ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores? *Carlos María Romeo Casabona* 13
- La criminalidad de testigos, peritos e intérpretes, a la luz del Código Penal de 1995. *Jesús Martínez Ruiz* 37

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 67
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 75
- **Sentencia 94/2001 (Sala 2.ª), de 2 de abril:** Prisión provisional insuficientemente motivada 75
- **Sentencia 101/2001 (Sala 1.ª), de 23 de abril:** Adhesión a la apelación 77
- **Sentencia 106/2001 (Sala 2.ª), de 23 de abril:** Secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario 78
- **Sentencia 108/2001 (Sala 2.ª), de 23 de abril:** Motivación de la pena de multa 82
- **Sentencia 115/2001 (Pleno), de 10 de mayo:** Limitaciones al ejercicio de la acción penal por los militares (cuestión interna de inconstitucionalidad) 84

	Página
— Sentencia 118/2001 (Sala 1.ª), de 21 de mayo: Imputación en el proceso penal abreviado	90
— Sentencia 123/2001 (Sala 2.ª), de 4 de junio: Supplicatorio: momento procesal oportuno	94
— Sentencia 129/2001 (Sala 1.ª), de 4 de junio: Falta de legitimación activa de un Gobierno Autónomo para actuar como acusación particular o popular	97
— Sentencia 130/2001 (Sala 2.ª), de 4 de junio: Acto de comunicación defectuoso	99
— Sentencia 143/2001 (Sala 2.ª), de 18 de junio: Derecho de defensa y juicio de faltas	101
TRIBUNAL SUPREMO	105
— Sentencia 112/2000, de 3 de febrero de 2001: Juicio oral en ausencia del acusado	105
— Sentencia 113/2001, de 3 de febrero: Retroactividad de la ley posterior más favorable	106
— Sentencia 132/2001, de 6 de febrero: Competencia de la Audiencia Provincial y no del Tribunal del jurado en delitos conexos (homicidios consumados e intentados)	107
— Sentencia 132/2001, de 6 de febrero: Cumplimiento íntegro de las penas	109
— Sentencia 139/2001, de 6 de febrero: Alteraciones en la percepción	111
— Sentencia 144/2001, de 7 de febrero: Responsabilidad civil derivada del delito	113
— Sentencia 183/2001, de 8 de febrero: Denegación de preguntas a testigo y dilaciones indebidas	114
— Sentencia 786/2001, de 8 de febrero: Responsabilidad civil derivada del delito	116
— Sentencia 153/2001, de 9 de febrero: Reformatio in peius	118
— Sentencia 165/2000, de 10 de febrero de 2001: Escuchas telefónicas	120
— Sentencia 179/2001, de 13 de febrero: Imparcialidad del juzgador y actividad instructora previa	122
— Sentencia 185/2001, de 13 de febrero: Impago de pensiones ..	124
— Sentencia 192/2001, de 14 de febrero: Protección penal del honor y libertad de expresión	126

	Página
— Sentencia 209/2001, de 17 de febrero: Acumulación de penas y asistencia letrada	129
— Sentencia 220/2001, de 19 de febrero: Imputación y reconocimiento en rueda	130
— Sentencia 39/2001, de 21 de febrero: Robo con violencia (uso de armas)	132
— Sentencia 1655/2000, de 22 de febrero de 2001: Encubrimiento	134
— Sentencia 289/2001, de 23 de febrero: Falsedad en documento mercantil	135
— Sentencia 263/2001, de 24 de febrero: Desobediencia	136
— Sentencia 308/2001, de 26 de febrero: Imprudencia médica ..	138
— Sentencia 265/2001, de 27 de febrero: Registro en lugar cerrado .	140
— Sentencia 274/2001, de 27 de febrero: Derecho a un Juez imparcial	142
— Sentencia 276/2001, de 27 de febrero: Asesinato (Ensañamiento) .	145
— Sentencia 284/2001, de 28 de febrero: Modificación de conclusiones: límites	147
— Sentencia 311/2001, de 2 de marzo: Impugnación informe pericial	149
— Sentencia 311/2001, de 2 de marzo: Régimen transitorio de la ley de responsabilidad penal del menor	151
— Sentencia 315/2001, de 3 de marzo: Alzamiento de bienes ...	153
— Sentencia 164/2001, de 5 de marzo: Detención ilegal. Violencia doméstica	155
— Sentencia 328/2001, de 6 de marzo: Momento preclusivo para proposición de prueba. Iniciativa probatoria de oficio	156
— Sentencia 343/2001, de 7 de marzo: Acumulación de condenas .	160
— Sentencia 1511/2000, de 7 de marzo de 2001: Impugnación (ficticia) de informe pericial. Buena fe y abuso de derecho	161
— Sentencia 376/2001, de 12 de marzo: Alzamiento de bienes ..	163
— Sentencia 408/2001, de 12 de marzo: Vulneración del principio de inmediación	165
— Sentencia 415/2001, de 12 de marzo: Reincidencia	167
— Sentencia 382/2001, de 13 de marzo: Coautoría	168
— Sentencia 382/2001, de 13 de marzo: Revisabilidad en vía de recurso de los juicios de inferencia sobre elemento subjetivo del tipo	170

	Página
— Sentencia 389/2001, de 13 de marzo: Entrada y registro: Juez competente	172
— Sentencia 427/2001, de 13 de marzo: Registro domiciliario autorizado por detenido sin asistencia letrada	173
— Sentencia 399/2001, de 14 de marzo: Apropiación indebida ..	175
— Sentencia 432/2001, de 16 de marzo: Cacheo	176
— Sentencia 453/2001, de 16 de marzo: Nulidad de registro domiciliario; inexistencia de delito flagrante	177
— Sentencia 479/2001, de 20 de marzo: Alevosía. Abuso de superioridad	179
— Sentencia 367/2001, de 22 de marzo: Imparcialidad del juzgador	181
— Sentencia 442/2001, de 22 de marzo: Lesiones (deformidad) ..	184
— Sentencia 461/2001, de 23 de marzo: Apertura paquete postal y vicio del consentimiento	185
— Sentencia 469/2001, de 26 de marzo: Vulneración del derecho de defensa	186
— Sentencia 473/2001, de 26 de marzo: Entrada y registro en buque mercante extranjero	188
— Sentencia 520/2001, de 26 de marzo: Suspensión del juicio oral y valor de la prueba. Testimonio de referencia	190
— Sentencia 492/2001, de 27 de marzo: Retraso en el traslado de la imputación e interrupción de la prescripción del delito	192
— Sentencia 20/2001, de 28 de marzo: Concurso aparente de leyes penales	193
— Sentencia 529/2001, de 2 de abril: Propiedad intelectual	196
— Sentencia 550/2001, de 3 de abril: Registro domiciliario: autorización por detenido sin asistencia letrada	202
— Sentencia 380/2001, de 4 de abril: Aforamiento de magistrado que ha cesado en su condición de tal	205
— Sentencia 662/2001, de 6 de abril: Omisión de la advertencia al testigo de su derecho a no declarar	208
— Sentencia 629/2001, de 9 de abril: Prescripción del delito	209
— Sentencia 610/2001, de 10 de abril: Detención ilegal	212
— Sentencia 632/2001, de 16 de abril: Imprudencia punible. Concurso ideal. Baremo	214
— Sentencia 640/2001, de 16 de abril: Entrada y registro: irregularidad no convalidable del mandamiento judicial	217

	Página
— Sentencia 670/2001, de 19 de abril: Delito continuado	219
— Sentencia 701/2001, de 23 de abril: Delito de tortura	220
— Sentencia 345/2001, de 25 de abril: Declaraciones policiales	222
— Sentencia 722/2001, de 25 de abril: Agresión sexual, uso de armas	224
— Sentencia 360/2001, de 27 de abril: Estafa	228
— Sentencia 698/2001, de 28 de abril: Intervención telefónica: auxilio judicial; plazo	229
— Sentencia 742/2001, de 30 de abril: Recurso de aclaración	230
— Sentencia 679/2001, de 30 de abril: Delito continuado de apropiación indebida	231
— Sentencia 762/2001, de 30 de abril: Derecho al doble grado de jurisdicción	233
AUDIENCIAS PROVINCIALES	235
— Auto 491/2000, de 14 de noviembre (AP Madrid): Legitimación para personarse en los delitos o faltas de desobediencia	235
— Sentencia 389/2000, de 23 de noviembre (AP Vizcaya): La baja voluntaria en el trabajo, por sí sola, no puede fundamentar el alza- miento de bienes	237
— Auto de 12 de diciembre de 2000 (AP Barcelona): Irrecurribili- dad del auto de apertura del juicio oral, también en lo relativo a pro- nunciamentos civiles	239
— Sentencia 628/2000, de 13 de diciembre (AP Madrid): Responsa- bilidad civil en supuestos de hurto de uso de vehículos de motor	241
— Sentencia 1830/2000, de 18 de diciembre (AP Madrid): Delito societario: impedimento del ejercicio del derecho de información a los socios	242
— Sentencia 336/2000, de 29 de diciembre (AP Valencia): Impuni- dad de la fotocopia de libros para uso particular	244
— Sentencia 7/2001, de 17 de enero (AP Valencia): Caracterización del delito sobre la ordenación del territorio como delito especial propio y aplicación del principio “non bis in idem”	246
— Sentencia 8/2001, de 18 de enero (AP Valencia): Concurso de de- lito contra el medio ambiente y daños por imprudencia	247
— Sentencia de 23 de enero de 2001 (AP Barcelona): Contratación ilegal de trabajadores extranjeros sin permiso laboral	248

	Página
— Sentencia 52/2001, de 31 de enero (AP Sevilla): El mero incumplimiento del régimen de visitas en los supuestos de separación conyugal no integra la falta de desobediencia	249
— Sentencia 46/2001, de 1 de febrero (AP Madrid): Intrusismo. Licenciada en derecho en despacho de abogados	251
— Sentencia 16/2001, de 8 de febrero (AP Madrid): Percepción de indebidos honorarios por abogados: estafa y no apropiación indebida	253
— Sentencia de 8 de febrero de 2001 (AP Sevilla): Allanamiento de morada en los supuestos de separación conyugal	255
— Auto 271/2001, de 9 de febrero (AP Madrid): Vigilancia penitenciaria: el “FIES” (fichero de internos de especial seguimiento) y las restricciones de derechos	256
— Sentencia de 13 de febrero de 2001 (AP Barcelona): La tentativa en el tipo de simulación de delito	259
— Sentencia de 20 de febrero de 2001 (AP Barcelona): Responsabilidad del gerente de una empresa por accidente laboral	260
— Sentencia 54/2001, de 20 de febrero (AP Madrid): Delito societario: impedimento a los socios para el ejercicio de los derechos de información y asistencia a juntas generales	263
— Sentencia 106/2001, de 6 de marzo (AP Valencia): Aborto con dolo de consecuencias necesarias	264
— Sentencia 121/2001, de 6 de marzo (AP Madrid): Pactos extrajudiciales sobre pensiones alimenticias y delito de abandono de familia	266
— Sentencia 92/2001, de 6 de abril (AP Valencia): Delito contra la seguridad e higiene en el trabajo. Modalidad omisiva dolosa . . .	267

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

— Circular 2/2001, sobre incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores	273
— Instrucción 2/2001, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social	291

	<u>Página</u>
— Instrucción 3/2001, sobre los actuales mecanismos y modalidades de asistencia judicial internacional en materia penal	297
— Instrucción 4/2001, sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales	307

CRÓNICA LEGISLATIVA

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

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal	315
— Derecho Procesal Penal	319

ARTÍCULOS
DOCTRINALES

LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA: ¿OFRECEN UNA PROTECCIÓN ADECUADA DE LOS CONSUMIDORES? (*) (1)

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad del País Vasco/EHU
Lejona (Vizcaya)*

1. Razones para una reforma

Los delitos contra la salud pública estaban agrupados en el Código Penal (CP) anterior (Texto Refundido de 1973) junto a un conglomerado de delitos de muy diversa naturaleza ⁽¹⁾, sin que pudiera extraerse ningún elemento común a todos ellos que justificara su agrupación, como podría ser el bien jurídico protegido, las modalidades de la conducta o formas de agresión, el sujeto pasivo ⁽²⁾, etc. En efecto, los delitos a los que vamos a dedicar nuestra atención en este

(*) Este trabajo está dedicado a la memoria del Profesor Don Marino Barbero Santos.

(1) Agrupados en el Título V del CP anterior, que llevaba por rúbrica “De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general”. Sobre la regulación pasada v. C. M. ROMEO CASABONA, “Delitos contra la salud pública”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, 1995, pp. 2032 y ss.

(2) Si bien es cierto que podía encontrarse un sujeto pasivo común, la sociedad en cuanto colectividad no institucionalizada de los ciudadanos, ni era un criterio aceptado de forma unánime (p. ej., v. J.M. RODRÍGUEZ DEVESA / A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 18.ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, pp. 597 y ss.) ni parecía ser una perspectiva con suficiente fuerza unificadora, pues había otros delitos con idéntico sujeto pasivo ubicados en otros títulos del anterior CP.

estudio aparecían bajo la misma sección y rúbrica junto con los delitos relativos al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y contra el medio ambiente, lo que ya da idea suficiente de la heterogeneidad de estos delitos, por no mencionar los demás que tuvieron cabida en el mismo título, como los relativos a la infracción de las leyes sobre inhumaciones y de la violación de sepulturas, contra la seguridad del tráfico y contra la seguridad en el trabajo, entre otros.

Los delitos contra la salud pública aparecen ahora recogidos en el CP de 1995 en un título ⁽³⁾ que ha experimentado numerosos e importantes cambios, incluida su denominación. Probablemente, la novedad más significativa está constituida por la nueva distribución de las diversas figuras delictivas, por lo general más acertada que la del CP anterior. Asimismo, este conjunto de delitos ha merecido ahora un capítulo independiente ⁽⁴⁾, lo que si bien es ciertamente satisfactorio, es más discutible el acierto de que continúen compartiendo la misma ubicación con los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (arts. 368 a 378), los cuales deberían figurar en un capítulo independiente, dadas las numerosas diferencias y particularidades que, como es evidente, presentan éstos últimos en relación con los demás delitos con los que comparten el capítulo. De todos modos, más abajo volveremos de nuevo sobre otros aspectos relativos a estas apreciaciones sistemáticas.

Más relevante que la cuestión acabada de evocar —que era al fin y al cabo un defecto formal, sin que, no obstante, deba menospreciarse su importancia—, era la configuración de muchos de estos delitos en el CP anterior como delitos de peligro abstracto, sin que en muchas ocasiones fuera preciso acreditar la exigencia de la peligrosidad de la acción típica, característica de la acción que con el nuevo CP de 1995 ha de quedar claramente comprobada, dado que éste es un principio general a todas las figuras delictivas, como se deduce del actual artículo 16 ⁽⁵⁾.

(3) Es el Título XVII, del Libro II del Código Penal, que lleva por rúbrica la siguiente: “De los delitos contra la seguridad colectiva”.

(4) Se trata del Capítulo III, “Delitos contra la salud pública”.

(5) Así lo entienden, p. ej., J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II*, 6.ª ed., Madrid, 1998, p. 154; E. SOLA RECHE, “La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, fasc. I, pp 167 y ss. (como criterio dogmático anterior al CP de 1995); el mismo, “La llamada ‘tentativa inidónea’ de delito. Aspectos básicos”, Granada, 1996, p. 225 (y su fundamentación dogmática en pp. 74 y ss.).

Finalmente, tanto la naturaleza de estos delitos, que ya hemos comentado, como el casuismo del que adolecían, la escasa idoneidad de gran parte de ellos para hacer frente a las nuevas formas criminales gravemente atentatorias para la salud de los consumidores, así como la persistencia de algunas figuras delictivas conflictivas por su difícil encaje dogmático, su anacronismo o, incluso, su nula justificación político-criminal, imponían una profunda revisión de estos delitos con el fin de revestirles de una configuración más moderna y útil para las necesidades político-criminales actuales.

Indudablemente sigue en pie la cuestión de si el nuevo régimen penal establecido por el CP de 1995 es suficiente para hacer frente a las nuevas y en ocasiones muy graves formas de manifestación de atentados contra la salud colectiva. Pero en términos más generales, el dilema continúa siendo sobre todo si el Derecho Penal es un instrumento adecuado para esa protección, incluso respetando su carácter de *ultima ratio*. Algunos sucesos de especial impacto social (p. ej., los casos de la talidomida, del síndrome tóxico del aceite de colza, del sida transmitido a través de la sangre y otros componentes biológicos humanos y, más recientemente, el de la encefalopatía espongiforme bovina —EEB—, que en el ser humano se manifiesta como la enfermedad de Kreutzfeld-Jakob) ⁽⁶⁾, por haberse visto afectados grupos numerosos de la población, en ocasiones plantearon serias dificultades de tipicidad, de causalidad (ante la dificultad o imposibilidad de contar la evidencia científica que acreditara el vínculo causal, aspecto éste cada vez más frecuente) e incluso la cuestionable idoneidad de la respuesta punitiva. En los últimos años está siendo muy intenso el debate —que tan sólo acaba de empezar— sobre la bondad o el riesgo que ofrecen los alimentos y otros productos transgénicos ⁽⁷⁾, respecto al cual se pone de manifiesto el enfrentamiento irreconciliable existente entre los productores y distribuidores, por un lado, y los consumidores (representados por organizaciones no gubernamentales), por otro, mientras que las administraciones públicas, incluidas las comunitarias, descubren su escasa capacidad para tomar la iniciativa y asumir lo más conveniente para los intereses de todas las partes implicadas.

