigue siendo el derecho personal del crédito, concurriendo un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras en aras a la consecución de un desarrollo económico, exigiéndose como elementos integradores del tipo:

1) La declaración civil de la quiebra, como requisito de procedibilidad, puesto que es a partir de ese acto procesal cuando el estado fáctico de insolvencia adquiere la condición jurídica de quiebra.

2) La acción consistente en la causación o en la agravación de la situación de crisis o insolvencia.

3) La efectiva situación de insolvencia o crisis económica, es decir que el importe de la deuda o pasivo supere el valor de bienes y derechos que constituyen el activo patrimonial y que se constituye como el resultado del delito.

4) La relación causal entre la acción y el resultado consistente en la situación de insolvencia, puesto que esta situación tiene

que ser consecuencia de una deficiente e irregular administración mercantil.

5) El dolo que necesariamente debe estar presente en la acción y que se concreta en la intención de situar a la empresa en aquella situación de insolvencia o crisis, o agravar la misma, en perjuicio de los acreedores, que como declara la sentencia del T.S. de fecha 12 de febrero de 1997 “se debe apreciar cuando el autor, sabe que la realización del tipo por su acción no es improba-

ble”, por lo que, según la doctrina, sería admisible la comisión por dolo eventual.

6) El perjuicio a la masa de acreedores, que si bien es discutida su exigencia al no desprenderse de la redacción del n.º 1 del art. 260, si se atiende a la redacción del n.º 2 del mismo artículo, en el que se configura como parámetro indispensable para la individualización de la pena, puede mantenerse que es precisa su concurrencia.

Sentencia 289/2001, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 13 de junio de 2001

CONTINUACIÓN DE JUICIO DE FALTAS POR JUEZ DISTINTO DEL DE LA PRIMERA SESIÓN.

Art. 741 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ramiro Ventura Faci**

SÍNTESIS

Como quiera que la Juez que dictó la sentencia del juicio de faltas no presenció las pruebas practicadas en la primera sesión del mismo (que se suspendió), procede declarar la nulidad de la sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) A la vista de las actuaciones se desprende una grave y preocupante infracción procesal:

1.º El día 19 de octubre de 2000 se empezó a celebrar el presente procedimiento de Juicio de Faltas en presencia de la Magistrada titular.

Este juicio fue suspendido a solicitud de parte al objeto de que fuera citado como testigo el vigilante de seguridad y se señaló para la continuación del mismo el día 16 de noviembre de 2000.

2.º El día 16 de noviembre de 2000 se continuó el mismo juicio de faltas, pero ya no asistió la primera Magistrada que había presenciado el juicio inicialmente, sino que lo hizo la Jueza, al parecer sustituta.

Consta en el acta del juicio del día 17 de noviembre “la presente es continuación de la sesión celebrada el día 19 de octubre de 2000”.

Por lo tanto, lógicamente, la Magistrada no pudo escuchar directamente los testimonios de los tres denunciados y denunciados en los presentes procedimientos, ya que no estuvo presente en el acto del juicio celebra-

do el día 19 de octubre de 2000, ya que dicho juicio fue presidido y presenciado por la Magistrada titular del Juzgado.

Segundo.—Es una cuestión básica que cualquier tipo de procedimiento penal solamente puede dictar sentencia el juez, magistrado o magistrados que hayan presenciado el juicio bajo el principio de inmediación.

Aquí nos encontramos cómo el juicio se ha celebrado en dos sesiones y que cada una de las sesiones ha sido presidida por dos juezas distintas. El principio de valoración de la prueba en conciencia, establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exige que la valoración de la prueba sea exclusivamente realizada por aquél juez que ha presenciado directamente, bajo el principio de inmediación, la prueba practicada en el acto del juicio.

Por tanto, entiendo que existe una nulidad radical de la sentencia y del juicio celebrado el día 16 de noviembre de 2000, ya que se continuó el juicio por una Magistrada distinta a la que lo había iniciado, impidién-

dose la valoración de la prueba, en tanto no pudo ser presenciada y valorada directamente.

Tercero.—Asimismo, a la vista de que ya ha transcurrido más de un mes desde la celebración del primer acto del juicio, el día 19 de octubre de 2000, entendemos que dicho primer acto ya no es válido procesalmente, en una aplicación analógica de lo dispuesto en el párrafo 4º del artículo 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación asimismo con lo dispuesto en el 749, considerando que siempre va a suponer un plazo de suspensión de un juicio excesivo e irrazonable.

Cuarto.—Por todo lo expuesto, considero concurre causa de nulidad radical de la sentencia recurrida por infracción de las normas y principios esenciales del proceso penal por lo que, al amparo de lo establecido por los artículos 238.3 y 240 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, procede decretar la nulidad de la sentencia recurrida y de los dos juicios de faltas celebrados.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 8.ª, de 14 de junio de 2001

DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. INTERPRETACIÓN DE TRATO DEGRADANTE Y DE MENOSCABO DE LA INTEGRIDAD MORAL.