⁽⁶⁾ V. sobre estos casos, Arm. KAUFMANN, “Tatbestandmässigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren”, en *Juristenzeitung*, 1971; C. M. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, p. 404; J. M. PAREDES CASTAÑÓN / M. T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995.

⁽⁷⁾ Sobre los primeros v. el sugestivo estudio de F. PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Alimentos transgénicos y Derecho Penal. Apuntes para una reflexión*, C. M. ROMEO CASABONA (Ed.), “Genética y Derecho Penal”, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco/EHU-Editorial Comares, Bilbao-Granada (en prensa).

Estos casos y otros menos llamativos, pero de no menor relevancia y complejidad dogmática y político-criminal⁽⁸⁾, han exigido un replanteamiento y una reflexión más cuidadosa sobre cómo ha de contribuir el Derecho —además de otros instrumentos sociales— a la protección de la salud de los consumidores.

Lo cierto es que en este ámbito la intervención administrativa preventiva, rápida y directa ha de ser mucho más eficaz que cualquier intervención penal, para lo cual es necesario atender a construcciones nuevas. Algunas de ellas podrían ser de utilidad para el Derecho Penal, como es el caso del principio de precaución⁽⁹⁾. El compromiso del Derecho Penal en relación con la salud pública de los consumidores ha sido mucho más limitado hasta el momento y sobre todo represor, bien que incluso este modesto cometido se ha cumplido con escaso alcance. También es mayor el riesgo de que quede relegado a una casi exclusiva función simbólica que, si bien es un efecto ligado inevitablemente al Derecho Penal, no debe limitarse nunca a esta sola adscripción, pues aparte de desnaturalizar el cometido que le es propio, comporta al mismo tiempo un deterioro y una pérdida de credibilidad por parte de los ciudadanos. A pesar de todo, debe reafirmarse la importante función preventiva que también puede desempeñar el Derecho Penal para la protección de la salud colectiva de los consumidores por diversos caminos, uno de ellos el desarrollo de la responsabilidad civil y penal por el producto, en la que con frecuencia el bien jurídico afectado no va a ser ya —o tan sólo— ese bien supraindividual, sino la salud y la vida de personas determinadas⁽¹⁰⁾.

2. Alcance de la reforma de los delitos contra la salud pública

Ciertamente, estos delitos han experimentado una profunda revisión, y por lo general ha sido acertada, al menos comparativamente en relación con la situación del CP anterior, sin perjuicio de las observaciones señaladas más arriba

(8) V. un caso paradigmático, estudiado en nuestro país por M.E. ÍÑIGO CORROZA, “El caso del ‘producto protector de la madera’ (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán”, *Actualidad Penal*, 1997, pp. 439 y ss.

(9) Sobre su posible traslación al Derecho Penal, dentro de unos límites, v. C. M. ROMEO CASABONA, “El principio de precaución en el Derecho Penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (en prensa).

(10) Así lo ponen de relieve, W. HASSEMER / F. MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Valencia, 1995, pp. 56 y ss.; M. A. CUADRADO RUIZ, “¿Protege el Derecho Penal a los consumidores?”, en *Actualidad Penal*, 1999, p. 394.

sobre la necesidad de un Derecho Penal más ágil y moderno para combatir estos delitos.

Sobre las figuras delictivas que han sido suprimidas o bien revisadas con cierta profundidad nos ocuparemos más abajo, cuando abordemos cada grupo de delitos en particular. Sin embargo, merece la pena dedicar una mayor atención a otras dos figuras delictivas que no guardan relación directa con las demás y también han sido suprimidas, pero que en su momento plantearon numerosas conjeturas sobre su estructura dogmática y suscitaban abiertas críticas a su permanencia en el CP desde consideraciones político-criminales. Me refiero al delito de propagación maliciosa de enfermedades y al delito calificado por el resultado de muerte.

2.1. La desaparición del delito de propagación maliciosa de enfermedades.

No se ha mantenido en el CP vigente el delito de propagación maliciosa de enfermedades (art. 348 bis del CP anterior), cuya presencia en dicho cuerpo legal había suscitado importantes dudas interpretativas y no pocas reservas en la doctrina, como vamos a comprobar a continuación.

Mucho se discutió acerca de este delito y su alcance⁽¹¹⁾, en particular si era aplicable o no al contagio malicioso de enfermedades venéreas (hoy, enfermedades de transmisión sexual, ETS), como parece ser que fue el propósito del legislador, objetivo fracasado por lo demás, a la vista de su nula aplicación por los tribunales de justicia durante su dilatado período de vigencia entre 1958 y 1996. Lo cierto es que la doctrina consideraba de forma unánime superados los inconvenientes que presentaban para algunos estudiosos los delitos de lesiones corporales hasta su profunda reforma en junio de 1989, pues desde esa fecha, y por supuesto también en su régimen legal actual, esos delitos permiten cu-

(11) V. J. A. SAINZ CANTERO, "El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas", *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1967, pp. 13 y ss.; J. BOIX REIG, "Consideraciones críticas sobre el art. 348 bis del Código Penal (Propagación maliciosa de enfermedades)", en *Delitos contra la salud pública*, Valencia, 1977, pp. 97 y ss. V. más recientemente, y en relación específica sobre su posible aplicación a los casos de transmisión del sida, L. ARROYO ZAPATERO, "La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del Sida", *Derecho y Salud*, Vol. 4, núm. 2, 1996, pp. 207 y ss.; C. M. ROMEO CASABONA, "Sida y Derecho Penal", en *Problemas del tratamiento jurídico del sida*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, pp. 71 y ss.; el mismo, "El sida en las prisiones. Transmisión del sida entre reclusos", en *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Junta de Andalucía, 199, pp. 51 y ss.

brir mejor los perjuicios de diversa índole producidos en la salud de otra persona ⁽¹²⁾.

Por tal motivo, se estimaba que este delito tenía que ser considerado como atentatorio contra la salud pública, y de conformidad con dicha naturaleza únicamente existiría cuando se propagase una enfermedad contagiosa (aunque no fuera necesariamente ETS, p. ej., como sucede con el sida) para el ser humano a personas indeterminadas, incluso aunque éstas no llegaran a padecer la enfermedad, aunque pudieran convertirse a su vez en transmisores. El texto legal utilizaba la expresión ‘propagar’, que admitía cualquier medio de extensión de la enfermedad (p. ej., a través de animales o instrumentos, como una jeringuilla; aunque la sola inoculación del agente patógeno a estos medios no debía entenderse suficiente para ser considerada ya como propagación) y no sólo la transmisión directa a personas, aunque fueran indeterminadas. Para la consumación bastaba con la comprobación de que se habían realizado efectivamente actos de extensión de la enfermedad en personas, por lo que era un delito de peligro abstracto.

Además de la búsqueda de una ubicación correcta de este delito y la delimitación de su tipo objetivo, la dificultad mayor radicaba en el tipo subjetivo, según se entendiese que la expresión ‘maliciosamente’ abarcaba únicamente el dolo directo o también el dolo eventual ⁽¹³⁾, bien que se consideraba excluida la posibilidad de su comisión culposa o imprudente. Este criterio tan restrictivo era sustentado mayoritariamente, y de acuerdo con el cual el sujeto activo había de conocer la potencialidad de la enfermedad como transmisible a las personas y tener la intención de propagar la enfermedad, intencionalidad presumiblemente poco frecuente, aunque no imposible. Si lo que pretendía el sujeto activo era el contagio por ese procedimiento a una o varias personas determinadas o determinables habría un concurso con el resultado material causado o intentado (homicidio o lesiones corporales).

La doctrina estaba dividida en torno a si el concurso era de leyes o de delitos. En atención a que se encontraban afectados dos bienes jurídicos distintos (la salud pública y la vida o la salud individual), parecería más correcta la solu-

(12) Opinión extendida, que más recientemente ha sido también sustentada comparando con el delito derogado por ARROYO ZAPATERO, “La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate...”, cit., p. 211.

(13) Frente a la primera opinión, que era entonces mayoritaria —y continúa siéndolo hoy en relación con otros delitos que todavía utilizan esta expresión u otras equivalentes—, comparto el criterio de quienes sustentan la segunda (p. ej., J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II*, cit., p. 130), lo que daría una mayor amplitud al término que se discute en el texto.

ción del concurso de delitos, por lo que la pena habría de reflejar ambos delitos (art. 71 del CP anterior). Sin embargo, a pesar de la oscura redacción del último inciso del art. 348 bis —según el cual el Tribunal podría imponer la pena superior inmediata, “teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare”—, parecía que la voluntad de la ley era que se castigase en cualquier caso por uno solo de los delitos (concurso de leyes): si el hecho constituía un delito más grave, por éste, y si era de menor gravedad, por el de propagación maliciosa, pues en esta última hipótesis, *a sensu contrario*, se habría excluido la posibilidad de castigar por el delito de resultado, por lo que era incongruente la primera solución ⁽¹⁴⁾.

En resumen, la impresión de la virtual inaplicabilidad de este precepto, dada su rígida estructura típica, así como las propias dificultades que generaba su interpretación, en algunos casos excesivamente restrictiva, así como su comprobada falta de aplicación, conducían a la conclusión de que debía desaparecer del CP ⁽¹⁵⁾, criterio que era no sólo compartido por la doctrina de forma unánime, sino también por el propio (pre-)legislador, pues ya previeron su supresión el Proyecto del CP de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto del nuevo CP de 1983. Como quedó dicho, esta decisión ha sido asumida por fin por el legislador de 1995.

2.2. El delito calificado por el resultado de muerte.

La misma suerte ha corrido la agravación general a todos los delitos contra la salud pública y el medio ambiente, estructurada como delito calificado por el resultado de muerte. Esta desaparición debe ser asimismo celebrada, tanto por constituir un exponente del CP anterior de exacerbación censurable de servidumbre a fines preventivos generales cuanto por haber sido un fracaso para tal propósito, como se verá más abajo, además de presentar no pocas dificultades interpretativas sobre su régimen concursal.

De acuerdo con el tenor de este delito ⁽¹⁶⁾, cuando “por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos anteriores resultara

⁽¹⁴⁾ La complejidad concursal de este delito fue puesta en evidencia por J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, “Delitos de peligro con verificación del resultado: ¿concurso de leyes?”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, fasc. I, pp. 132 y ss., quien expone una variedad de hipótesis posibles y sólo alguna de ellas llevaría al concurso de delitos (pp 135 y s.).

⁽¹⁵⁾ Ya en este sentido, con anterioridad, ROMEO CASABONA, *Sida y Derecho Penal*, cit., p. 74.

⁽¹⁶⁾ V. sobre este delito, J. R. CASABÓ RUIZ, “El artículo 348 del Código penal”, en *Delitos contra la salud pública*, Valencia, 1977, pp. 113 y ss.

muerte”, se aplicará al culpable la pena de reclusión menor, además de las penas pecuniarias establecidas en los delitos correspondientes contra la salud pública (art. 348 del CP anterior). Eran numerosos los problemas planteados por este precepto, que se integraba dentro de los delitos cualificados por el resultado de lesión y parecía querer responder a una regla particular de concurso ideal de delitos al margen de la general (art. 71 del CP anterior).

Por lo pronto, había que interpretarlo de acuerdo con el principio de culpabilidad, por lo que le era aplicable la restricción coherente con el principio de culpabilidad de que el resultado de muerte habría de ser doloso o imprudente (art. 1.2.º del CP anterior). Por lo general se coincidía en admitir sin discusión la inclusión de la combinación dolo-imprudencia (hecho contra la salud pública doloso y resultado de muerte imprudente) que estaría unida por una relación de causalidad adecuada. Por otro lado, con el fin de mantener la coherencia con la finalidad cualificante de la pena, si el delito contra la salud pública y el resultado de muerte fueran dolosos habría que aplicar las reglas concursales generales y no el art. 348 (v. art. 68 del CP anterior), pues de lo contrario recibiría un tratamiento beneficioso, aunque la jurisprudencia y algún autor lo admitían si el resultado se producía con dolo eventual⁽¹⁷⁾. Finalmente, la combinación culpa (imprudencia en la conducta peligrosa y en el resultado de muerte) fue rechazada por unos, por razones de justicia material, pero aceptada por otros —que era la tesis que parecía más defendible, puesto que no había base legal para excluir la aplicación del precepto hoy derogado—, siempre que estuvieran unidas por una relación de causalidad adecuada.

Si junto a la muerte se producían otros resultados de lesiones, éstas se debían regir por las reglas generales del concurso delictivo, al igual que si no había resultado de muerte, pues resultaba inaplicable el art. 348 (por tanto, concurso entre el delito contra la salud pública y el o los de lesiones); si eran varias las muertes producidas, una debía integrar el tipo del art. 348 y a las demás habría que aplicar también las reglas concursales generales⁽¹⁸⁾.

(17) Así lo entendió, p. ej., la STS 4 de marzo de 1985.

(18) V. sobre estos problemas, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Delitos de peligro con verificación del resultado: ¿concurso de leyes?*, cit., pp. 129 y ss., quien, acertadamente, entendía que por un lado se planteaba un concurso de delitos entre el tipo de lesión y el de peligro correspondiente y a su vez el resultante de este bloque entraba en concurso de leyes con el tipo agravado del art. 348 (principio de la alternatividad, art. 68 del CP anterior).

3. Aspectos comunes a todos los delitos.

3.1. El bien jurídico protegido: el concepto de salud pública.

Estos delitos constituyen agresiones a la salud pública, que es el bien jurídico protegido. La salud pública en cuanto tal aparece recogida en la Constitución de 1978 como uno de los principios rectores de la política social ⁽¹⁹⁾:

Como bien jurídico penalmente protegido, la salud pública debe ser entendida como la salud de la colectividad, esto es, la salud física y psíquica de los ciudadanos, más allá de la salud individual, es decir, de la salud de cada uno de aquéllos considerada de forma personal o individual ⁽²⁰⁾, es decir, más allá de la salud de aquéllos considerada de forma personal o individual ⁽²¹⁾, la cual no tiene por qué verse afectada por estos delitos, pues en ellos la *ratio legis* es el riesgo general para la colectividad, y por ello su estructura típica encaja mal con esa vertiente individual.

Como se ha apuntado con razón ⁽²²⁾, que estos delitos se sitúan en la problemática común a otros en los que se protegen bienes jurídicos colectivos, como si son realmente bienes jurídicos intermedios e instrumentales para la protec-

⁽¹⁹⁾ Según el art. 43.2 de la Constitución: "Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto".

⁽²⁰⁾ Así, R. GARCÍA ALBERO, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) y J.M. VALLE MUÑIZ (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, p. 958. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 12.ª ed., Valencia, 1999, p. 603. Sin embargo, J. BOIX REIG y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, 3.ª ed., Valencia 1999, p. 666, acentúa su dimensión individual, cuando apunta a un bien jurídico colectivo de referente individual. Por su parte, A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, 5.ª ed. Madrid, 2000, p. 625, entiende que el bien jurídico es la salud pública, que comprende tanto la individual como la colectiva.

⁽²¹⁾ Así, R. GARCÍA ALBERO, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) y J.M. VALLE MUÑIZ (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, p. 958. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 12.ª ed., Valencia, 1999, p. 603; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *El delito farmacológico*, cit., pp. 49 y ss. Sin embargo, J. BOIX REIG y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, 3.ª ed., Valencia 1999, p. 666, acentúa su dimensión individual, cuando apunta a un bien jurídico colectivo de referente individual. Por su parte, A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, 5.ª ed. Madrid, 2000, p. 625, entiende que el bien jurídico es la salud pública, que comprende tanto la individual como la colectiva.

⁽²²⁾ V. B. FEIJÓO SÁNCHEZ, en G. RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.) y A. JORGE BARREIRO (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 985.

ción de otros bienes individuales, sobre qué ha de predicarse el resultado de lesión del bien jurídico, etc., cuestiones del máximo interés en las que no podemos entrar aquí.

Este bien jurídico protegido ha de tenerse muy presente siempre en el estudio e interpretación de estas figuras delictivas, puesto que es el único medio disponible para interpretar correctamente los tipos delictivos en algunas ocasiones en las que se observa cierta indeterminación en la descripción legal de los mismos. Por ello, y a pesar de la variedad de figuras delictivas que protegen la salud pública, tampoco puede verse en ellas una protección directa de los diversos intereses de los ciudadanos en cuanto consumidores, entre los que efectivamente destacan los relativos a la salud, a la seguridad y los económicos. La protección de éstos últimos se obtendrá sobre todo a través de los delitos, también presentes en el CP vigente, relativos a la alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262) y delitos relativos al mercado y a los consumidores (arts. 278 y ss.), así como en otros casos a través de la estafa y las demás defraudaciones (arts. 248 y ss.)⁽²³⁾.

3.2. La configuración de los delitos contra la salud pública como delitos de peligro concreto o de peligro abstracto-concreto.

Una parte de estos delitos del CP de 1995 presenta la estructura de delitos de peligro concreto, a diferencia de la situación anterior, en la que dominaba la estructura propia de los delitos de peligro abstracto. De acuerdo con la naturaleza propia de estos delitos, es preciso que el bien jurídico protegido haya corrido un peligro efectivo en la situación determinada (resultado de peligro concreto; p. ej., así ocurre con los delitos de los arts. 361 y 362), aunque se trate de la vida y la salud de las personas, es decir, de personas determinadas o determinables, y no ya de la salud pública.

De todos modos, no pocos de ellos se han mantenido todavía como delitos de peligro abstracto, de modo que si la *ratio legis* es la indicada protección de la salud pública de los ciudadanos colectivamente considerados, no es preciso para que exista el delito que se haya producido una efectiva lesión de su salud, ni tan siquiera que se haya puesto en peligro concreto. Sin embargo, todos éstos han sido transformados con el matiz de que la conducta ha de presentar una

(23) Sobre ellos v. CUADRADO RUIZ, *¿Protege el Derecho Penal a los consumidores?*, pp. 379 y ss.; J.J. GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986; J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, "El delito publicitario", en *Actualidad Penal*, 1997, pp. 1095 y ss.; I. MUÑAGORRILAGUÍA, *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, Granada, 1998.

aptitud para la producción del daño. En realidad, y como tendremos ocasión de comprobar en su momento, son delitos de peligro abstracto-concreto —o de peligro hipotético, para otros— (arts. 359, 360, 363, 364 y 365 del CP), siguiendo las denominaciones más extendidas. Se introduce así una acertada restricción respecto a sus homónimos precedentes, dado que a pesar de que esta técnica de tipificación comporta un adelanto de la intervención del Derecho Penal, la acción ha de mostrarse en todo caso *perigliosa ex ante*. Pero, por otro lado, con la exclusión de todo resultado en el tipo se soslayan los numerosos problemas probatorios que conciernen a la necesaria relación de causalidad entre resultado y la acción típica, los cuales podrían dar al traste a la efectividad preventiva de estos delitos, pues al ser esta materia muy proclive a que sea desconocida con frecuencia la evidencia científica o de experiencia que pueda servir de base para el esclarecimiento de la ley causal que preside y engarza aquéllos, muchas veces habría que concluir en el archivo del sumario o en la absolución del procesado.

3.3. Pervivencia de normas penales en blanco.

Algunos delitos contienen también normas penales en blanco, en cuanto que el tipo —la conducta prohibida— no aparece descrito de forma completa por la ley, sino que remite para su acotación a otras disposiciones legales o reglamentarias extrapenales, a veces especialmente abundantes, complejas y cambiantes. Admitida su conformidad con la Constitución por el Tribunal Constitucional, éste exige, no obstante, varios requisitos⁽²⁴⁾: 1.º que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón de bien jurídico protegido por la norma penal; 2.º que el núcleo esencial de la prohibición o del mandato aparezca ya descrito en la propia ley penal en blanco, además de señalar la pena; y 3.º que sea satisfecha la exigencia de certeza⁽²⁵⁾. En efecto, puede estarse de acuerdo en que la naturaleza de estos delitos y el bien jurídico protegido impiden soslayar esta técnica de tipificación, por lo general de forma correcta, si bien en algún caso sea discutible que se haya logrado satisfactoriamente la descripción de la conducta prohibida o la exigencia de certeza.

(24) En este sentido, entre otras, SSTC 127/1990, de 5 de julio y 372/1993, de 13 de diciembre.

(25) En este sentido apunta la STC 120/1998 “que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite”.

3.4. Comisión por imprudencia.

Puesto que el CP de 1995 introdujo el sistema del *numerus clausus* en relación con el castigo penal de la imprudencia (art. 12), y aparentemente también el de la excepcionalidad de su punibilidad, se incluye una figura de imprudencia grave para todos estos delitos (art. 367) ⁽²⁶⁾. Este precepto actúa como una verdadera cláusula general o *crimina culposa* en relación con este grupo de delitos, técnica en principio poco aconsejable por los problemas de interpretación que ha generado en relación con otros delitos en los que se ha recurrido a una forma de remisión general semejante.

En estos delitos contra la salud pública los problemas interpretativos podrán venir de la comprobación de si efectivamente todos los tipos dolosos admiten la comisión imprudente, lo que puede resultar discutible cuando menos en aquéllos que contienen un elemento subjetivo de lo injusto. Pero además, dada la estructura que presenta la mayor parte de ellos en su modalidad dolosa como delitos de peligro abstracto-concreto, estaríamos en estos casos ante delitos imprudentes de acción peligrosa sin resultado, (delitos imprudentes de simple actividad), lo que estrecha todavía más su proximidad conceptual con los propios delitos dolosos correspondientes, no siendo sencilla su necesaria delimitación respectiva ⁽²⁷⁾ ⁽²⁸⁾, pues, al menos de acuerdo con la distinción establecida por ley, no pueden identificarse.

La pena prevista para la comisión imprudente será la inferior en grado a la establecida para el delito doloso correspondiente, disminución congruente con el menor desvalor de injusto de aquélla.

3.5. Clasificación legal de los delitos contra la salud pública.

Aparte de los delitos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que hemos dejado al margen de nuestra atención, se distinguen claramente tres bloques de delitos: elaboración y suministro de sustancias nocivas (arts. 359 y 360); elaboración y distribución de medicamentos (arts. 361 y 362); y relativos a los productos alimentarios (arts. 363 a 365).

⁽²⁶⁾ V. STS 12 de abril de 1989, sobre una condena por imprudencia en relación con estos delitos contra la salud pública.

⁽²⁷⁾ Así lo plantea también GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., pp. 995 y s.

⁽²⁸⁾ Este problema se presenta también en otros delitos, como, p. ej., los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, cuyo art. 331 contiene una remisión punitiva de la imprudencia a todos los dolosos anteriores, que contienen a su vez tipos con la estructura de peligro concreto o abstracto-concreto.

La nítida separación de estos tres bloques (además de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias tóxicas, cuya separación en un capítulo autónomo se sugirió más arriba), y de sus disposiciones comunes, aconsejaría su distribución en otras tantas secciones en un mismo capítulo, teniendo en cuenta los distintos ámbitos de protección de la salud de los consumidores a que responden, y por ello su relativa autonomía de unos respecto de otros ⁽²⁹⁾.

4. Elaboración y suministro de sustancias peligrosas.

Son dos los tipos penales relacionados con sustancias peligrosas. El primero de ellos consiste en elaborar, despachar, suministrar o comerciar sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos sin la debida autorización. Este tipo presenta en realidad dos grupos de conductas alternativas (estructura de tipo mixto alternativo), pues basta la realización de la primera o de cualesquiera de las demás (art. 359 CP).

El segundo tipo delictivo se refiere a despachar o suministrar estando autorizado para traficar con esas sustancias y productos, pero sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos (art. 360 CP). Esta remisión resulta demasiado inespecífica, como ya ocurría con su predecesor (art. 342 del CP anterior), pues no describe de forma suficiente el núcleo de la conducta prohibida.

El objeto material común a estos delitos son las sustancias nocivas para la salud y los productos químicos que pueden causar estragos. Las primeras han de ser nocivas o perjudiciales en sí mismas por sus propiedades, pero no por su estado o composición circunstancial o por su mayor o menor tolerancia por cada persona en particular. Productos químicos serán los explosivos, sustancias inflamables, etc., potencialmente capaces de producir destrucciones o daños de especial gravedad (estragos) ⁽³⁰⁾.

La acción de elaborar significa la producción o creación de las sustancias o productos. En el CP anterior se requería que la elaboración se realizase con la intención de su expendición posterior, elemento subjetivo que ha sido suprimido, por lo que el delito se agota con la mera elaboración de esos productos.

⁽²⁹⁾ En sentido similar FEIJÓO SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 985 y ss., quien incluso va más allá —en mi opinión de forma innecesaria—, proponiendo incluso un Capítulo distinto relativo a los delitos de riesgos para la vida y la salud de los consumidores, del que formarían parte los delitos farmacológicos y los delitos relativos al consumo.

⁽³⁰⁾ V. STS 9 de julio de 1982.

Despachar, suministrar (verbos comunes a ambos tipos delictivos) ⁽³¹⁾ o comerciar son acciones de gran semejanza que consisten en diversas formas de proporcionar, con precio o sin él, las sustancias objeto del delito; tal vez el término “suministrar” acogería todos, por ser más neutro, lo que contribuiría a simplificar la redacción del precepto.

Sujeto activo del delito puede serlo cualquiera, aunque por lo general lo serán personas que actúan en conexión con su ejercicio profesional.

Dada la peligrosidad de las materias cuya elaboración y tráfico se pretende limitar a personas expertas, es necesario que se opere sin la autorización preceptiva (se ha añadido ahora un “debidamente”, que no aporta nada al contenido de la autorización: o ésta ha sido obtenida de acuerdo con los procedimientos y en los casos oportunos o no es válida) o, en el caso de estar autorizado para su tráfico, que el sujeto no se haya sometido a las prescripciones legales o reglamentarias previstas para su despacho o suministro. Si el sujeto se halla autorizado para elaborar o comerciar con los productos aludidos, pero no cumple las formalidades legales o reglamentarias —que también existen—, no es aplicable el delito, pues estas acciones no se hallan incluidas en el art. 360.

Las penas son de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años (art. 359) y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para la profesión u oficio por tiempo de seis meses a dos años (art. 360). Además, la pena de inhabilitación será de tres a seis años cuando los hechos sean cometidos por farmacéuticos o por los directores técnicos de laboratorios legalmente autorizados, en cuyo nombre o representación actúen (art. 362.2 CP). Para otros profesionales la inhabilitación puede llegar hasta los diez años e, incluso, hasta los veinte si es autoridad o agente de la misma (art. 372). Esta última remisión agravatoria indiscriminada a todos los delitos del capítulo es excesiva y desproporcionada, al menos en relación con éstos que estamos examinando ahora, y el hecho de que en el indicado precepto se vuelva a incluir al farmacéutico (es decir, tanto en el art. 362 como en el 372) revela lo poco meditada que ha sido tal extensión del ámbito de la inhabilitación y confirma una vez más lo “generoso” que ha sido el legislador al recurrir a esta pena, cuya aplicación no figurará en las estadísticas penitenciarias, pero tal vez sí en las más imprecisas del desempleo.

Las características de estos delitos y su propio contenido, la excesiva dureza de las penas en algunos casos, la disponibilidad de otras vías penales y extra-

(31) Cfr. sin embargo, el CP anterior: vender, término que no guardaba relación con las conductas del art. siguiente. Además, el de suministrar que utiliza el CP actual es más adecuado, pues acoge supuestos tanto venales como no venales.

penales para reaccionar adecuadamente frente a las conductas que recogen y su inaplicación por los tribunales de justicia, son razones que abundan a favor de su desaparición.

5. Elaboración y suministro de medicamentos.

Las conductas punibles, agrupadas en los arts. 361 y 362, apenas han sido modificadas en relación con el CP anterior⁽³²⁾, con la salvedad de alguna ligera ampliación o mejora técnica. En cualquier caso, todos los tipos han pasado a ser delitos de peligro concreto, lo que sí es significativo, pues se ha de producir un resultado de peligro para la vida o salud de las personas, lo que implica una importante restricción punitiva, en este caso satisfactoria.

Por otro lado, ha sido suprimido el delito de expendición de medicamentos de cualquier clase o medios anticonceptivos sin cumplir las formalidades establecidas (art. 343 bis del CP anterior)⁽³³⁾, lo que también ha de acogerse favorablemente, tanto por el contenido prácticamente formal de esta infracción como por su nula aplicación por los tribunales de justicia.

En primer lugar, debe aclararse el concepto de medicamento, pues es el objeto material, directo o indirecto de todos estos delitos. Para tal fin ha de acudir a la Ley del Medicamento⁽³⁴⁾, que lo define como “toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental. [...]” (art. 8.1). A estos efectos son también aplicables las definiciones que proporciona esta Ley sobre ‘sustancia medicinal’, ‘especialidad farmacéutica’, ‘medicamento prefabricado’, ‘fórmula magistral’ y ‘preparado o fórmula oficial’ (art. 8). Téngase en cuenta que tal disposición considera medicamento tanto el que se utiliza en las personas como en los animales; sin embargo, la atención al bien jurídico penalmente protegido en estos delitos impide extender el concepto al producto destinado al consumo

(32) V. sobre estos delitos en el CP anterior, L. RODRÍGUEZ RAMOS, “Las nuevas responsabilidades penales de los farmacéuticos”, *Comentarios a la Legislación Penal*, Madrid, tomo V, vol. 2.º, 1985; F. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *El delito farmacológico*, cit., pp. 183 y ss.

(33) V. sobre este delito, críticamente, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 257 y ss.

(34) Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

veterinario⁽³⁵⁾. En relación con el CP anterior se discutió si la sangre humana destinada a ser transfundida a terceros entraría ahora en el concepto de medicamento⁽³⁶⁾. No cabe duda de que debe responderse afirmativamente. La Ley del Medicamento aporta argumentos a favor de esta interpretación, tanto a partir de la definición amplia de medicamento que se ha visto que consagra, cuanto del régimen específico previsto para los medicamentos de origen humano (art. 40)⁽³⁷⁾.

En cuanto a los tipos delictivos relativos a esta materia de los medicamentos, los estudiamos a continuación.

5.1 Despachar medicamentos deteriorados.

La acción típica de este delito consiste en expender o despachar medicamentos deteriorados o caducados, o en incumplir las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, o sustituir unos por otros, y con ello se ponga en peligro la vida o la salud de las personas (art. 361 CP). El hecho viene a significar que el producto ha perdido sus propiedades medicinales —o no las posee de origen— y por ello se ha convertido en inocuo o, incluso, en tóxico para el ser humano.

Es muy importante tener presente en esta materia la abundante normativa reglamentaria existente⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ En este sentido también se ha pronunciado la jurisprudencia: SSTS de 27 de abril de 1989, 21 de mayo de 1990.

⁽³⁶⁾ Esta tesis fue defendida por la jurisprudencia en la STS de 18 de noviembre de 1991, en la que se planteó y se resolvió afirmativamente si la sangre transfundida con el virus de inmunodeficiencia humana, causante del sida, podía tener la consideración de medicamento a los efectos de este delito. V. C. M. ROMEO CASABONA, "Responsabilidad médico-sanitaria y sida", en *Actualidad Penal*, 1993, pp. 471 y ss. y 474 y ss.

⁽³⁷⁾ La transfusión de sangre está sometida a una abundante normativa legal y reglamentaria. V. sobre ella, J. MÉJICA, *Legislación sobre sangre humana e infecciones de transmisión sanguínea*, Granada, 1999.

⁽³⁸⁾ V. el RD 1910/1984, de 26 de septiembre, de receta médica; el RD 1564/1992, de 18 diciembre, por el que se desarrolla y regula el régimen de autorización de los laboratorios farmacéuticos e importadores de medicamentos y la garantía de calidad de su fabricación industrial; el RD 561/1993, 16 de abril, sobre las condiciones para la realización de ensayos clínicos de medicamentos; el RD 767/1993, de 21 de mayo, modificado por RD 2000/1995, de 7 de diciembre, por el que regula la evaluación, autorización, registro y condiciones de dispensación de especialidades farmacéuticas y otros medicamentos de uso humano, fabricados industrialmente; el RD 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios; y la OM de 19 de abril de 1985, por la que se establecen las normas de correcta fabricación y control de calidad de los medicamentos.

Despachar significa vender⁽³⁹⁾. Expende, nueva dicción introducida por el legislador, no parece tener un significado distinto al de despachar (v. Diccionario de la RAE), por lo que para evitar las dificultades interpretativas que ha suscitado la anterior redacción del precepto, el término más adecuado hubiera sido, una vez más, el de suministrar.