Art. 173 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jacobo Vigil Levi**

SÍNTESIS

Tras las pautas interpretativas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo, realiza la sentencia comentada una exégesis de lo que deba entenderse por trato degradante y por menoscabo de la integridad moral, concluyendo que la figura delictiva del art. 173 del Código Penal requiere una gravedad que no concurre en el supuesto enjuiciado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) El artículo 173 del Código Penal castiga al que infligiere a otra persona un trato degradante menoscabando su integridad moral. El bien jurídico protegido es, en este delito, la integridad moral, derecho consagrado constitucionalmente (art. 15 de la C.E. y en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que en el concepto de “trato degradante” se incluye el que provoca en la víctima un sentimiento de temor, angustia e inferioridad susceptibles de humillarla, envilecerle y eventualmente, de quebrantar su resistencia física o moral (Sentencias del TEDH en los casos Soering de 7 de julio de 1989 y Tomasi contra Francia de 7 de agosto de 1992, entre otras). Nuestro Tribunal Supremo, desde una perspectiva más amplia, ha considerado tratos degradantes aquellos que pueden crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral, (STS 29 de septiembre de 1998).

Dentro de la lesión al bien jurídico integridad moral, el legislador establece sin embargo una gradación, distinguiendo el delito de torturas del delito previsto en el artículo 173 y este de la falta de vejación injusta prevista en el artículo 620.2 del Código Penal. Es necesario establecer por tanto una gradación de las conductas lesivas de la integridad moral de una persona, reservando para su punición a través del tipo analizado, aquellas que revistan especial relevancia y entidad, acordes en todo caso con la pena de prisión que se prevé.

Se ha declarado probado que, a partir de fecha no determinada comenzaron a surgir desavenencias entre la pareja, que se materializaban en frecuentes discusiones y que llegaron a ocasionar una primera ruptura a

la que siguió una posterior reconciliación de los cónyuges. Se considera igualmente acreditado que durante el matrimonio el acusado telefoneó en varias ocasiones a su esposa al centro de trabajo de ésta en horas nocturnas, profiriéndole insultos no precisados.

Debemos comenzar afirmando que todo intercambio de insultos o de frases de alguna forma intimidatoria, supone una lesión a la integridad moral de la persona; nadie, y menos en el contexto de una relación de pareja, ha de sufrir conductas que menoscaben su propia estima. Dicho esto hemos de admitir que es posible establecer una gradación entre aquellas conductas que afectan a la integridad moral de las personas, de manera que no han de tener el mismo tratamiento penal aquellas que revisten menor entidad y aquellas que se expresan de forma especialmente intensa. Para determinar si la conducta analizada reviste la entidad típica adecuada para ser calificada como propone la acusación, podemos analizar algunos casos tratados por los Tribunales de Justicia. Así el T.S. en S de 29 de septiembre de 1998 antes citada, aplicó el precepto analizado en un supuesto en el que el acusado ató a su víctima, la desnudó y le introdujo un preservativo por el recto, diciéndole que contenía semen infectado con sífilis; durante dos horas el acusado estuvo golpeando a su víctima con un bate de béisbol y, por ese mecanismo, le obligó a narrar cómo había mantenido relaciones adúlteras con la esposa del propio acusado. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 3.^a) aplicó el precepto examinado, por vía de recurso, en sentencia 17 de abril de 2000 a un supuesto en el que el acusado introdujo en el inodoro la cabeza de su esposa y tiró de la cadena.

Examinados tales antecedentes concluimos que la conducta que en el caso que nos ocupa se declara probada, habida cuenta además que no se ha podido precisar el contenido y naturaleza de los insultos y demás expresiones proferidos por el acusado, no

reviste la entidad que se viene reservando para el delito objeto de acusación. El contexto en que vivían los cónyuges es, sin du-

da, anómalo e incluso hostil, pero carece de la entidad necesaria para atribuirle la calificación propuesta.

Sentencia 304/2001, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 18 de junio de 2001

EL PRINCIPAL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE NEGATIVA A PRACTICAR LAS PRUEBAS DE DETECCIÓN ALCOHÓLICA ES LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO.

Arts. 379 y 380 Código Penal.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz**

SÍNTESIS

La conducta típica de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas está absorbida por el delito de desobediencia en la práctica de pruebas de detección alcohólica. Ha de aplicarse el concurso de leyes y sancionar únicamente en atención al precepto que prevé la pena más grave.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...) La negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia no supone una nueva situación de riesgo, poniendo en un nuevo peligro la seguridad del tráfico, ya que ésta se habría producido con anterioridad, cuando de hecho el conductor acusado supuestamente estaba circulando, conduciendo bajo influencia de bebidas alcohólicas, cuando se produjo el incidente o colisión que dio lugar a todas las actuaciones posteriores, lo que no puede dejarse de tener en cuenta para poder delimitar y calificar la conducta enjuiciada y reprochable penalmente.

(...)

Sexto.—Una vez que hemos llegado a la conclusión de que los artículos 379 y 380

del Código Penal protegen el bien jurídico de la seguridad del tráfico, sin perjuicio de que, además, y de forma secundaria, el art. 380 también proteja el principio de autoridad, y por otro lado también hemos concluido que en los hechos objeto de acusación sólo se infringió en una ocasión la seguridad del tráfico, no cabe duda de que la condena por ambos delitos supone una clara vulneración del principio *non bis in idem*.

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 concurso 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).

Es la solución del concurso de leyes es la que adopta el Código Penal de 1995 al regular este tipo de delitos en los supuestos en los que, además del peligro abstracto contra la seguridad del tráfico, se ataca otro bien jurídico (resultado lesivo), penándose exclusivamente la infracción más gravemente penada (art. 383 CP). Igual solución debe darse cuando además del riesgo o peligro abstracto contra la seguridad del tráfico (art.