El objeto material del delito ha de recaer necesariamente sobre medicamentos de calidad apropiada en su origen, pero que han experimentado un deterioro o pérdida de sus propiedades, por el transcurso del tiempo o por deficiencias en su conservación, en sentido amplio. La caducidad del producto —indicada en el propio envase— implica ya el riesgo de la pérdida de sus propiedades medicinales.

Por lo que se refiere a expendir o despachar medicamentos que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición estabilidad y eficacia, implica que por el riesgo de haberse producido variabilidades cualitativas en su composición⁽⁴⁰⁾ también se hayan visto alteradas sus propiedades terapéuticas o de otro tipo.

Finalmente, sustituir unos medicamentos por otros comporta riesgos de semejante entidad, sustitución que ha de consistir en entregar un medicamento con propiedades distintas a las solicitadas (se deducen éstas al indicar una marca determinada), pues de otro modo está permitida reglamentariamente la sustitución de un medicamento por otro equivalente (téngase en cuenta a este respecto el despacho de los medicamentos llamados genéricos), siempre que tenga igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación, salvo en relación con determinados medicamentos, para cuya sustitución se requiere la autorización expresa del médico que realizó la prescripción⁽⁴¹⁾.

La pena es de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a dos años. Esta pena de inhabilitación pasará a ser de tres a seis años cuando el responsable del delito sea farmacéutico o director técnico de un laboratorio legalmente autorizado, en cuyo nombre o representación actúen (art. 362.2 CP)⁽⁴²⁾.

(39) Para la citada STS de 18 de noviembre de 1991 no lo es proporcionar sangre infectada en el propio hospital para su transfusión, puesto que está prohibida la venta de aquélla.

(40) V. sobre este particular los arts. 13 y 14 de la Ley del Medicamento, que se refieren a las garantías de eficacia, y de calidad, pureza y estabilidad, respectivamente.

(41) Cfr. la O.M. de 28 de mayo de 1986.

(42) En relación con el CP anterior se ha modificado la agravación (antes se extendía al conjunto de las penas, por tanto también a la privativa de libertad) y los sujetos incurso en ella (antes se incluía al farmacéutico y a su dependiente). Cfr. sobre este tipo agravado M. V. SIERRA LÓPEZ, "Los criterios de agravación del injusto en relación con el delito de venta de medicamentos deteriorados", *La Ley*, vol. IV, 1996, pp. 1327 y ss.

5.2. Alteración o imitación de medicamentos o de sustancias causantes de efectos beneficiosos para la salud.

Son varias las conductas típicas que recoge el CP (art. 362.1): a) alterar, al fabricarlo o elaborarlo o en un momento posterior, la cantidad, la dosis o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, de un medicamento, privándole total o parcialmente de su eficacia terapéutica; b) imitar o simular medicamentos o sustancias productoras de efectos beneficiosos para la salud, dándoles apariencia de verdaderos, con ánimo de expenderlos o utilizarlos de cualquier manera; y, c) tener en depósito, anunciar o hacer publicidad, ofrecer, exhibir, vender, facilitar o utilizar en cualquier forma los medicamentos referidos, conociendo su alteración y con propósito de expenderlos o destinarlos al uso por otras personas. En todas las modalidades comisivas es necesario que se produzca, además, un peligro para la vida o la salud de las personas.

También en este caso está prevista la agravación de la pena de inhabilitación cuando el responsable del delito sea farmacéutico o director técnico de un laboratorio legalmente autorizado (art. 362.2 CP).

Los tipos del art. 362.1 admiten una agravación de la pena (la pena superior en grado), a juicio del Tribunal, en casos de suma gravedad, teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor y las del hecho (art. 362.3 CP). En principio es acumulable con la agravación de la inhabilitación del párrafo anterior, consecuencia de nuevo desmesurada, tal vez no calculada por el legislador: No obstante este despropósito puede salvarse, al ser una agravación facultativa, a decidir por el juez o tribunal.

En ciertos casos admiten concurso con el delito de estafa y con el de infracciones de la propiedad industrial.

6. Productos alimentarios nocivos.

La mayor sensibilidad por parte de los poderes públicos por la protección de los bienes de consumo alimentario humano tiene su origen en el caso de la comercialización de aceite de colza desnaturalizado, que dio lugar al llamado síndrome tóxico y a un importante proceso judicial⁽⁴³⁾. Este suceso y otros relacionados con fraudes alimentarios con riesgo para la salud pública han movido al legislador a una modificación y ampliación de los tipos penales, ofreciendo

(43) V. sobre este proceso las Ss de la Audiencia Nacional 20 de mayo de 1989 y del TS de 23 de marzo de 1992. Y el importante estudio doctrinal realizado por J. M. PAREDES CASTAÑÓN / M. T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, ya cit.

una redacción más detallada de los mismos ⁽⁴⁴⁾. En cualquier caso, en relación con estos comportamientos ilícitos no debe olvidarse las importantes funciones preventiva y de policía que corresponde al Derecho Administrativo y a las autoridades sanitarias y de consumo competentes ⁽⁴⁵⁾, en todo caso previa a la propia intervención penal, la cual, no obstante, está plenamente justificada, dada la elevada potencialidad de causar serios daños a la salud de la población.

Dentro de este grupo de delitos se recogen varios tipos, que abarcan la fabricación, elaboración o puesta en circulación de productos alimentarios peligrosos para el consumo humano, destinar a dicho consumo animales sometidos a determinadas sustancias nocivas (p. ej., la administración de productos de engorde artificial o de crecimiento acelerado) o la contaminación de agua potable. Su correcto entendimiento requiere comprobar el atentado o riesgo para la salud pública. Por ello es frecuente el concurso de estos delitos con los de estafa y defraudaciones. Es relativamente frecuente la estructura de estos tipos como normas penales en blanco, lo que implica una remisión a una copiosa y cambiante normativa administrativa en esta materia, por lo general reciente.

6.1. Alteración de productos alimentarios.

El delito que acoge el art. 363 del CP es un delito especial, pues sujeto activo sólo puede serlo el productor, distribuidor o comerciante ⁽⁴⁶⁾. La conducta típica contempla estas variantes: a) ofrecer en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición, b) fabricar o vender bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud; c) traficar con géneros corrompidos; d) elaborar productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos; y, e) ocultar o sustraer efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos.

⁽⁴⁴⁾ Sobre la magnitud del cambio legal operado compárense los trabajos de F. PÉREZ ÁLVAREZ, “La regulación del delito alimentario nocivo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993; L. RODRÍGUEZ RAMOS, “Fraudes alimentarios a la salud pública”, *Comentarios a la Legislación Penal*, Madrid, tomo V, vol. 2.º, 1985; y de A. DOVAL PAÍS, *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona, 1996, como muestra de la insuficiencia anterior en relación con los delitos del CP de 1995, respectivamente.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. sobre la cuestión, C. SUAY HERNÁNDEZ, C., “Los delitos contra la salubridad y la seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XI, 1997, pp. 123 y ss.; N. MAURANDI GUILLÉN, “Infracciones administrativas en las materias de consumo y salud”, en el mismo lugar, pp. 175 y ss.

⁽⁴⁶⁾ V. CUADRADO RUIZ, M.A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario: análisis crítico del art. 363 del Código penal*, Barcelona, 1998.

En relación con esta última modalidad típica, destaca que, a diferencia de las demás, mantiene un elemento subjetivo de lo injusto, consistente en una determinada finalidad —comerciar con ellos—, que ya no pertenece al tipo (delito mutilado de dos actos). También en este último tipo la inutilización ha de responder a motivos sanitarios, pero no a cualquier otro que no afecte a la salud pública (a la salud de los consumidores), y precisamente por ello ha de tratarse de efectos de consumo humano, bien que deben ser previamente desinfectados o que ya han perdido su aptitud para el consumo y por ello han de ser destruidos (inutilizados). La jurisprudencia estima necesaria una resolución administrativa previa que los destine a su inutilización o desinfección ⁽⁴⁷⁾.

En todos los supuestos mencionados es preciso poner en peligro la salud de los consumidores (resultado de peligro concreto), lo que no se contemplaba en el ACP en todos los hechos recogidos ahora en este precepto.

6.2. Adulteración de alimentos.

La acción consiste en adulterar con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario (art. 364.1).

Se prevé una agravación de la pena de inhabilitación cuando el culpable fuera el propietario o el responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios (de seis a diez años de duración).

Para el concepto de aditivo, debe acudirse a la normativa administrativa correspondiente ⁽⁴⁸⁾.

6.3. Administración de sustancias a los animales destinados al consumo humano.

Los abusos cometidos con el engorde artificial del ganado utilizando sustancias nocivas para la salud humana, o el destino al consumo humano de animales sometidos a cuarentena o a otras medidas similares por sospecha de padecer enfermedades transmisibles a la especie humana, han sido un factor decisivo que ha puesto de manifiesto la inoperancia de los delitos alimentarios del CP anterior para prevenir estas conductas. En efecto, la utilización de sustancias aparentemente inocuas (como la sal), de hormonas anabolizantes (clembuterol), de harinas obtenidas a base de proteínas animales (que han dado lugar al gravísimo suceso de la encefalopatía espongiforme bovina) y de otras sustancias de

⁽⁴⁷⁾ V. este criterio en STS de 12 de abril de 1989.

⁽⁴⁸⁾ RD 1111/1991, de 12 de julio, que modifica parcialmente el RD 3177/1983, sobre reglamentación técnico-sanitaria de los alimentos.

engorde artificial, han provocado la pérdida de la confianza por parte de los consumidores en el mercado, así como la credibilidad en la eficacia de las autoridades sanitarias nacionales y comunitarias. Este malestar y algunos de estos abusos han provocado que el legislador haya querido abarcar de forma más completa estas conductas, que tanta alarma social producen.

Las conductas recogidas en el tipo son las siguientes (art. 364.2): 1.º Administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados⁽⁴⁹⁾. 2.º Sacrificar animales de abasto o destinar sus productos al consumo humano, sabiendo que se les ha administrado las sustancias mencionadas en el número anterior. 3.º Sacrificar animales de abasto a los que se hayan aplicado tratamientos terapéuticos mediante sustancias de las referidas en el apartado 1.º y, 4.º Despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso reglamentariamente previstos⁽⁵⁰⁾. Todos estos comportamientos coinciden en que ha de tratarse de animales destinados al consumo humano, y los tres primeros números se refieren a las mismas sustancias, esto es, a las mencionadas en el núm. 1.º, al que se remiten los núms. 2.º y 3.º, tanto a sustancias no permitidas, como en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados, a pesar de lo poco precisa de la remisión, dado que en un caso se remite al “número anterior” y en otro “al apartado 1.º”⁽⁵¹⁾.

Las cuatro modalidades típicas configuran otros tantos delitos de peligro abstracto-concreto⁽⁵²⁾.

En relación con estos delitos, que adoptan la técnica de ley penal de blanco, debe tenerse en cuenta igualmente la importante normativa administrativa aprobada con el fin de regular más rigurosamente los controles sanitarios pertinentes⁽⁵³⁾.

(49) Sobre este delito, v. SSTS de 4 de octubre de 1999 y 6 de noviembre de 1999 (en ambos casos se administró al ganado la hormona anabolizante clenbuterol en dosis no autorizadas); SAP Palencia 23 de octubre de 1998.

(50) V. la SAP Palencia 23 de octubre de 1998, ya citada.

(51) De criterio semejante, BOIX REIG y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 684; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1007.

(52) De este parecer, STS de 4 de octubre de 1999, ya citada.

(53) Así, p. ej., el RD 224/1993, de 17 de diciembre, sobre normas sanitarias de eliminación y transformación de animales muertos y desperdicios de origen animal y protección frente a agentes patógenos en piensos de origen animal; y el RD 1904/1993, de 29 de octubre, por el que se establecen las condiciones sanitarias de producción y comercialización de productos cárnicos y otros productos de origen animal.

6.4. Envenenamiento de aguas potables o de sustancias alimenticias.

Incorre en este delito el que envenenare o adulterare con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas (art. 365).

Este delito incluye no sólo el agua potable, sino también las aguas no especialmente destinadas al consumo humano. Es también delito de peligro abstracto.

7. Falta contra los intereses generales.

De difícil encaje o conexión con el o los delitos correlativos, al menos parece que es la salud pública el interés protegido por esta falta: los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos, de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores, serán castigados con las penas de arresto de tres a cinco fines de semana o multa de uno a dos meses (art. 630). En cualquier caso, su antecedente se encuentra en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, donde se incluyó ya como infracción grave el abandono de útiles o instrumentos utilizados para el consumo de drogas tóxicas (art. 25).

Se trata de una infracción que presenta una doble configuración: de peligro abstracto en relación con las jeringuillas (“en todo caso”), por su idoneidad por lo general para producir daño, criterio que no es correcto, pues en ocasiones puede estar claramente excluida la peligrosidad de este instrumento (p. ej., si la jeringuilla no ha sido todavía utilizada y aparece protegida en su envase original)⁽⁵⁴⁾; y de peligro hipotético (o abstracto-concreto) en relación con otros instrumentos peligrosos (“de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades”), en cuanto han de ser aptos para producirlo, al menos circunstancialmente. Según esto, no es necesaria la producción de un resultado de lesión ni de peligro para la salud de las personas.

Su redacción no es muy acertada, puesto que lo importante es que se trate de instrumentos peligrosos, sean o no jeringuillas, por su potencialidad para producir daño o contagiar enfermedades. Por esta razón, tampoco se entiende la referencia a lugares frecuentados por menores, en cuanto que el peligro que

⁽⁵⁴⁾ Así lo censura también M. CANCIO MELIÁ, G. RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.) y A. JORGE BARREIRO (Coord.), en *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1448.

representa el instrumento existe o no con independencia de quienes sean los sujetos que frecuenten un determinado lugar. En este caso hubiera sido oportuna una agravación de la pena de esta falta en atención a esos sujetos, dado que es cierto que los menores, por desconocimiento, ofrecen una mayor vulnerabilidad para hacerse daño a sí mismos o a otros.

8. Las consecuencias accesorias en los delitos contra la salud pública

En relación con las infracciones mencionadas constitutivas de delito —doloso—, se podrá imponer la medida de clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años, y en los supuestos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el artículo 129 (art. 366).

Como la remisión es un genérico “en el caso de los artículos anteriores”, se entiende que estas medidas son aplicables a todos los delitos expuestos, salvo a los imprudentes y a la falta. En todo caso, la ley reconoce al juez la facultad de imponerlas o no. Este carácter facultativo de la aplicación de estas medidas por parte del juez se deduce tanto del art. 366 como del art. 129.

También queda al arbitrio del Tribunal apreciar el caso de extrema gravedad. Sin embargo, es correcta la observación de que esta situación de extrema gravedad constituye tan sólo el presupuesto legal del art. 366 para el cierre definitivo del establecimiento, pero que es necesario también que concurra el objetivo perseguido por esta medida accesoria según el art. 129, esto es, prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma (art. 129.3)⁽⁵⁵⁾. En efecto, la remisión que se efectúa a dicho precepto no es puramente formal (“y en los supuestos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el artículo 129”). De todos modos, esta observación es válida tanto para decidir si se aplica o no el cierre indicado como si éste será temporal o definitivo, sólo que éste último queda reservado a supuestos de extrema gravedad.

⁽⁵⁵⁾ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 1011 y s.

LA CRIMINALIDAD DE TESTIGOS, PERITOS E INTÉRPRETES, A LA LUZ DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

JESÚS MARTÍNEZ RUIZ

Doctor en Derecho

Profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Granada

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
- II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.
- III. LOS SUJETOS ACTIVOS DE LAS DISTINTAS FIGURAS DELICTIVAS: TESTIGOS, PERITOS E INTÉRPRETES.
- IV. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS FIGURAS DELICTIVAS.
 - 1. **El falso testimonio en sentido propio de los testigos (art. 458.1).**
 - 2. **El falso testimonio propio cometido por peritos o intérpretes (art. 459).**
 - 3. **Subtipos agravados por efectuarse en contra del reo y en causa criminal por delito (art.458.2), y por haber generado una Sentencia condenatoria (art. 458.2 in fine).**
 - 4. **La alteración del testimonio mediante reticencias, inexactitudes o silencios (art. 460).**
 - 5. **El falso testimonio impropio: la presentación de testigos, peritos, intérpretes y elementos documentales falsos (art. 461.1, 2 y 3).**
 - 6. **El falso testimonio ante Tribunales internacionales o españoles, con ocasión de comisiones rogatorias remitidas por Tribunales extranjeros (art. 458.3 CP).**

V. LA RETRACTACIÓN.

VI. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La presente reflexión, tal y como su propia intitulación sugiere, tiene por objeto la *criminalidad de los testigos, peritos e intérpretes en el ejercicio de su deber constitucional de colaborar con los Jueces y Tribunales en el curso de los procesos jurisdiccionales, amén de otras prácticas con relevancia jurídico-penal llevadas a cabo bien por las partes del proceso, bien por sus Abogados o Procuradores*. Precisamente por ello, tendremos ocasión de examinar, siquiera en sus rasgos esenciales, las figuras delictivas que bajo la rúbrica “*Del falso testimonio*”, se disciplinan en el **Capítulo VI**, del **Título XX**, dedicado con carácter general a los “**Delitos contra la Administración de Justicia**”, pudiendo resaltarse desde este momento tres aspectos sobresalientes de las novedades introducidas en este sector de la delincuencia por el Código penal de 1995.