379 CP) se ataca el llamado principio de autoridad (art. 380 CP), debiéndose penar conforme a este precepto del art. 380 CP que prevé pena más grave.

Por todo lo expuesto, procede la estimación parcial del recurso, en tanto sólo procede la condena por un delito contra la seguridad del tráfico, el previsto en el art. 380 CP, debiendo absolverse al acusado por el delito del art. 379 CP por el que fue condenado en primera instancia, en tanto dicha conducta ya está absorbida y castigada con la tipificación y condena de los hechos conforme al art. 380 CP.

Sentencia 434/2001, AP VALENCIA, Sec. 3.ª, de 18 de junio de 2001

LAS PENAS DE PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR VEHÍCULOS A MOTOR Y CICLOMOTORES SON ALTERNATIVAS.

Art. 379 Código Penal.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Regina Marrades Gómez**

SÍNTESIS

El término respectivamente recogido al determinar la pena en el art. 379 del Código Penal da a entender que la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor se aplicará cuando el delito se cometa utilizando este medio y que cuando se conduzca ebrio un ciclomotor la prohibición de conducir sólo afectará a este medio de transporte.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Por lo que respecta a la vulneración del art. 379 del C.P., en cuanto a la pena a imponer, considera el apelante que, de la interpretación del citado precepto, sólo procede la imposición de la privación del

derecho a conducir vehículos de motor, pero no ciclomotores, tratándose de dos penas distintas, y sólo siendo procedente privar del derecho a conducir ciclomotores cuando se circulaba con uno de ellos bajo los efectos de bebidas alcohólicas.

(...)

Del análisis del precepto transcrito, y esencialmente de la palabra “respectivamente”, no cabe duda de que no es posible otra interpretación que entender que se trata de dos penas individualizadas, de forma que se impondrá la privación del permiso de conducir vehículos a motor cuando la infracción se cometa circulando con tales vehículos, y se impondrá la pena privativa del derecho a conducir ciclomotores cuando se

circulaba con un ciclomotor. Esta interpretación viene avalada por lo dispuesto en el art. 47 del C.P., según el cual la imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos, de lo que se deduce que si se trata de derechos distintos, necesariamente debe tratarse de penas distintas.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

INSTRUCCIÓN 5/2001, SOBRE LOS EFECTOS DE LA INTRODUCCIÓN DEL EURO EN EL ÁMBITO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

El 1 de enero de 2002, finalizado el período transitorio en que habrán venido coexistiendo el euro y la peseta, el euro pasará a ser la única moneda del sistema monetario nacional.

Así lo establece la normativa comunitaria sobre la materia, en particular el Reglamento (CE) núm. 1103/1997, del Consejo, de 17 de junio de 1997, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro, y muy especialmente el Reglamento (CE) núm. 974/1998, del Consejo, de 3 de mayo, sobre la introducción del euro.

Sin perjuicio de su eficacia directa, esta normativa comunitaria ha sido a su vez explicitada y complementada a nivel nacional por la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, de introducción del euro (en adelante LIE), modificada posteriormente por la Ley 14/2000, de 20 de diciembre (art. 67), y la Ley 9/2001, de 4 de junio (Disposición adicional única). Asimismo, para hacer efectivas las modificaciones necesarias en la legislación con rango de Ley Orgánica (como es el caso de las leyes penales), se dictó al mismo tiempo la LO 10/1998, de 17 de diciembre, complementaria de la Ley sobre introducción del euro.

Antes de entrar a analizar los efectos que la introducción de la nueva moneda pueda tener en el ámbito de aplicación de las leyes penales, parece oportuno hacer algunas precisiones sobre algunos términos que maneja la LIE: en particular, los conceptos de instrumento jurídico, redenominación automática y redondeo.

1. El concepto de instrumento jurídico.

El art. 2.1 LIE define lo que se entiende por instrumento jurídico empleando una enumeración ejemplificativa (“las disposiciones legales y reglamenta-

rias, los actos administrativos, las resoluciones judiciales, los contratos, los actos jurídicos unilaterales, los asientos registrales, los instrumentos de pago distintos de los billetes y monedas”), y concluye con una fórmula tautológica según la cual “se entiende por instrumentos jurídicos (...) los demás instrumentos con efectos jurídicos”.

A los efectos que nos interesan hay que considerar, por tanto, que son instrumentos jurídicos las normas penales y las resoluciones judiciales (por expresa previsión legal) y también los dictámenes y escritos del Ministerio Fiscal, en cuanto que están destinados por su propia naturaleza a la producción de efectos jurídicos en el procedimiento al que se incorporan.

2. *La redenominación automática.*

A partir del 1 de enero de 2002, todas las referencias contenidas en instrumentos jurídicos a la peseta se han de entender realizadas, automáticamente y sin necesidad de alteración material en el correspondiente instrumento, a la unidad euro, aplicando el tipo de conversión legal (1 euro = 166,386 pts.) y en su caso de la regla del redondeo (art. 2.3 LIE). Por tanto, los instrumentos jurídicos redactados con anterioridad al 1 de enero próximo y en los que lógicamente aparecen consignadas las cantidades en pesetas (en particular las sentencias que contengan una condena a pagar una cantidad líquida), se redenominarán en euros automáticamente a partir de la citada fecha (arts. 2.3 y 26 LIE).