Así, en primer lugar, *la simplificación en la incriminación del falso testimonio con respecto al Código penal de 1973*, cuyas modalidades quedan reagrupadas, de un lado, en torno al **falso testimonio en sentido propio**, bien sea **de testigos** (art. 458.1), bien **de peritos o intérpretes** (art. 459), en cuya órbita nos encontramos con dos agravaciones, la primera **cuando sea en contra del reo y en causa criminal por delito** (art. 458.2) y, la segunda, **cuando a consecuencia del testimonio falso hubiese recaído Sentencia condenatoria** (art. 458.2 *in fine*); de otro lado, en torno al **falso testimonio en sentido impropio**, referido a **la presentación de testigos, peritos, intérpretes y elementos documentales falsos** (art. 461.1, 2 y 3); finalmente, el tipo residual de **alteración del testimonio mediante reticencias, inexactitudes o silencios** (art. 460).

En segundo lugar, merece sin duda la pena subrayar la *extensión en el ámbito de lo punible*, de una parte y, de otra, tal y como ya habrá podido detectarse, *la incorporación entre los sujetos activos a los intérpretes*, amén de la tipificación del *falso testimonio ante Tribunales internacionales o españoles, pero con ocasión de comisiones rogatorias remitidas por Tribunales extranjeros* (art. 458.3).

Por último, como tercer rasgo novedoso no podemos por menos que mencionar la regulación expresa de la *retractación*, prevista en el artículo 462 del CP en los términos que examinaremos en su momento.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Bajo nuestro personal punto de vista, un acercamiento al Bien jurídico protegido en los delitos de falso testimonio exige una apelación previa al conte-

nido del **artículo 24 de nuestro Texto Constitucional**, operación que reputamos especialmente necesaria para captar en sus justos términos la exactitud de llamada de atención efectuada por QUINTERO OLIVARES ⁽¹⁾, denunciando la “urgencia de una política criminal y judicial más enérgica en relación con el falso testimonio”, cuyas consecuencias, a nuestro juicio trágicas, no se corrigen simplemente confiando en la buena intuición de los juzgadores.

Tal “señal de alerta” viene motivada, sin duda, por el hecho de que tanto a nivel doctrinal como a nivel de la praxis judicial, es hoy opinión común la desconfianza generalizada de los Tribunales de Justicia en la fiabilidad de la prueba en general ⁽²⁾, y de la testifical y pericial, en particular.

Las causas de dicha convicción generalizada son plurales, todas ellas concadenadas e imputables a los diversos actores de la Administración de Justicia. Así, de una parte, se aduce “el debilitamiento del compromiso natural de los testigos a ser veraces” ⁽³⁾; de otra, se reconoce que la renuencia de los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia descansa en el descrédito en el que a sus ojos se encuentran los propios Jueces y Tribunales, renuencia a la que coadyuva, en buena medida, la derogación que del *principio de inmediatez* llevan a cabo los Jueces, principalmente de la jurisdicción civil, al delegar la práctica de las pruebas en sus funcionarios, privando así al desarrollo material de la reconstrucción de los hechos de la liturgia, seriedad y transcendencia que realmente posee a los efectos de la resolución final del litigio ⁽⁴⁾; finalmente, aunque de no menor transcendencia, hay que hacerse eco de la relajación moral

(1) QUINTERO OLIVARES, G. “*Del Falso Testimonio*”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y VALLE MUÑIZ, J. M. (Coordinador), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Edit. Aranzadi. Pamplona, 1996. p. 1318.

(2) En esta línea, vid. CALLE RODRÍGUEZ, M.ª V. “Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal”, en *La Ley*, núm. 5056. 2000. p. 1.

(3) Vid. VIERA MORANTE, F. J. “El falso testimonio. Cambios introducidos por el Código penal de 1995 e influencia de la Ley del Tribunal del Jurado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV. CGPJ. Madrid, 1997. p. 235. En la misma línea: LLORENTE FERNÁNDEZ DE LA REGUERA y otros. *Delitos contra la Administración Pública; contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*. Edit. Bosch. Barcelona, 1998.

(4) BERNALLS VALLS, J. “El falso testimonio: cuestiones procesales y sustantivas”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. y otros, *Delitos contra la administración de justicia*. Edit. Comares-Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria. Granada, 1995, pp. 147 y ss. En este sentido, afirma el autor citado que el testimonio vendrá a ser, en no pocas ocasiones, “un medio de prueba insustituible, condicionante de la justicia o injusticia de la propia sentencia”.

de aquellos Letrados ⁽⁵⁾ que, desconociendo el **deber de integridad** que reviste el ejercicio de su profesión, y que les viene impuesto por su propio Código Deontológico ⁽⁶⁾, que les exhorta a *ser honestos, leales y veraces*, olvidan que el deber fundamental de todo Abogado, en su esencial papel de defensa de los intereses y derechos de los ciudadanos y de colaboradores del Poder Judicial, encuentra su límite máximo, quizás único, en *el fin supremo de Justicia* al que la Abogacía se halla vinculada ⁽⁷⁾, anteponiendo a tan elevado fin la “victoria a toda costa”, aunque para ello tengan que asumir el costo de aportar testigos, peritos, intérpretes o documentos falsos o, si se prefiere, “poco fiables”, ignorando con tal proceder como magistralmente afirmara OSSORIO ⁽⁸⁾ en su obra *El alma de la toga*, que “el Abogado primero debe ser bueno, luego firme; después prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia en último”. Dicho brevemente: que “el aspirado triunfo de sus pretensiones no ha de lograrlo el Abogado merced a la instrumentación de medios fraudulentos o alegaciones que sabe a ciencia cierta que son falsas” ⁽⁹⁾.

(5) Sobre este particular, vid. SOTO NIETO, F. “Ética profesional y su proyección en la prueba penal”, en *La Ley*, 1994. T. II. p. 1110 y ss. No está huérfano de razón este autor cuando reconoce que hoy “hemos de acusar lamentablemente un desinterés o descuido generalizado por la formación ética de las jóvenes generaciones de juristas, en todos sus ámbitos”.

(6) Disponía el artículo 1.3 del Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por la Asamblea de Decanos de 28 y 29 de mayo de 1987, que “el Abogado debe ser honesto, leal, veraz y diligente en el desempeño de su función, y en la relación con sus clientes, colegas y Tribunales observará la mayor deferencia evitando con los mismos posibles conflictos”. En la misma línea se mantiene el nuevo Código Deontológico, aprobado recientemente por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española, de 30 de junio de 2000, en cuyo artículo 4 se dispone que “la relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente”.

(7) Así lo previene el artículo 39 del Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía, al indicar que “el deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar **la desviación del fin supremo de justicia a que la Abogacía se halla vinculada**”.

(8) OSSORIO. *El alma de la toga*. Edit. Ejea. Buenos Aires, 1971. p. 8.

(9) Vid. SOTO NIETO, F. “Ética profesional...”, op. cit. p. 1113.

Pues bien, con los datos que nos ofrece la cruda realidad de la vida cotidiana⁽¹⁰⁾, no está demás traer a colación dos argumentos de diverso orden y calado: el primero, estructural, el segundo, material.

En cuanto al **argumento estructural**, cabe recordar que en todo tipo de proceso jurisdiccional rige, con mayor o menor extensión dependiendo de la jurisdicción en la que nos encontremos, el método de trabajo sintéticamente resumido en el aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*⁽¹¹⁾, que intenta explicitar que los Jueces y Tribunales alcanzan la meta final de la realización de la Justicia, de la verdad formal que nos permite el *principio dispositivo*⁽¹²⁾, en la Jurisdicción civil, social y contencioso-administrativa, o de la verdad material, favorecida por el cada día más acorralado *principio inquisitivo*⁽¹³⁾, propio al menos de la fase instructora del proceso penal, a través del acervo probatorio suministrado bien de forma directa por las partes del litigio, bien indirectamente a través de los diversos medios de prueba, esencialmente, por la prueba testifical, pericial o documental.

En este orden de ideas, la función última de todo enjuiciamiento jurisdiccional de hallar la solución justa al caso debatido, se encuentra tan estrechamente dependiente de la actividad probatoria que, como ha advertido reiteradamente BERNAL VALLS⁽¹⁴⁾, la incriminación del falso testimonio “se ha justificado siempre en razones derivadas del papel y significado que tiene la

(10) Vid. CANCIO MELIA, M. “Capítulo VI. Del Falso Testimonio”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Director) y JORGE BARREIRO, A. *Comentarios al Código Penal*. Edit. Civitas. Madrid, 1997. p. 1202. A juicio de este autor, en relación a los delitos de falso testimonio no puede olvidarse la “escasez de procedimientos por falso testimonio bajo la vigencia del anterior Código no se debía, probablemente, tanto a deficiencias del texto legal, como a una determinada *praxis* de los órganos de persecución penal”.

(11) Vid. DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M. A. *Lecciones de Derecho Procesal. T. II*. 3.^a edic. Edit. PPU. Barcelona, 1986, pp. 254 y ss. En la misma línea, vid. CALLE RODRÍGUEZ, M.^a V. *Acción de prestar en juicio falsa declaración...*, op. cit., p. 1.

(12) Vid., ampliamente. *Ult. op. cit.*, pp. 100 y ss.

(13) Sobre este particular, vid. MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A. *Derecho jurisdiccional. Vol. III. Proceso penal*. Edit. Tirant lo Blanch. 6.^a edic. Valencia, 1997. pp. 20 y ss. Igualmente, GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal penal*. 2.^a edic. Edit. Colex. Madrid, 1997. pp. 83 y ss.

(14) BERNAL VALLS, J. “El falso testimonio”, en *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*. Vol. VIII. Edit. Expansión. Madrid, 1999. p. 825. Del mismo: *El falso testimonio*. Edit. Tecnos. Madrid, 1992. Del mismo: *El falso testimonio: cuestiones...*, op. cit. pp. 147 y ss.

prueba”, y ello porque el órgano judicial sólo puede conformar su convicción sobre la realidad de los hechos objeto de su *iudicium* “*exclusivamente con material procesal*” (15).

Ahora bien, anunciábamos anteriormente que para captar la dimensión exacta del objeto protegido en el falso testimonio, resultaba adecuado un segundo argumento de índole **material**, residenciable en el artículo 24 de nuestro Texto Constitucional.

Así, todos sabemos que el referido precepto constitucional, en su primer apartado y con un carácter global, reconoce el **derecho fundamental de todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales**, derecho concretado ulteriormente en el apartado 2.º en sus diversas vertientes o modalidades, entre las que se contienen, en lo que ahora nos interesa, **el derecho a la prueba** o, si se prefiere, *el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*, unido al más genérico **derecho a un proceso con todas las garantías**.

Ambos derechos fundamentales, por más que puedan ser dissociados, se encuentran en una dependencia absoluta, tal y como ha reconocido el propio **Tribunal Constitucional** en su **Sentencia de 29 de diciembre de 1993—RTC 1993/357—**, al reconocer que el hecho de que sea en el artículo 24.2 CE donde se reconoce el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, no permite inferir que “**la temática probatoria no pueda estar afectada ni protegida, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, por el párrafo 1.º del art. 24 CE**”.

Pues bien, lo expuesto hasta el momento nos da pie para afirmar que las opiniones doctrinales en torno a cuál sea el concreto objeto de protección de los delitos de falso testimonio se han bifurcado esencialmente en dos direcciones: de una parte, los que siguiendo de forma literal la propia rúbrica del Título XX, en el proceso de concreción del bien jurídico tutelado se detienen en *la Administración de Justicia* (16) o, si se prefiere, en el *normal funcionamiento de la*

(15) Así, BENEYTEZ MERINO, L. *Del falso testimonio*, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dirección). y ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. (Jurisprudencia e índices). *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. Edit. Trivium., Madrid, 1997. p. 4294. Igualente, CALLE RODRÍGUEZ, M.ª V. *Acción de prestar declaración...*, op. cit. p. 1.

(16) De esta opinión, entre otros: LLORENTE FERNÁNDEZ, A. J. y otros. *Delitos contra la Administración Pública...*, op. cit. p. 203. VIERA MORANTE, F. J. *El falso testimonio...*, op. cit. p. 237. Para una general y crítica en torno a la Administración jurídica en cuanto bien jurídico penal, vid., ampliamente, RAMOS TAPIA, M.ª I. *El delito de prevaricación judicial*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. pp. 100 y ss.

actividad jurisdiccional⁽¹⁷⁾; de otra parte, nos encontramos con la posición mayoritaria que tras reconocer la falta de precisión de la anterior postura, dado lo etéreo, vago y difuso de un genérico e indeterminado interés de la Administración de Justicia⁽¹⁸⁾, intenta profundizar en la verdadera esencia de la protección penal, postulando que el bien jurídico protegido, no obstante encontrarse en la órbita de la Administración de Justicia en cuanto función jurisdiccional, se encamina a preservar la *pureza de la fase probatoria en un proceso judicial*⁽¹⁹⁾.

En esta última dirección se sitúa, en lo que alcanzamos a ver, la postura defendida por BERNALL VALLS⁽²⁰⁾, quien propone como interés protegido “*la pureza en la aportación de hechos por parte del sujeto que testimonia o dictamina*”, objeto éste especialmente necesitado de protección en cuanto su puesta en peligro o su lesión trae aparejada la inexorable consecuencia de distorsionar el presupuesto fáctico de la resolución judicial.

Esta perspectiva permite defender que la protección penal sólo resulta justificada si se la relaciona con las finalidades del proceso⁽²¹⁾, en tanto que el material probatorio debe constituir el único sustrato empleado por los Jueces y los Tribunales para adquirir la certeza o la convicción en la que fundamentar sus Sentencias, por lo que nos resultan de todo punto auspiciables las afirmacio-

(17) Así, VIVES ANTÓN, T. S. *Del falso testimonio*, en VIVES ANTÓN, T. S. (Coordinador) y otros. *Comentarios al Código Penal de 1995. Vol. II*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. p. 1918. También, CANCIO MELIA, M. *Capítulo VI...*, op. cit. p. 1204. QUINTERO OLIVARES, G. *Del Falso...*, op. cit. p. 1318.

(18) En esta línea, vid. MAGALDI, M.^a J. *El falso testimonio en el sistema penal español*. Edit. Instituto de Criminología de Barcelona. Barcelona, 1987. p. 32. Asimismo, GARCÍA ARÁN, M. “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992”, en AA. VV. *Política Criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Edit. Edersa. Madrid, 1993. p. 519.

(19) Así, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 12.^a edic. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 884. En sentido análogo, CALLE RODRÍGUEZ, M.^a V. “Acción de prestar en juicio falsa declaración...”, op. cit. p. 2.

(20) BERNALL VALLS, J. “El falso testimonio: cuestiones...”, op. cit. p. 169 y ss. Del mismo: “El falso testimonio”, op. cit. p. 827.

(21) De esta opinión, MAGALDI, M.^a J. *El falso testimonio...*, op. cit. p. 33. A juicio de esta autor, erigir el fin del proceso judicial como bien jurídico protegido resulta imprescindible.

nes de GONZÁLEZ RUS⁽²²⁾, cuando advierte que con las manifestaciones mendaces propias del falso testimonio, se crea infundadamente el riesgo de que la Sentencia resulte injusta, “con el consiguiente peligro, además, para los derechos de los sujetos afectados”.