3. *La regla del redondeo.*

El redondeo es una regla impuesta por razones de orden práctico, ya que materialmente no existen las monedas inferiores a 1 peseta o a un céntimo de euro. En consecuencia, no se puede obligar a nadie a pagar decimales de peseta o milésimas de euro, o a anotar en su contabilidad cantidades con un número ilimitado de cifras decimales, que hayan resultado de la conversión de pesetas en euros o viceversa. Por ello, conforme al art. 11.1 LIE, en los casos de importes monetarios que se hayan de abonar o contabilizar, las cantidades que resulten de aplicar el tipo de conversión peseta-euro deberán redondearse por exceso o por defecto al céntimo de euro o a la peseta más próxima.

El redondeo es, por tanto, una operación obligada en aquellos casos en que se trata de obtener una cantidad líquida que directamente se haya de pagar o contabilizar, pero no en supuestos distintos. Buena muestra de ello es la prohibición establecida por la propia ley de la práctica del redondeo en operaciones intermedias, entendiéndose como tales aquellas en que el objeto inmediato de la operación no sea el pago, liquidación o contabilización como saldo final del correspondiente importe monetario (art. 11.2 LIE). Asimismo, es importante tener en cuenta que el propio art. 11 LIE establece excepciones a la regla general del redondeo al céntimo de euro más cercano, y en concreto que el apartado

4 de dicho artículo (introducido por la Ley 14/2000) fija una regla especial de redondeo de las cantidades expresadas en euros con hasta seis cifras decimales, cuando se trate de redenominar cantidades en pesetas (tarifas, aranceles, precios unitarios, etc.) que hayan de aplicarse a bases expresadas en cualquier magnitud.

El conocimiento del alcance preciso y de las excepciones a la aplicación de la regla general del redondeo resulta fundamental, como se tendrá oportunidad de comprobar, para no llegar a conclusiones incorrectas acerca del efecto que la introducción del euro va a tener en la interpretación y aplicación de determinadas normas penales que contienen referencias expresas a la unidad peseta.

II. UTILIZACIÓN DE LA UNIDAD EURO EN TODAS LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Como se ha señalado ya, las resoluciones judiciales son citadas por el art. 2.1 LIE entre los instrumentos jurídicos que, a partir del próximo 1 de enero, deberán expresar en la unidad euro todas las referencias monetarias que contengan.

Por lo tanto, a partir de dicha fecha, todas las referencias que en sentencias, autos y providencias deban hacerse a cantidades de dinero deberán expresarse en euros.

Cuando el Fiscal observe que no se ha actuado así y que se siguen consignando las cantidades en pesetas, deberá advertir de esta circunstancia (art. 4.1 LIE). El cauce más apropiado para ello será el “recurso de aclaración” previsto en los arts. 161 LECr y 267 LOPJ. A idéntico expediente se podrá acudir en su caso cuando se detecte que se ha producido un error aritmético a la hora de convertir una cantidad de pesetas en euros.

Las resoluciones judiciales podrán seguir haciendo mención de unidades en pesetas únicamente cuando se trate de referencias a billetes o monedas en pesetas considerados objetivamente (art. 4.1 LIE), es decir, no empleados como expresión de un valor sino como objetos con sustantividad propia; p.e., cuando en el relato de hechos de una sentencia penal se afirme que ha sido sustraída una determinada cantidad de pesetas, precisamente en monedas o billetes de esta cantidad. Sin embargo, dada la naturaleza fungible del dinero, salvo que hayan sido recuperados los mismos billetes o monedas en pesetas que hubiesen sido sustraídos y se puedan restituir directamente a su propietario, la condena al pago de la cantidad correspondiente, en concepto de responsabilidad civil, deberá indicarse ya en euros (aplicando el tipo de conversión y el redondeo previsto en el art. 11 LIE, ya que se trata de cantidades que el condenado habrá de abonar en la ejecutoria).

III. UTILIZACIÓN DEL EURO EN LOS ESCRITOS DEL MINISTERIO FISCAL

Análogamente a lo anterior, los escritos del Ministerio Fiscal que contengan referencias monetarias y vayan a desplegar sus efectos en un procedimiento, en tanto que indudablemente son “instrumentos con efectos jurídicos”, deberán utilizar exclusivamente el euro; por ejemplo, deberán cuantificarse en euros las solicitudes de pago de cantidades en concepto de responsabilidad civil que al amparo del art. 650 LECr incluyan los Sres. Fiscales en sus escritos de calificación. Para ello, deberán igualmente operar la conversión de las cantidades en pesetas en que aparezcan cifradas las responsabilidades civiles a las correspondientes cantidades en euros, también en este caso de acuerdo con las reglas de redondeo al céntimo más próximo del art. 11.1 LIE.

IV. PERVIVENCIA DE LA PESETA COMO MEDIO DE PAGO

Sin perjuicio de todo lo afirmado anteriormente, hasta el 28 de febrero próximo los billetes y monedas en pesetas seguirán siendo de curso legal y tendrán pleno poder liberatorio (art. 4.2 LIE, modificada por la Ley 14/2000, de 20 de diciembre); a partir de esa fecha, dichos billetes y monedas tendrán un mero valor de canje que, conforme a lo dispuesto en los arts. 24 y 25 LIE, podrá realizarse bien en el Banco de España o cualquier banco, caja de ahorros o cooperativa de crédito (desde el 1 de enero al 30 de junio de 2002) o sólo en el Banco de España (a partir del 1 de julio de 2002).

Concretamente, ya se trate de la ejecución de resoluciones de fecha anterior al 1 de enero de 2002 (que condenan por tanto al pago de cantidades en pesetas) o posterior a ella (que condenarán ya al pago de cantidades en euros), el obligado al pago tendrá, si realiza el pago antes del 1 de marzo de 2002, la facultad de pagar bien en euros o bien en pesetas.

La posibilidad de pagar en euros una condena en pesetas es, por otra parte, consecuencia lógica de la redenominación automática anteriormente mencionada, por lo que no debe plantear problema alguno.

Por el contrario, sí puede producir cierta perplejidad en un primer momento el caso contrario, sobre todo cuando se compruebe que no necesariamente han de coincidir el importe en pesetas que se tomó como base para calcular el importe de la responsabilidad civil en euros, y la cantidad en pesetas que resultaría después de aplicar a la cantidad en euros anteriormente obtenida nuevamente la regla del redondeo.

Por ejemplo, si una persona hurtó 4.500 pts. en diciembre de 2001 y es condenada en enero de 2002 al pago de 27,05 euros (por aplicación del tipo de conversión 166,386 serían 27,045 euros, que en virtud del redondeo se convierten en 27,05 euros), transformada nuevamente esta cantidad a pesetas, se con-

vertiría en 4.501 pts. (cantidad que se obtiene aplicando el redondeo a la cifra resultante de multiplicar 27,05 euros por el tipo de conversión, que es 4.500,7 pts.). Análogamente, si se condenó a alguien a pagar en euros el equivalente de 5.300 pesetas es decir 31,85 euros, el resultado de transformar nuevamente esta cifra en pesetas, sería de 5.299 pts. (que resultan de aplicar el tipo de conversión 166,386 a 31,85 euros y practicar el redondeo).

Obrar del modo anteriormente expuesto, aparte de ser contrario a la lógica, contradiría varios principios elementales de la LIE, como son: el principio de neutralidad (art. 6), según el cual la sustitución de la peseta por el euro no produce alteración del valor de los créditos o deudas, permaneciendo su valor idéntico al que tuvieran en el momento de la sustitución, sin solución de continuidad; y el principio de equivalencia nominal (art. 8), conforme al cual “el importe monetario expresado en euros resultante de la aplicación del tipo de conversión y del redondeo en su caso, es equivalente al importe monetario expresado en pesetas que fue objeto de la conversión”.

En realidad, se trata de una incorrecta aplicación de la regla del redondeo en el caso de pago en pesetas de una deuda expresada en euros, ya que de acuerdo con el art. 14.2 LIE, en los supuestos en que se abone en pesetas una deuda expresada en euros se ha de pagar, no la cantidad que resulte en pesetas de transformar y redondear la cantidad en euros correspondiente, sino “una cantidad en pesetas tal que, aplicando el tipo de conversión y una vez redondeada, arroje la cantidad debida en euros”; es decir, en el presente caso, la misma cantidad en pesetas que dio origen a la cantidad expresada en euros en el instrumento jurídico correspondiente, y no la que resulte de transformar ésta nuevamente en pesetas.

Por otra parte, hay que recordar que los redondeos practicados en operaciones intermedias en ningún caso pueden modificar el importe a pagar como saldo final (art. 11.2 LIE).

V. TRANSFORMACIÓN EN EUROS DE LAS REFERENCIAS A LA PESETA CONTENIDAS EN LA DESCRIPCIÓN DE DETERMINADOS TIPOS PENALES

En el apartado anterior ya se ha alertado de los peligros que puede tener una innecesaria aplicación de la regla del redondeo. Hay que tener en cuenta que esta regla, descrita en el art. 11 (este artículo ha sido modificado por la Ley 9/2001, de 4 de junio, que ha introducido dos nuevos apartados) no es una operación que se haya de realizar en todo caso, sino —como ya se apuntó anteriormente— sólo cuando la transformación de una unidad monetaria a otra se hace con el objeto inmediato de abonar o contabilizar una cantidad de dinero. Esto explica que, siempre que se menciona la aplicación del redondeo se haga añadiendo la expresión “en su caso” (en concreto, al efecto que nos interesa, el

art. 2.1 de la LO 10/1998, de 17 de diciembre, complementaria de la Ley sobre introducción del euro, dice que “las referencias contenidas en las Leyes Orgánicas a importes monetarios expresados en pesetas se entenderán también realizadas al correspondiente importe monetario expresado en euros que se obtenga con arreglo al tipo de conversión y, en su caso, redondeando con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 LIE, teniendo unas y otras la misma validez y eficacia”).

No es preciso practicar el redondeo, por tanto, cuando se transformen a euros las cantidades que el CP utiliza para marcar el límite entre delitos o faltas. En particular, en aquellos casos en que tal límite se sitúa en 50.000 pts. habrá que entender que dicho límite es ahora de 300,506052 euros. Es decir, el hurto de 300,51 euros es ya constitutivo de delito, porque es superior a la cifra anterior, y el de 300,50 euros es constitutivo de falta, por ser inferior a dicha cifra. Nótese que si se aplicase en este caso el redondeo se llegaría a una conclusión distinta, ya que el hurto sólo sería delito si la cantidad hurtada fuese superior (no igual) a 300,51 euros (50.000 pts. transformadas en euros y redondeadas), es decir, el hurto de 300,51 euros sería constitutivo de falta y sólo a partir de 300,52 euros se podría hablar de delito.