Por tanto, frente a un bien jurídico huérfano de todo contenido material, como acontece en el caso de la Administración de Justicia, nos decantamos por elevar a tal rango el “*derecho a la prueba lícita*”, en cuanto condición *sine qua non* de una resolución judicial justa o, cuando menos, de un correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. No obstante, llegada la argumentación a estos extremos, entendemos que no resultaría fuera de lugar la ampliación del interés objeto de protección en los delitos de falso testimonio hacia el ámbito material del artículo 24.2 de nuestro Texto Constitucional, concretamente respecto del **derecho a la prueba** o, si se prefiere, *del derecho a un proceso público con todas las garantías*, incardinable, en consecuencia, en la esfera del más genérico *derecho a la tutela judicial efectiva*, ya que como expresaba la STC de 29 de diciembre de 1993, antes citada, **la temática probatoria se encuentra afecta y protegida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva por el párrafo 1.º del art. 24 CE.**

A efectos prácticos, esta resituación del objeto de protección tendría como mínimo las siguientes repercusiones prácticas:

a) En primer lugar, nos permitiría evidenciar la naturaleza **pluriofensiva**⁽²³⁾ que ostenta el delito de falso testimonio, al poner en peligro tanto al

(22) GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la Administración de Justicia (II). Falso testimonio. Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Quebrantamiento de condena*, en CARMONA SALGADO, C.; GONZÁLEZ RUS, J. J.; MORILLAS CUEVA, L.; POLAINO NAVARRETE, M.; PORTILLA CONTRERAS, G. y SEGRELLES DE ARENAZA, I. *Curso de Derecho Penal Español. Parte especial. Vol. II*. Dirg. por COBO DEL ROSAL, M. Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 513. Las afirmaciones expuestas por este autor, le permiten concluir que el interés en preservar los “presupuestos necesarios para que las resoluciones judiciales no resulten injustas se concreta en este caso en la pureza de la prueba”, que resulta un elemento imprescindible para una correcta valoración del juzgador y, por consiguiente, de la justicia material de sus sentencias.

(23) Sobre este particular, vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal. Parte General*. 5.ª edic. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. pp. 433 y ss. En concreto, respecto del delito de falso testimonio, vid. TORÍO, A. “Introducción al testimonio falso”, en *Revista de Derecho Procesal*. Enero-marzo, 1965. p. 40. Efectivamente, aunque con una argumentación diferente a la sustentada por nosotros, ya en 1965 afirmaba el autor citado la naturaleza *pluriofensiva* del falso testimonio en contra del reo (actual artículo 458.2 CP), valorando “junto a los intereses jurisdiccionales, los personales del imputado”.

interés colectivo del Estado en la pureza del material probatorio introducido en los procesos jurisdiccionales como condición indispensable para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, como el propio derecho a la tutela judicial efectiva de las partes del proceso o, más concretamente, su derecho a un proceso con todas las garantías, línea interpretativa ésta que, a mayor abundamiento, fue sustentada, a nuestro juicio con acierto, en la **STC 99/1985, de 30 de septiembre**, afirmando textualmente el Alto Tribunal que “*ni el bien jurídico protegido en el delito de falso testimonio es sólo la Administración de Justicia; ni el interés del particular ofendido, aunque fuera secundario, puede quedar inerte ante la denegación de la autorización judicial previa no exigida por precepto legal alguno*”.

b) En segundo lugar, abre una plausible vía interpretativa para ampliar los potenciales sujetos pasivos de estas infracciones penales, situando, junto al Estado ⁽²⁴⁾, a las partes del proceso que puedan eventualmente verse afectadas por la introducción en el mismo de pruebas falsas aportadas de contrario ⁽²⁵⁾.

c) Consecuencia directa de lo anterior es, en tercer lugar, el que la parte procesal que se sienta lesionada por un testimonio presuntamente falso, podrá ejercitar directamente la acción penal, interponiendo la correspondiente querrela privada ⁽²⁶⁾, sin necesidad de prestar la fianza prevenida en el artículo 280 de la Ley rituarial criminal ⁽²⁷⁾, conforme excepciona su artículo 281.1, personándose en el proceso penal en calidad de acusación particular, si se prefiere, en

(24) Por todos, vid. MAGALDI, M.^a J. *El falso testimonio...*, op. cit. pp. 93 y ss.

(25) En contra de esta tesis, vid. MAGALDI, M.^a J. *El falso testimonio en el sistema...*, op. cit. p. 94. También, BERNALL VALLS, J. *El falso testimonio*. op. cit. p. 77. Ambos autores, en lo que alcanzamos a ver, coinciden en degenerar a las personas que eventualmente hayan resultado perjudicadas o, incluso, condenadas, a causa de un falso testimonio a la condición de meros **perjudicados por el delito**, siendo, a su juicio, simples titulares de una “acción indemnizatoria que puede ser ejercida en el pertinente proceso por falso testimonio”.

(26) Sobre la distinción entre querrela pública y privada, vid, ampliamente. GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. 2.^a edic. Edit. Colex. Madrid, 1997. pp. 288 y ss. También, MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLÓMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A. *Derecho jurisdiccional. T. III. Proceso penal*. 6.^a edic. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. pp. 143 y ss.

(27) Preceptúa, en primer lugar, el artículo 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que “el particular querellante prestará fianza de la clase y cuantía que fijare el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio”; posteriormente, es el artículo 281 el que exceptúa de su prestación a “el ofendido y sus herederos o representantes legales”.

calidad de “ofendido”, posición a su vez procesalmente diversa de la del “perjudicado” y patrimonio del titular del bien jurídico o *sujeto pasivo del delito* ⁽²⁸⁾.

d) En cuarto y último lugar, tampoco conviene soslayar el dato, quizás tangencial, mas no por ello menos trascendente al objeto de nuestra argumentación, de que la legitimación activa de cara a un *recurso extraordinario de revisión* concurre, concretamente, en “*el penado*”, si de un procedimiento penal se tratase (art. 955 de la LECrim), y en la “parte recurrente”, si fuese un proceso civil (art. 1799 de la LEC), siendo motivo común a ambos tipos de procedimientos “el estar cumpliendo condena en virtud de Sentencia cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos” (art. 954.3 de la LECrim) o que la resolución firme dictada lo fuera “en virtud de prueba testifical, cuando los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio, dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la Sentencia” (art. 1796.3 de la LEC) ⁽²⁹⁾.

Esta legitimación activa respecto del referido recurso extraordinario de revisión de una Sentencia ocasionada en virtud de un testimonio falso, puede aportar un nuevo argumento en pro de incluir a la parte eventualmente perjudicada en sus intereses por una prueba falsa, junto al Estado, entre los sujetos pasivos del delito y, en consecuencia, a reconocer la naturaleza *pluriofensiva* de los delitos de falso testimonio, al menos, en todos aquellos procesos judiciales en los que exista una dualidad de partes o, en su caso, exista un elemento probatorio que de forma directa vaya en contra del reo.

III. SUJETOS ACTIVOS DE LAS DISTINTAS FIGURAS DELICTIVAS: TESTIGOS, PERITOS E INTÉRPRETES

El falso testimonio, en general, posee la naturaleza de *delito especial* ⁽³⁰⁾, en el sentido de que su comisión en concepto de autor se encuentra restringida a

⁽²⁸⁾ Así, GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal...*, op. cit. p. 293.

⁽²⁹⁾ Sobre este particular, téngase en cuenta la entrada en vigor de la nueva **Ley de Enjuiciamiento Civil**, aprobada por **Ley 1/2000, de 7 de enero**, el régimen del referido **Recurso extraordinario de revisión** se contiene en los artículos 509 y siguientes, que guardan un absoluto paralelismo con el texto procesal derogado.

⁽³⁰⁾ En este sentido, entre otros: VIERA MORANTE, F. J. *El falso testimonio...*, op. cit. p. 237. BENEYTEZ MERINO, L. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 4295. GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la Administración de Justicia...*, op. cit. pp. 513 y ss. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal...*, op. cit. pp. 885 y ss. QUINTERO OLIVARES, G. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 1320. BERNAL VALLS, J. *El falso testimonio: cuestiones procesales...*, op. cit. p. 160. Del mismo: *El falso testimonio*. op. cit. pp. 202 y ss. MARGALDI, M.^a J. *El falso testimonio en el sistema...*, op. cit. pp. 89 y ss. CALLE RODRÍGUEZ, M.^a V. *Acción de prestar en juicio falsa declaración...*, op. cit. p. 1.

aquellas personas que ostenten una cualidad procesal concreta; dicho de otra forma: sólo podrán ser autores quienes previamente hayan gozado en la *causa judicial* de la condición de **testigos, peritos o intérpretes**, a excepción, no obstante, del anteriormente denominado *falso testimonio en sentido impropio*, tipificado en los **apartados 1.º, 2.º y 3.º del artículo 461**, en el que los cualificados son, respectivamente, **las partes procesales**, sus **Abogados o Procuradores** o, por último, el **Ministerio Fiscal**.

Pues bien, todas estas cualidades objetivas definitorias de la autoría deben ser integradas de conformidad con la normativa procesal aplicable.

a) Así, la condición de **testigo** concurrirá, con carácter general, en *toda aquella persona que, sin ser parte, emite una declaración de conocimiento propio sobre hechos o circunstancias históricas, relevantes para el objeto de la litis*, encontrándose sujeto a la **obligación de decir la verdad respecto de todo lo que supiere**, en los términos explicitados en el artículo 433 de la LECrim y 365 de la vigente LEC (art. 647 de la derogada LEC) ⁽³¹⁾.

La anterior definición nos permite ya una primera conclusión: en ningún caso, podrá ser reputado testigo y, por ende, exigírsele responsabilidad criminal en virtud de testimonio falso, a la parte contraria, tradicionalmente denominado confesante.

Tal conclusión, en el marco de la hoy derogada Ley de Enjuiciamiento Civil, no planteaba mayor duda, ya que, de un lado, el Código Civil en su artículo 1232, preveía que la confesión judicial de la parte, practicada normalmente bajo juramento indecisorio, *sólo hacía prueba contra su autor* y, de otro, porque la propia Ley procesal, aplicable por extensión a los procesos contencioso-administrativos y laborales, habilitaba mecanismos propios para valorar las mendacidades o las reticencias vertidas en juicio por el confesante, tal y como sucede con la declaración de confeso, contenida en el artículo 586 de la derogada LEC.

En el marco de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por **Ley 1/2000, de 7 de enero**, mantiene plena virtualidad la interpretación que antecede, ya que, aunque sea cierto que su Disposición Derogatoria 2, 1.ª, ha derogado expresamente el citado artículo 1232 del Código Civil, y formalmente haya sido sustituido el *nomen iuris* “**confesión judicial**” por el de “**interrogatorio de la parte**” ⁽³²⁾, no es menos cierto que el vigente **artículo 307 de la vigente Ley**

(31) En este sentido, CALLE RODRÍGUEZ, M.ª V. *Acción de prestar en juicio falsa declaración...*, op. cit. p. 2.

(32) Efectivamente, en el marco de la vigente **Ley de Enjuiciamiento Civil**, concretamente, en su artículo 301, se dispone que “cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre los hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio”.

procesal civil ⁽³³⁾, sigue previendo un cauce para que las negativas de la parte a responder, sus evasivas o sus respuestas inconcluyentes, puedan y deban producir los efectos propios a la anterior declaración de confeso, esto es, tener por reconocidos como **ciertos** los hechos a que se refieran las preguntas.

De otro lado, esta regla general se encuentra asimismo ratificada en el marco del procedimiento penal. Así, en lo que afecta al **imputado, procesado o acusado**, se reconoce de forma pacífica su exclusión del ámbito de potenciales sujetos activos del delito de falso testimonio ⁽³⁴⁾, ya que si bien es cierto que no se le reconoce un genuino *derecho a mentir* ⁽³⁵⁾, no es menos cierto que el propio artículo 24.2 de la CE le garantiza tanto *su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable* como un más genérico *derecho de defensa*, derechos que consecuentemente enervan toda obligación de decir verdad al imputado, procesado o acusado.

Algo análogo acontece en las hipótesis de **coimputados o coinculpados**, quienes, por más que sus declaraciones puedan servir de elemento probatorio

(33) En concreto, el tenor literal del **artículo 307 de la Ley 1/2000**, que figura bajo la intitulación de “*Negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales*” es el siguiente: “1.º Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte. 2.º Cuando las respuestas que diere el declarante fueran evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior”.

(34) Vid, ampliamente. BERNALL VALLS, J. *El falso testimonio*. op. cit. pp. 59 y ss. VIERA MORANTE, F. J. *El falso testimonio. Cambios....*, op. cit. p. 238. QUINTERO OLIVARES, G. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 1320. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*. op. cit. p. 886. GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. p. 513.

(35) Sobre este particular, vid. HURTADO ADRIÁN, A. L. “Sobre las declaraciones del imputado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *La Ley*, 1998. T. II. p. 1928. Pone de manifiesto este autor como por la extensión que se ha ido dando al *derecho a no declarar contra sí mismo*, se ha desbordado su concepción originaria “hasta llegar a decirse que dentro de él se comprende el derecho de todo inculpado a no decir la verdad”, si se prefiere, al “derecho a mentir”, induciendo incluso a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS.TS. de 4 de abril de 1995 y 12 de noviembre de 1996) a declarar “que la exhortación a decir verdad, que formalmente aparece vigente en el art. 387 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se encuentra en contradicción y, por tanto, tácitamente derogada, por lo dispuesto en el art. 24.2 de la Constitución”.

hábil para desvirtuar la presunción de inocencia⁽³⁶⁾, tampoco asumen la cualidad de testigos al no estar sujetos a la obligación de veracidad propia de éste, quedando correlativamente amparados por los referidos derechos fundamentales contenidos en el art. 24.2 de la CE. Ello hace que las falsedades vertidas en una causa judicial por parte de un coimputado, sólo puedan ser perseguidas por la vía de los delitos de acusación y denuncia falso o, en su caso, de la calumnia⁽³⁷⁾.

En situación diversa se encuentran en el procedimiento penal **el denunciante, la víctima y el perjudicado**, quienes a pesar de adoptar en el proceso penal la condición de partes, pueden deponer tanto en la fase de instrucción como en la vista oral en calidad de testigos⁽³⁸⁾, tal y como ha reconocido la reiterada y pacífica Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Por último, para cerrar este catálogo de algunos de los actores que normalmente pueden adoptar la cualidad de testigo, quisiéramos hacer referencia a los **parientes del inculcado**. Para ello, hay que recordar que el artículo 416.1 de la LECrim, cuando aborda quiénes están dispensados del deber de declarar, enu-

(36) A nivel jurisprudencia, vid: SS. TC. 137/1988, de 7 de junio, 200/1996, de 3 de diciembre; SS.TS. de 20 de febrero de 1996, 3 de octubre de 1996, 15 de febrero de 1996, 7 de noviembre de 1996, 3 de abril de 1998, 26 de mayo de 1998, 23 de junio de 1998, 23 de septiembre de 1998, 17 de diciembre de 1998. Así, sin ánimo de exhaustividad, podemos colacionar la STS de 23 de junio de 1998, en la que se afirma que “los problemas suscitados por la **declaración inculpatoria de un coimputado** han sido abordados en numerosas sentencias, tanto del TC como de esta Sala del TS, pudiendo afirmarse ya hoy que la misma puede ser tenida como *prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia*. El **coimputado** es un sujeto procesal cuya declaración no es exactamente ni testimonio ni confesión aunque participa, en cierto modo, de una y otra naturaleza. Su valor inculpatario ha de ser analizado cuidadosamente sobre todo cuando no exista en el proceso otra prueba de cargo. Los jueces y tribunales deben ponerse en guardia, por ejemplo, frente a declaraciones de coimputados que puedan estar inspiradas por *móviles como el deseo de venganza, el ajuste de cuentas, la oferta por parte de quien le recibe declaración de quedar exento de responsabilidades, el ánimo de autoexculpación o la pretensión de gozar un trato procesal o penitenciario privilegiado*. Cualquiera de estos móviles espurios, o la concurrencia de varios a la vez, debe pesar en cualquier juez o tribunal antes de resolver la duda metódica en un sentimiento inculpatario”.

(37) En este sentido, BERNALL VALLS, J. *El falso testimonio: cuestiones...*, op. cit. p. 183. Efectivamente, tras reconocer este autor que las declaraciones falsas de los coimputados no resultan subsumibles en la noción típica de “testimonio”, considera que la relevancia penal de sus falsas declaraciones habrá de plantearse en otros ámbitos punitivos, particularmente “en las figuras de la acusación y denuncias falsas y de la calumnia”.

(38) De esta opinión, entre otros: VIERA MORANTE, F. J. *El falso testimonio: cambios...*, op. cit. p. 239. BERNALL VALLS, J. “*El falso testimonio: cuestiones...*”, op. cit. p. 186. Del mismo: *El falso testimonio*. op. cit. pp. 65 y ss.

mera junto al *Abogado del procesado*, a sus *parientes en línea directa ascendente o descendente*, su *cónyuge*, sus *hermanos consanguíneos o uterinos* y los *laterales consanguíneos*, hasta el *segundo grado civil*, así como a los *hijos naturales*.