Si, por el contrario, se estimase que donde el CP fija el límite de 50.000 pts., para diferenciar entre delitos y faltas se debe interpretar a partir de ahora que tal límite es de 300,51 euros por efecto de la LO 10/1998, podría considerarse ésta una ley penal más favorable al reo y, en consecuencia, su eficacia retroactiva (art. 2.2 CP) obligaría a revisar todas las condenas por delito basadas en el hecho de superar el objeto material del mismo la cantidad de 50.000 pts.

Por otra parte, si se aplicase la regla del redondeo en otro supuesto similar, como es el de la delimitación entre el tipo básico de malversación y el privilegiado del art. 432.3 CP (“cuando la sustracción no alcance la cantidad de 500.000 pts.”), nos encontraríamos con que el redondeo operaría en este caso a la baja (500.000 pts. son 3.005,0605 euros, es decir 3.005,06 euros redondeados), y que en consecuencia se estaría rebajando el límite hasta donde alcanza el tipo privilegiado, lo que supondría una —aunque ligerísima— ampliación *contra reo* del campo de aplicación de la penalidad prevista para el tipo básico. De acuerdo con la interpretación que se propone, sin embargo, 3.005,06 euros es una cantidad ligeramente inferior a 500.000 pts., y entra todavía por tanto en el ámbito de aplicación del tipo privilegiado de malversación.

Idéntica regla de conversión (sin redondeo) habrá de ser empleada para determinar si una conducta descrita en euros es delictiva o atípica en los supuestos de los arts. 267 (daños por imprudencia grave), 285 (abuso de información privilegiada), 305.1 (delito contra la Hacienda Pública), 307.1 (defraudación a la Seguridad Social) y 308 (fraude de subvenciones) CP, así como en el art. 2 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

VI. SUSTITUCIÓN DEL ECU POR EL EURO

Conforme a lo dispuesto en el art. 2.2 de la LO 10/1998, las referencias al ecu contenidas en el Código Penal o en otras Leyes Orgánicas se entenderán también realizadas al euro, con arreglo a la equivalencia 1 ecu = 1 euro.

VII. LOS NUEVOS LÍMITES PARA LAS CUOTAS DE DÍAS-MULTA

A partir del próximo 1 de enero, todas las multas habrán de ser fijadas en euros. ¿En qué cantidades se deben transformar entonces las 50.000 y 200 pts., que el art. 50.4 CP establece como topes máximo y mínimo de la cuota diaria de multa?

La cantidad de 50.000 pts. equivale a 300,506052 euros, y tampoco en este caso procede aplicar el redondeo al céntimo más próximo, porque no es una cantidad que se haya de abonar directamente sino una cuota que se ha de multiplicar por el número de días-multa impuestos para calcular el importe total de la multa; además, en este caso, el redondeo redundaría en perjuicio del reo, porque supondría aumentar el tope máximo de la cuota imponible. Se trata, en definitiva, de un supuesto de redenominación automática de una disposición legal a la que se debe aplicar la regla excepcional de redondeo prevista en el art. 11.4 LIE (redondeo de la sexta cifra decimal). A efectos prácticos, por tanto, dando por supuesto que no se van a imponer en sentencia cuotas con milésimas de euro, la cuota máxima imponible será de 300,50 euros.

La cantidad de 200 pts., por su parte, equivale a 1,202024 euros, por lo que, de acuerdo con los anteriores criterios, la cuota mínima imponible a efectos prácticos sería en este caso de 1,21 euros.

VIII. TRANSFORMACIÓN EN EUROS DE LAS MULTAS IMPUESTAS EN SENTENCIA

Conforme al principio de redenominación automática, ya aludido anteriormente, todas las referencias contenidas en sentencias al pago de una pena de multa se han de entender hechas a la correspondiente cantidad en euros que resulte de aplicar el tipo de conversión y la regla del redondeo al céntimo más próximo (en este caso sí, ya que se trata de cantidades que se han de abonar).

Esto no presentará mayores problemas cuando se trate de multa de cuantía proporcional.

Sin embargo, cuando se haya empleado el sistema de días-multa, la conversión habrá de realizarse operando sobre el montante total de la multa impuesta, no sobre la base diaria de la multa, ya que de lo contrario —si se aplicase el tipo de conversión y el redondeo a la cuota diaria— se podrían producir desviaciones de varias unidades monetarias en el importe que finalmente se tuviese que

abonar (p.e., la máxima pena imponible, de dos años de multa con una cuota diaria de 50.000 pts., que son 36.000.000 pts., si la cuota se transformase en 300,51 euros, daría lugar a una multa global de 36.000.473 pts.). La aplicación del tipo de conversión y el redondeo a la cuota diaria sería una operación intermedia que, conforme al art. 11.2 LIE, en ningún caso puede modificar el importe a pagar como saldo final.

La regla anterior puede presentar dificultades para su aplicación, sin embargo, cuando se haya determinado un pago de las cuotas diferido en el tiempo (art. 50.6 CP). En este supuesto habrá que considerar que, conforme a lo previsto en los arts. 2.3 y 11 LIE (modificados ambos por la Ley 9/2001), se ha producido una redenominación automática de la cuota impuesta en la sentencia en pesetas y se ha transformado en la correspondiente en euros que resulte de aplicar el tipo de conversión y el redondeo sobre la sexta cifra decimal. Así, p.e., si se trata de hacer un pago parcial o fraccionado de una multa cuya cuota es de 5.000 pts., dado que equivale a 30,050605 euros, habrá que multiplicar esta cifra por el número concreto de días que se hayan de abonar en cada pago parcial, y aplicar a la cantidad resultante el redondeo al céntimo más próximo.