Aparte de subrayar lo obsoleto de la redacción del precepto, hay que puntualizar que, en realidad, estos parientes del procesado no son inhábiles para deponer en juicio; lo que sucede es que el Juez o Tribunal deberá advertirles que en virtud de sus lazos familiares, quedan excepcionados de la obligación de declarar en el proceso, advertencia que de ser omitida, generará la nulidad de dicho testimonio. Ahora bien, si realizada la advertencia referida el familiar accede a su deposición en el juicio, devendrá nuevamente compelido como cualquier otro testigo a declarar verazmente⁽³⁹⁾, pudiendo en caso contrario ser perfectamente idóneo para incurrir en el delito de falso testimonio⁽⁴⁰⁾, sobre el que, en su caso, podría proyectarse la apreciación de un estado de necesidad de carácter exculpante⁽⁴¹⁾, fundado en razones de inexigibilidad de una conducta diferente, cuando el pariente, tras no acogerse a la dispensa del deber de declarar, depusiera como testigo *en beneficio del reo* con el que se encuentra vinculado.

b) La segunda de las cualidades procesales hábiles para cumplimentar la autoría de los delitos de falso testimonio afecta, como sabemos, a los **peritos**. Por tales, se reputan a las personas expertas en materias *no jurídicas*, que intervienen en el proceso judicial al efecto de aportar al Juez conocimientos *científicos, artísticos o prácticos* sobre principios de su ciencia, arte o práctica, que le

⁽³⁹⁾ En este sentido, vid, ampliamente. MAGALDI, M. J. *El falso testimonio en el sistema...*, op. cit. pp. 100 y ss. También, BERNALL VALLS, J. *El falso testimonio*. op. cit. p. 184.

⁽⁴⁰⁾ Así, VIERA MORANTE, F. J. *El falso testimonio: cambios...*, op. cit. p. 241. Acertadamente pone de relieve este autor que una conclusión en sentido contrario, supondría “conceder luz verde para la mentira o la falsedad en perjuicio de la víctima del delito”.

⁽⁴¹⁾ Vid. BERNALL VALLS, J. *El falso testimonio*. op. cit. p. 184. En sentido análogo, MAGALDI, M.ª J. *El falso testimonio en el sistema...*, op. cit. pp. 107 y ss. Con un criterio diverso y, a nuestro juicio, no convincente, vid. VIERA MORANTE, F. J. *El falso testimonio: cambios...*, op. cit. p. 241. Este último autor, para las hipótesis en las que un pariente del inculcado prescinde de la exención de declarar y depone falsamente *en favor del reo*, propone como solución la calificación de “encubrimiento impune” ex artículo 454 del CP.

permitan a aquél el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes para dirimir el objeto del proceso⁽⁴²⁾.

La condición de perito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 335 de la vigente Ley procesal civil (art. 618 de la LEC derogada), se adquiere en el preciso instante en el que el designado acepta su cargo, *jurando desempeñarlo bien y fielmente* o, en palabras de la Ley rituarial criminal, *jurando proceder bien y fielmente en sus operaciones y de no proponerse otro fin más que el de descubrir y declarar la verdad*, lo cual hace que resulte a todas luces indiscutible el deber que afecta a los peritos de ser veraces, el cual, aunque el artículo 460 pudiera inducir a otra cosa, puede ser considerado más enérgico si cabe que el relativo a los testigos, por cuanto como preceptúa el artículo 459, la pena imponible a los dictámenes falsos, junto con las *traducciones falsas*, será en todo caso **en su mitad superior**, amén de la **inhabilitación especial para su profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años**.

c) Finalmente, llegamos a los **intérpretes**, cuya mención expresa en los tipos de falso testimonio constituye, como ya adelantábamos antes, una novedad en el Código Penal de 1995, aunque, en honor a la verdad, cabe reconocer que bajo el imperio del texto punitivo derogado, tampoco existía dudas en torno a la idoneidad de los intérpretes como sujetos activos de esta infracción penal, siendo asimilados a los peritos en virtud de la naturaleza de la función que desarrollan en el proceso⁽⁴³⁾.

Los **intérpretes**, en términos idénticos a los peritos, se encuentran sujetos a *conducirse bien y fielmente en el desempeño de su cargo* (arts. 440 de la LE-Crim y 143 en relación con el 335. 2 de la vigente LEC), cargo consistente en la traducción *in voce* o por escrito del testimonio de aquellos testigos que no hablaban o no entendieron el idioma español o, en su caso, fueran sordomudos, en cuya práctica ostentan la doble posibilidad de distorsionar bien las preguntas que se le formulen al traducido, bien sus respuestas.

IV. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS FIGURAS DELICTIVAS

Una vez expuestas las consideraciones que anteceden, podemos proceder ya a un examen general de las diversas figuras delictivas tipificadas en el **Capí-**

(42) Vid. ampliamente, DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M. A. *Lecciones de Derecho Procesal...*, op. cit. pp. 312 y ss. Respecto del proceso penal, vid. MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A. *Derecho Jurisdiccional...*, op. cit. pp. 296 y ss. También, GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal...*, op. cit. pp. 422 y ss. También, CALLE RODRÍGUEZ, M.^a V. *Acción de prestar en juicio falsa declaración...*, op. cit. p. 3.

(43) Así, BERNALL VALLS, J. *El delito de falso testimonio*. op. cit. p. 75.

tulo VI, del Título XX del vigente texto punitivo, analizando en primer lugar el denominado **falso testimonio en sentido propio**, sea **de testigos** (art. 458.1), sea **de peritos o intérpretes** (art. 459), junto a sus tipos agravados, el primero, por efectuarse **en contra del reo y en causa criminal por delito** (art.458.2) y, el segundo, **por haber generado el testimonio falso una Sentencia condenatoria** (art. 458.2 *in fine*). Posteriormente, estudiaremos el **falso testimonio en sentido impropio**, referido a **la presentación de testigos, peritos, intérpretes y elementos documentales falsos** (art. 461.1, 2 y 3) y, finalmente, el tipo residual de **alteración del testimonio mediante reticencias, inexactitudes o silencios** (art. 460), concluyendo esta breve reflexión con una referencia al **falso testimonio ante Tribunales internacionales o españoles, con ocasión de comisiones rogatorias remitidas por Tribunales extranjeros**, previsto en el apartado 3.º del artículo 458 CP.

1. El falso testimonio en sentido propio de los testigos (art. 458.1)

El artículo 458.1 CP constituye el **tipo básico** de los delitos de falso testimonio, quedando tipificado en los siguientes términos:

“El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses”.

Como puede apreciarse **sujeto activo** de esta primera figura delictiva sólo pueden serlo aquellas personas que declaren en calidad de **testigos**, en los términos expuestos anteriormente.

Su declaración falsa para ser punible ha de ofrecerse en una **causa judicial**, elemento normativo que bajo nuestro personal punto de vista, permite incluir a todo tipo de procedimiento judicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, sea del orden jurisdiccional penal, civil, social, contencioso-administrativo, militar, de menores o vigilancia penitenciaria, abarcando, asimismo, las causas seguidas ante el Tribunal del Jurado y ante el Tribunal de Aguas de Valencia ⁽⁴⁴⁾.

Además, debe tratarse de una deposición practicada ante un Juez o Tribunal, con ocasión, en general, del ejercicio de una acción de tutela jurisdiccional

⁽⁴⁴⁾ Se muestran partidarios de esta interpretación amplia del término “causa judicial”, entre otros: BERNALL VALLS, J. *El falso testimonio*, op. cit. p. 831. VIERA MORANTE, F. J. *El falso testimonio: cambios...*, op. cit. p. 242. QUINTERO OLIVARES, G. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 1320. GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. p. 517. Partidario de excluir los procesos civiles de jurisdicción voluntaria del ámbito típico, vid. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*. op. cit. p. 885.

que pueda ser reputada “falsa”⁽⁴⁵⁾, en el sentido de contraria al **deber de decir la verdad respecto de todo lo que supiere** que grava la posición de todo testigo, en los términos explicitados en los artículos 433 de la LECrim y 365 de la nueva LEC.

Es, precisamente, en la defraudación de esta expectativa de conducta por parte del testigo mendaz donde reside el verdadero nudo gordiano de este tipo penal, siendo a su vez común a las restantes figuras delictivas. Téngase en cuenta a estos efectos que la falsedad de un testimonio puede ser reflejo de alguna de las dos siguientes opciones: de una **contradicción entre la palabra y la realidad**, de un lado y, de otro, de una **contradicción entre la palabra y el saber**⁽⁴⁶⁾. Dicho en otros términos: la declaración puede reputarse falsa tanto si el testigo declara algo que *no se corresponde con la realidad*, como si lo hace *contrariando su personal conocimiento*.

Tal dualidad sirve de base a la formulación de dos tesis diversas encaminadas a la valoración de la falsedad del testimonio: *la teoría objetiva* y *la teoría subjetiva*. La primera, considera que el testigo falta a la verdad *cuando en su declaración se aparta conscientemente de la realidad objetiva, de la verdad histórica*, siendo suficiente para la conformación del injusto típico esta discordancia empírica entre lo declarado y la realidad, con independencia del personal acervo cognitivo del testigo, sólo valorable en el plano de la culpabilidad. Por el contrario, *la teoría subjetiva* estima que la falsedad de la deposición del testigo sólo es mensurable *teniendo en cuenta el conocimiento personal del testigo*.

Bajo nuestro personal punto de vista, la total conformación del injusto falso testimonio, como de otra parte acontece en cualquier otra infracción penal, requiere la presencia cumulativa tanto de la objetiva discordancia del testimonio con la realidad histórica, como la discordancia de lo declarado con el conocimiento propio y personal que posee el testigo, máxime si tenemos en cuenta que los delitos de falso testimonio sólo admiten su comisión dolosa. Por ello, como ha subrayado acertadamente GONZÁLEZ RUS⁽⁴⁷⁾, la conducta *no será típica* “cuando las manifestaciones del testigo, perito o intérprete se corresponden con lo que conoce, aunque ello *no sea verdad*, en el sentido de que no responden a lo acontecido”; y, por su parte, tampoco cabrá el falso testimo-

(45) Vid. CALLE RODRÍGUEZ, M.^a V. *Acción de prestar en juicio falsa declaración...*, op. cit. p. 3. Pone de manifiesto esta autor que declarar falsamente, “no es otra cosa que faltar a la verdad, como se desprende de la dicción del art. 460 del Código penal”.

(46) Vid. BERNALL VALLS, J. *El falso testimonio*, op. cit. p. 836.

(47) GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. p. 516.

nio, salvo que se admita en grado de tentativa ⁽⁴⁸⁾, cuando el testigo deponga de forma acorde a la realidad, pero *creyendo que lo hace mendazmente*, porque en este caso, como ya sustentara TORIO LÓPEZ ⁽⁴⁹⁾, la conducta ni “ofende ni ataca al bien jurídico tutelado”.

Además, ha de tenerse en cuenta que este ilícito penal viene configurado como un **delito de peligro abstracto** y de **simple actividad** ⁽⁵⁰⁾ o, más correctamente, como un **delito de mera conducta legalmente reputada peligrosa** ⁽⁵¹⁾, ya que como advierte la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, su *consumación* se produce en el momento en que se declara ante la autoridad judicial, afirmándose lo falso, negándose la verdad o callándose lo que se sabe, sin que se requiera ningún tipo de resultado o sin que sea necesario que la declaración

(48) En esta línea, vid. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*, op. cit. p. 889. Efectivamente, a juicio de este autor, cabe apreciar la tentativa, cuando “la declaración es objetivamente verdadera, pero el sujeto que la emite cree que es falsa”. En sentido diverso, MAGALDI, M.^a J. *El falso testimonio en el sistema...*, op. cit. pp. 74 y ss. BERNALL VALLS, J. *El falso testimonio: cuestiones...*, op. cit. p. 223.

(49) TORÍO, A. *Introducción al testimonio...*, op. cit. p. 58.

(50) De esta opinión, CALLE RODRÍGUEZ, M.^a V. *Acción de prestar en juicio falsa declaración...*, op. cit. pp. 1 y ss.

(51) Vid. ampliamente, LUZÓN PEÑA, D.M. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Edit. Universitas, S.A. Madrid, 1996. pp. 313 y ss. Pone de manifiesto el autor citado que en los delitos de mera conducta, activa u omisiva, la propia conducta implica ya la lesión del bien jurídico, sustentando acertadamente que “los tipos de peligro abstracto generalmente son delitos de mera conducta”. También, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Edit. Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales. Madrid, 1994. p. 302. Afirma esta última autora que en los **delitos de peligro abstracto**, dirigidos a la protección de bienes jurídicos supraindividuales, institucionalizados o espiritualizados, o “intereses difusos” no reconducibles a bienes individuales, en la medida en que no se requiere la constatación de la peligrosidad de la acción, “formalmente nos encontramos ante delitos de lesión”. También, SALAS ALMIRALL, S. “Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro”, en DÍAZ VALCÁRCEL, L. M.^a (Director). “Causalidad e imputación objetiva”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Edit. CGPJ, Madrid, 1994. A juicio de este autor, en tanto en cuanto en los **delitos de peligro abstracto** sólo aparece descrita una conducta, significa que estructuralmente se trata de “delitos de mera actividad”, entendiéndose por tales aquéllos cuyo tipo “carece de un resultado material separable de la conducta espacio-temporalmente”. A lo anterior, que reputamos correcto, añade una serie de notas características de este tipo de delitos: —contener un tipo que describe una conducta generalmente peligrosa; no existir lesión referida a bien jurídico alguno— y no exigir que la conducta haya creado peligro ni ningún otro resultado material (mera actividad).

influya de una manera eficaz y directa en la resolución del procedimiento ⁽⁵²⁾. Ello hace que la defraudación de la expectativa de acción ⁽⁵³⁾ en que consiste el deber de declarar verazmente, pueda resultar frustrada tanto por *acción*, esto es, deponiendo falsamente, como por *omisión*, silenciando aspectos que se conocen ⁽⁵⁴⁾, ya que en ambas hipótesis resulta indiscutible la puesta en peligro de los intereses jurídico-penalmente tutelados.

Ahora bien, ante la ausencia en el tipo penal de un resultado material separable espacio-temporalmente de la propia conducta típica (la declaración), y al efecto de cercenar la posibilidad de subsumir en el delito cualquier tipo de inveracidad, por nimia o alejada del verdadero objeto del litigio, se ha venido exigiendo que la falsedad vertida en juicio por el testigo ha de revestir las notas de **esencialidad y credibilidad**, en el sentido de resultar idónea, desde una perspectiva *ex ante*, para influir o incidir en la formación de la convicción judicial sobre los hechos objeto de prueba. Ello, permite excluir del ámbito de la tipicidad, a nuestro juicio por *ausencia del riesgo para los intereses protegidos por encima del nivel de lo permitido*, hipótesis tales como las **declaraciones falsas intrascendentes** o las **falsedades burdas** ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Vid. ampliamente, MILLÁN GARRIDO, A. “El delito de falso testimonio en la doctrina del Tribunal Supremo”, en *Revista General del Derecho*, núm. 415, abril, 1979, pp. 347 y ss.

⁽⁵³⁾ Sobre este particular, vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de valoración del aporte*, Edit. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1995, pp. 46 y ss. También publicado en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Criminológicas*, 1995, T. XLVIII.

⁽⁵⁴⁾ En este sentido, BERNALL VALLS, J. *El falso testimonio*, op. cit. p. 837. También para este autor, las formas comisivas pueden consistir en “la afirmación de lo falso y en la negación de lo verdadero, pero también en la omisión de hechos o datos significativos que distorsionan el conjunto de la declaración de manera que impidan conocer los hechos en su dimensión real”. Asimismo, GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pp. 515 y ss. También, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*, op. cit. p. 886. En la misma línea, CANCIO MELIA, M. *Capítulo VI...*, op. cit. p. 1207.

⁽⁵⁵⁾ De esta opinión, vid: TORÍO, A. *Introducción al testimonio...*, op. cit. p. 44. BERNALL VALLS, J. *El falso testimonio*, op. cit. p. 837. VIERA MORANTE, F. J. *El falso testimonio: cambios...*, op. cit. p. 245. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*, op. cit. p. 887. GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. pp. 514 y ss. QUINTERO OLIVARES, G. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 1319. CALLE RODRÍGUEZ, M.^a V. *Acción de prestar en juicio falsa declaración...*, op. cit. p. 2.

2. El falso testimonio propio cometido por peritos o intérpretes (art. 459)

Exactamente con los mismos parámetros y condiciones que acabamos de examinar, se construye en el artículo 459 del CP el delito de falsa pericia o traducción, tipificado en los siguientes términos:

*“Las penas de los artículos precedentes se impondrán **en su mitad superior a los peritos e intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción**, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años”.*

Este precepto constituye un **tipo agravado** respecto del contenido en el artículo 458.1, aplicable exclusivamente a los **peritos e intérpretes**. A nuestro juicio, el empleo por parte del legislador del término “*maliciosamente*”, no tiene más significado que el de precisar que su punición sólo cabe cuando el dictamen o traducción falsa se comete con dolo directo de primer grado o intención⁽⁵⁶⁾, no requiriendo en consecuencia ningún especial ánimo subjetivo del injusto que trascienda a la propia mendacidad⁽⁵⁷⁾.