En cualquier caso, como ya se ha señalado anteriormente y reitera el art. 11.4 LIE, para tener por definitivamente ejecutada la pena, tanto si la multa se va a abonar íntegramente en un solo pago como si se paga fraccionadamente, el redondeo practicado en cualquier operación intermedia —como sería la de aplicar la cuota transformada en euros a diversas fracciones de la multa— no puede alterar la cuantía total de la deuda que originariamente se había de pagar y que ha de ser equivalente a al saldo final de la cantidad que efectivamente se acabe abonando.

Por otra parte, al igual que se señaló al hablar del pago de las responsabilidades civiles, durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 28 de febrero próximos el obligado al pago podrá optar entre hacerlo en pesetas o en euros. En el caso de que se opte por pagar en euros una multa fijada en pesetas, se habrá de abonar la cantidad que resulte de aplicar el tipo de conversión y el redondeo al céntimo de euro más próximo.

Respecto a las multas previstas en leyes penales especiales anteriores al Código Penal, hay que tener presente que éste, en su Disposición transitoria undécima, ha transformado dichas sanciones por otras definidas con arreglo al sistema de días-multa.

IX. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA

El euro es a efectos penales, además de moneda de la Unión Europea, también moneda nacional desde el 1 de enero de 1999 (expresamente lo afirma el art. 2.3 de la LO 10/1998, de 17 de diciembre, complementaria de la LIE).

Ello no obstante, conforme al artículo 387 CP, sólo puede ser objeto material de los delitos de falsificación de moneda la moneda de curso legal. Entendiendo que el concepto de curso legal coincide con el de capacidad liberatoria o de pago respaldada por una ley, el euro comienza a ser moneda de curso legal el 1 de enero de 2002. Hasta esa fecha y durante el período transitorio contemplado en el art. 12 LIE (es decir, desde el 1 de enero de 1999 al 31 de diciembre de 2001), sin embargo, las conductas típicas relativas a la falsificación de las monedas y billetes de euros que todavía no han sido puestos en circulación son igualmente punibles en virtud de la previsión expresamente contenida en el art. 2.5 de la citada LO 10/1998.

Asimismo, pese a dejar de tener la peseta la consideración de moneda nacional y de gozar de la protección del sistema monetario a partir del 1 de enero de 2002, y sobre todo perder su capacidad liberatoria a partir del 1 de marzo de 2002, las monedas y billetes de pesetas siguen teniendo tal consideración durante todo el período de canje al que se refiere el art. 24 LIE (es decir, hasta el 30 de junio de 2002) al efecto de poder ser objeto material de las conductas típicas relativas a la falsificación de moneda (art. 2.3 de la LO 10/1998). Por el contrario, a partir del 1 de Julio de 2002, coincidiendo con el momento en que las monedas y billetes de peseta sólo pueden ser objeto de canje en el Banco de España (art. 25 LIE), su falsificación pasa a ser una conducta atípica, sin perjuicio de que pueda dar lugar a otros delitos de carácter patrimonial, como la estafa que tendría lugar en el caso de hacer un pago en pesetas falsas a un particular que las recibiese creyendo que iba a poder canjearlas por euros en el Banco de España, o en el supuesto de vender a un coleccionista billetes o monedas de pesetas antiguas que hubiesen sido falsificados.

X. CONCLUSIONES

1.^a A partir del 1 de enero de 2002, en los escritos del Ministerio Fiscal y en las resoluciones judiciales, todas las referencias a cantidades de dinero deberán expresarse en euros.

2.^a Durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 28 de febrero de 2002, quien efectúe el pago de una responsabilidad pecuniaria, independientemente de la unidad monetaria en que figure expresada en la correspondiente resolución judicial, podrá hacerlo tanto en euros como en pesetas.

3.^a Cuando se quiera abonar en euros una cantidad expresada en pesetas, habrá que abonar la cifra equivalente en euros que resulte aplicando el tipo de conversión y el redondeo al céntimo más próximo.

4.^a Cuando se quiera abonar en pesetas una cantidad expresada en euros, habrá que abonar una cantidad tal de pesetas que, una vez aplicado a ésta el tipo de conversión y el redondeo al céntimo más próximo, resulte igual a la cantidad en euros que se ha de pagar.

5.^a Las referencias contenidas en las leyes penales a una cantidad determinada de pesetas para establecer el límite entre el delito y la falta, o para diferenciar del tipo básico un tipo agravado o privilegiado, se han de entender sustituidas por la cantidad equivalente que resulte en euros de aplicar el tipo de conversión, sin necesidad de practicar el redondeo.

Concretamente, a efectos prácticos, se ha de entender que 300,50 euros es inferior a 50.000 pts., y que 300,51 euros ya es superior a 50.000 pts.

6.^a Las referencias al ecu contenidas en el CP se han de entender actualmente referidas al euro.

7.^a A partir del 1 de enero de 2002, la cuota por cada día de multa podrá oscilar entre 1,21 y 300,50 euros.

8.^a Las multas en pesetas que se hayan de abonar conforme al sistema de días-multa se transformarán en euros aplicando el tipo de conversión y el redondeo al importe total de la multa que resulte de multiplicar la cuota por el número de días, no aplicando el tipo de conversión y el redondeo a la cuota y multiplicando posteriormente la cifra resultante por el número de días.

9.^a La falsificación de billetes y monedas de euros es penalmente típica desde el 1 de enero de 1999. La falsificación de billetes y monedas de pesetas es penalmente atípica a partir del 1 de julio de 2002.

CRÓNICA LEGISLATIVA

OCTUBRE

- ❑ Real Decreto 1162/2001, de 26 de octubre (BOE del 27), por el que se modifica el artículo 29 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

NOVIEMBRE

- ❑ Real Decreto 1321/2001, de 30 de noviembre (BOE de 1 de diciembre), por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

DICIEMBRE

- ❑ Declaración del Gobierno español relativa al artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1996 (BOE del 4).
- ❑ Ley 19/2001, de 19 de diciembre (BOE del 20), de reforma del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.
- ❑ Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983 (BOE de 29 de diciembre).
- ❑ Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (B.O.E. de 31 de diciembre):
 - ✓ El art. 43 modifica la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social en determinados aspectos relativos al régimen de indemnizaciones a las víctimas del terrorismo.
 - ✓ El art. 44 modifica la Disposición Adicional 9.ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, relativa al ámbito de aplicación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad a las Víctimas del Terrorismo.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, parte general III. Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho penal. Parte general III. Los fundamentos de extensión de la tipicidad*, Leynfor Siglo XXI, Madrid, 2001.

LUZÓN CUESTA, J.M.^a, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 12.^a ed., Dykinson, Madrid, 2001.

— *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, 9.^a ed., Dykinson, Madrid, 2001.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 13.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte especial*, 6.^a ed., Dykinson, Madrid, 2001.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

HURTADO POZO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

ÁLVAREZ GARCÍA, G.J., *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

DOVAL PAÍS, A., *La posibilidad de la tentativa de delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

GILI PASCUAL, A., *La prescripción en derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia médica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

ALONSO PÉREZ, F., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*. Legislación, comentarios, jurisprudencia, Dykinson, Madrid, 2001.

AMADEO GADEA, S.L., *Informática y nuevas tecnologías. Sentencias dictadas por los Tribunales Españoles. Legislación estatal y autonómica. Instrucciones de la Agencia de Protección de datos y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa*, La Ley, Madrid, 2001.

BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, Barcelona, 2001.

BLANCO LOZANO, C., *El delito urbanístico*, Montecorvo, Madrid, 2001.

BRAGE CENDÁN, S.B., *Los delitos de alteración de precios. Especial referencia a los artículos 262, 281 y 284 CP*, Comares, Granada, 2001.

COLOMA CHICOT, J.A., *La responsabilidad civil en el delito fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

GUISASOLA LERMA, C., *Delitos contra el patrimonio cultural; artículos 321 a 324 del Código penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

LLORIA GARCÍA, P., *El delito de intrusismo profesional (bien jurídico y configuración del injusto)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

MAQUEDA ABREU, M.L., *El tráfico sexual de personas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001.

ORTS BERENGUER / ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos cometidos a través de la informática*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

PÉREZ VALERO, J., *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

RUIZ MARCO, F., *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Colex, Madrid, 2001.

RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., *El delito de encubrimiento*, Atelier, Barcelona, 2001.

TORRES FERNÁNDEZ, M.^a E., *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

V. DERECHO PENITENCIARIO

BERDUGO / ZÚÑIGA (Coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001.

CERVELLO DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

MAPELLI CAFFARENA / GONZÁLEZ CANO, *El traslado de personas condenadas entre países*, McGraw-Hill, Madrid, 2001.

VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional en el derecho español*, Civitas, Madrid, 2001.

VI. CRIMINOLOGÍA

CLEMENTE / ESPINOSA (Coords.), *La mente criminal. Teorías explicativas del delito desde la psicología jurídica*, Dykinson, Madrid, 2001.

GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, 4.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

GARRIDO / STANGELAND / REDONDO, *Principios de criminología*, 2.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES

— GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001, 548 págs.

II. MONOGRAFÍAS.

— DIEGO DíEZ, L.A. DE, *Recursos contra resoluciones interlocutorias en los procesos penales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, 477 págs.

— GUERRERO PICÓ, M.C., *Registro de vehículos y otros espacios no domiciliarios*, Comares, Granada, 2001, 160 págs.

— LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E. DE, *El modelo constitucional de investigación penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, 359 págs.

— LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *El Ministerio Fiscal español: principios orgánicos y funcionales*, Colex, Madrid, 2001, 367 págs.

— MORA SÁNCHEZ, J.M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN: Identificación criminal a través de la huella genética*, Publicaciones de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación foral de Bizkaia, de derecho y de genoma humano, Granada, 2001, 378 págs.

— SORRIBAS MARTÍNEZ, A. y MEDINA CEPERO, J.R., *Reflexiones en torno al procedimiento por jurados*, Septem ediciones, Oviedo, 2001, 136 págs.

— TINOCO PASTRANA, A., *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*, Sevilla, 2001, 170 págs.

— TUBAU MARTÍNEZ, O., *Los ciudadanos y la ley penal*, Barcelona, 2001, 138 págs.

III. OTROS.

— RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *Diccionario de jurisprudencia procesal penal*, 2 vols., Comares, Granada, 2001, 1205 págs.