3. Subtipos agravados por efectuarse en contra del reo y en causa criminal por delito (art. 458.2), y por haber generado una Sentencia condenatoria (art. 458.2 in fine)

Estos dos subtipos agravados los encontramos en el artículo 458.2 del texto punitivo, redactado con el siguiente tenor literal:

*“Si el falso testimonio se diera **en contra del reo en causa criminal por delito**, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. **Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria**, se impondrán las penas superiores en grado”.*

Lo primero que conviene tener en consideración es que ambas agravaciones resultan aplicables no sólo a los **testigos**, sino también a los **peritos e intérpretes**, como fácilmente se cohonestaba de la remisión practicada por el artículo 459 del CP.

En segundo lugar, tampoco puede pasar desapercibido que su ámbito de aplicación resulta, con mucho, más limitado que los respectivos tipos básicos;

(56) De esta opinión, GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. p. 525. También, VIERA MORANTE, F. J. *El falso testimonio: cambios..*, op. cit. p. 251. QUINTERO OLIVARES, G. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 1326.

(57) Así, CANCIO MELIA, M. *Capítulo VI...*, op. cit. p. 1206.

así, sólo deviene aplicable cuando nos encontremos ante **una causa criminal por delito**, lo que junto a los juicios de faltas, excluye a todas las demás causas jurisdiccionales. Ahora bien, conviene precisar que la declaración, la pericia o la traducción *contra reo*, podrá producirse tanto en el acto del plenario, como en la fase de instrucción del procedimiento⁽⁵⁸⁾, por cuanto no puede soslayarse el hecho de que tales actuaciones podrán conducir a la adopción de graves medidas cautelares, de orden real o personal, contra el imputado.

De otro lado, tampoco puede olvidarse que la presente figura delictiva requiere que el testimonio, la pericia o la traducción **se viertan por el sujeto activo en contra del reo**. Sobre este particular cabe hacer dos precisiones diferentes: la primera va referida al hecho de que a los efectos de determinar cuándo un medio de prueba es *contrario al reo*, debe adoptarse una perspectiva de valoración en términos objetivos o, si se prefiere, en términos reales, en el sentido de que el testimonio, la pericia o la traducción efectivamente haya constituido una **prueba de cargo**. La segunda atiende al dato de que la distinción entre estos dos subtipos agravados reside, bajo nuestro personal punto de vista, en la concurrencia de la *condición objetiva de punibilidad impropia*⁽⁵⁹⁾ en que se traduce la efectiva concurrencia de la **Sentencia condenatoria**, extremo éste que al escapar *en todo momento* de la esfera de control del sujeto activo, mal puede considerarse como un elemento del tipo sobre el que deba proyectarse el dolo del autor⁽⁶⁰⁾, por más que en la mayoría de las hipótesis, dicho efecto, dicha Sentencia condenatoria, haya sido no sólo prevista sino, incluso, querida y deseada por el autor.

4. La alteración del testimonio mediante reticencias, inexactitudes o silencios (art. 460)

Llegamos de este modo a la exposición del tipo residual contenido en el artículo 460 del CP, tipificados en los siguientes términos:

(58) En este sentido, MILLÁN GARRIDO, A. *El delito de falso testimonio en la Jurisprudencia...*, op. cit. p. 348. Igualmente, BENÍTEZ MERINO, L. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 4298. QUINTERO OLIVARES, G. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 1323.

(59) De esta opinión, entre otros: QUINTERO OLIVARES, G. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 1323. GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la Administración de Justicia*, op. cit. p. 525. Con carácter general, vid: MARTÍNEZ PÉREZ, C. *Las Condiciones objetivas de punibilidad*, Edit. Edersa, Madrid, 1989, pp. 47 y ss. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª edic., Valencia, 1996, Edit. Tirant lo Blanch, pp. 396 y ss.

(60) En sentido diverso, BERNALL VALLS, J. *El falso testimonio*, op. cit. p. 151.

“Cuando el **testigo, perito o intérprete**, sin faltar sustancialmente a la verdad, **la alterase con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos**, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años”.

La mejor opinión que puede suscitar esta modalidad, no tanto de testimonio **falso**, como de declaración, dictamen o traducción **alterada**, es que constituye una buena prueba de la desatención por parte del legislador penal del **principio de intervención mínima**, en concreto del **principio de fragmentariedad**, en cuya virtud, como a todos nos consta, el Derecho Penal, considerado como la *ultima ratio* del Ordenamiento Jurídico, sólo debiera ser llamado para la protección de *las formas de agresión al bien jurídico más graves e insostenibles*. De ahí que nos veamos en la obligación de secundar la opinión de quienes afirman que “nada se habría perdido suprimiendo este delito y creando en su lugar una corrección disciplinaria en la Leyes de enjuiciamiento, para que los Jueces pudiesen imponerla a los testigos o peritos”⁽⁶¹⁾.

5. El falso testimonio impropio: la presentación de testigos, peritos, intérpretes y elementos documentales falsos (art. 461.1, 2 y 3)

El artículo 461 del CP, va referido al denominado *falso testimonio impropio*, precepto que para ganar en claridad expositiva, conviene ser analizado por separado en sus tres apartados.

1.º Así, en el apartado 1.º, se tipifica **la presentación de testigos, peritos o intérpretes falsos**, dejando abierta la concreta pena a imponer en atención a la efectiva modalidad de falso testimonio que lleve a cabo el testigo, perito o intérprete.

Sujeto activo de esta figura delictiva sólo pueden serlo **las partes**, por cuanto sólo ellas se encuentran habilitadas para *proponer medios de prueba*, afirmación que resulta ratificada por la existencia del apartado 3.º del precepto, dedicado a los **abogados, procuradores, graduados sociales o miembros del Ministerio Fiscal**.

En lo que se refiere a la **conducta típica** cabe indicar que pese a no constituir en su esencia más que una forma de participación elevada a la categoría de delito autónomo⁽⁶²⁾, merece ser bien acogida, a los efectos de evitar eventuales lagunas de punibilidad, estribando en la *proposición de prueba testifical, peri-*

(61) Vid. QUINTERO OLIVARES, G. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 1328. También, VIERA MORANTE, F. J. *El falso testimonio: cambios...*, op. cit. p. 256.

(62) Vid. CANCIO MELIA, M. *Capítulo VI...*, op. cit. p. 1208.

cial o de traducción falsa, con la obvia finalidad de deformar la recta convicción judicial en torno al objeto de la *litis*.

Además, y para no ampliar en exceso el ámbito de lo punible, llegando a la sanción de genuinas “*inducciones fracasadas*”, entendemos que para la **consumación del delito** debe exigirse la *efectiva deposición falsa en la causa judicial del testigo, perito o intérprete propuesto* ⁽⁶³⁾.

2.º Por su parte, el apartado 2.º del referido artículo 461, centra su atención **en la presentación falsa del otro medio de prueba: la documental**, sancionando “*al que conscientemente **presentare en juicio elementos documentales falsos***”, especificándose que “*cuando el autor del hecho, lo hubiera sido además de la falsedad, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior*”.

La modalidad de falso testimonio impropio a la que ahora nos referimos posee su precedente en los artículos 304 y 307 del Código Penal derogado, en el ámbito de las **falsedades documentales**. En el CP de 1995, por contra, la *presentación de elementos documentales falsos* cambia su ubicación sistemática, incardinándose, correctamente, junto al resto de figuras delictivas atentatorias contra la pureza de los medios de prueba, pero manteniéndose, a la par, entre los delitos de falsedad documental, la presentación en juicio de un documento falso (art. 393).

Con todo, cabe sustentar que el apartado 2.º del artículo 461 puede poseer un objeto más amplio, por cuanto en él no sólo se habla de “**documento**”, concepto éste cuya interpretación auténtica se encuentra en el artículo 26 del CP, sino de “**elementos documentales**”, entre los cuales cabría incardinar también a las *grabaciones sonoras o audiovisuales, las fotografías, los certificados etc.*

Intentando simplificar las diferentes hipótesis planteables, podemos afirmar lo siguiente:

a) ***Si el elemento documental falso, es presentado por el falsificador***, cabe apreciar un **concurso ideal de delitos** entre el delito de falsedad documental y el objeto de nuestra atención, conclusión ésta que se apoya en el propio tenor del precepto que prescribe expresamente la imposición de la pena más grave en su mitad superior.

b) ***Si la parte que presenta el elemento documental falso no fuese a su vez el autor de la falsificación***, no queda más remedio que apreciar un **concurso aparente de normas** entre este apartado 2.º del artículo 461 y los artículos 393 o 396 del CP, referidos respectivamente a la *presentación en juicio de*

⁽⁶³⁾ En este sentido, vid: QUINTERO OLIVARES, G. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 1330. VIERA MORANTE, F. J. *El falso testimonio: cambios...*, op. cit. p. 253.

documentos públicos o privados, concurso de normas que deberá resolverse al cobijo del vigente artículo 8 del texto punitivo, reputando especial al citado en primer lugar.

3.º Por último, si los apartados 1.º y 2.º del artículo 461 del CP resultan de aplicación cuando sea la **parte procesal** la que presente en juicio los indicados medios de prueba falsos, su apartado 3.º incrimina idénticas conductas pero verificadas en esta ocasión por “**los abogados, procuradores, graduados sociales o representantes del Ministerio Fiscal**”, exigiéndose, obviamente, que se encuentren en el desempeño de su actuación profesional o en el ejercicio de su cargo.

6. El falso testimonio ante Tribunales internacionales o españoles, con ocasión de comisiones rogatorias remitidas por Tribunales extranjeros (art. 458.3 CP)

Al exponer el tipo básico del falso testimonio, tuvimos ocasión de analizar el ámbito de operatividad del concepto “**causa judicial**”. Pues bien, a lo expuesto en dicha sede cabría adicionar todavía la inclusión en el ámbito de lo penalmente relevante de los **falsos testimonios cometidos ante los Tribunales Internacionales o cometidos con ocasión de las comisiones rogatorias remitidas a los Jueces y Tribunales españoles por parte de los extranjeros**, tal y como previene con carácter *ex novo* el artículo 458.3 del CP, confiriendo naturaleza **extraterritorial** a estas infracciones penales.

Entre los Tribunales internacionales a los que apela este precepto cabe incardinar tanto a los que actúan con carácter permanente, como ocurre con el *Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea* o el *Tribunal de Justicia de la Haya* o el recientemente instaurado *Tribunal Penal Internacional*⁽⁶⁴⁾, como a aquellos otros puedan crearse de forma circunstancial, tal y como aconteció con el *Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia*.

V. LA RETRACTACIÓN

Finalmente, debemos concluir estas breves notas sobre los delitos de falso testimonio refiriéndonos a la reaparición de la **retractación** en nuestra legisla-

(64) En la actualidad, se encuentra en tramitación el Proyecto de Ley Orgánica 121/00001, por el que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo Texto puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), Serie A, de 26 de mayo de 2000.

ción penal ⁽⁶⁵⁾, ya conocida en el Código Penal de 1928 ⁽⁶⁶⁾, toda vez que el vigente artículo 462 dispone expresamente que ***“quedará exento de pena, el que habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forme, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas inferiores en grado”***.

El fundamento indiscutible de esta **excusa absolutoria** descansa en la idea de estimular a los testigos que han depuesto falsamente en un **proceso criminal** ⁽⁶⁷⁾, garantizándoles o bien la total impunidad o, en caso de que el reo hubiera estado privado de libertad a consecuencia precisamente de tal declaración falsa, de una atenuación de la pena hasta la inferior en grado, a cambio de que **rectifiquen su falsa declaración, sustituyéndola por otra verdadera**, a fin de potenciar no sólo el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, sino, también, los intereses de las partes afectadas por el proceso ⁽⁶⁸⁾.

(65) Sobre este particular, vid. MAGALDI, M. J. *El falso testimonio...*, op. cit. pp. 56 y ss. También, BERNALL VALLS, J. *El falso testimonio*. op. cit. pp. 190 y ss. Más recientemente, vid: HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. “La retractación en el delito de falso testimonio”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coordinadores). *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Edit. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1399 y ss.

(66) Concretamente, el artículo 399 del citado CP de 1928 poseía el siguiente tenor literal: “El testigo, perito o intérprete que haya cometido el delito de falso testimonio en contra o en favor del reo en causa criminal por delito, quedará exento de pena personal, y únicamente sufrirá la multa de 1.000 a 2.000 pesetas, según la naturaleza del proceso, si antes de declararse terminado el período de pruebas en el juicio oral, se retracta de sus manifestaciones y depone y declara la verdad, explicando satisfactoriamente cuanto exponga, a juicio del Tribunal.

El mismo efecto producirá la retractación en negocio civil o administrativo, siempre que pueda ser tomada en cuenta al dictar la resolución en el pleito o expediente de que se trate.

No obstante, si la falsa deposición hubiere originado la detención o la prisión de un inocente u otro grave daño al mismo, se impondrá en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores la pena señalada respectivamente para el reo de falso testimonio en su grado mínimo”.

(67) En este sentido, vid: BERNALL VALLS, J. *El falso testimonio*, op. cit. pp. 191 y ss. Del mismo: *El falso testimonio*, op. cit. p. 847. VIERA MORANTE, F. J. *El falso testimonio. Cambios...*, op. cit. p. 254. BENEYTEZ MERINO, L. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 4321. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal...*, op. cit. p. 890. GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la Administración de Justicia...*, op. cit. p. 520. QUINTERO OLIVARES, G. *Del Falso testimonio*, op. cit. p. 1333.

(68) Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. *La retractación...*, op. cit. p. 1403.

El tiempo máximo en el que puede operar la **retractación** es **antes de que se dicte Sentencia** y, aunque en principio pudiera obtenerse la conclusión de que sólo es aplicable a los testigos, tal impresión no resulta de recibo por cuanto supondría una manifiesta conculcación del principio de igualdad, lo cual nos inclina a considerar que su aplicación también resultaría factible respecto de los peritos y los intérpretes.

Finalmente, en esta somera referencia a la retractación, hay que reconocer que, en principio, sólo resulta operativa respecto de las falsedades vertidas en **causa criminal** ⁽⁶⁹⁾, si bien es cierto que en el plano doctrinal, se han arbitrado fórmulas paralelas tendentes a la consecución de idénticos efectos materiales respecto de las retractaciones que pudieran verificarse en el resto de órdenes jurisdiccionales. En concreto, nos referimos al expediente postulado por QUINTERO OLIVARES ⁽⁷⁰⁾, entre otros, de recurrir a la vía indirecta que nos ofrecería la aplicación a tales hipótesis de la regulación del **desistimiento en la tentativa**, contenido en el artículo 16.2. del Texto punitivo.

Siendo ausplicable y materialmente satisfactoria en sus pretensiones tal vía indirecta, recientemente ha sido contestada por otro sector de la doctrina ⁽⁷¹⁾, que partiendo de su dudosa compatibilidad con el “espíritu de la ley”, concluyen expresando que la referencia expresa del legislador a la “*causa criminal*”, cercenarían la posibilidad de aplicar la regulación del desestimiento a una situación en la que “ya existe delito consumado”. Así, no sería ya factible una plena eficacia absolutoria de las retractaciones verificadas en los restantes órdenes jurisdiccionales, pero, no obstante, sí podría dotárseles de eficacia atenuatoria a través de la apreciación de las atenuantes de **confesión** (art. 21.4 del CP) o de **reparación del daño causado** (art. 21.5 del CP), las cuales podrían, incluso, ser valoradas como muy cualificadas, al efecto de unificar al máximo las consecuencias, de *lege lata*, de las retractaciones existentes en todos los órdenes jurisdiccionales, sin perjuicio, claro está, de interesar *de lege ferenda* una ampliación en el texto de la ley del ámbito de operatividad de esta institución a toda “*causa judicial*”.

⁽⁶⁹⁾ Vid. ampliamente. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. *La retractación...*, op. cit. p. 1404.

⁽⁷⁰⁾ Vid. QUINTERO OLIVARES, G. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 1334. En el mismo sentido: BENEYTEZ MERINO, L. *Del falso testimonio*, op. cit. p. 4324. GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la Administración de Justicia...*, op. cit. p. 521.

⁽⁷¹⁾ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. *La retractación...*, op. cit. p. 1405.

VI. CONCLUSIONES

Probablemente, en éste como en cualquiera de los múltiples conflictos o disfunciones sociales que con mayor o menor fortuna intenta solucionar o, al menos, contener, esta, siempre traumática e inexorablemente necesaria, rama del Ordenamiento jurídico, intentar verificar una relación de conclusiones con cierta tendencia a la absolutez, más que una expresión de Ciencia, podría degenerar en un ejercicio de temeridad. Por ello, la prudencia nos induce, todo lo más, a invitar desde esta sede no sólo a la reflexión sino y, sobre todo, a la acción, a los diversos actores de la Administración de Justicia, a fin de minorar en la medida en la que la “ética colectiva” nos lo permita, las tres grandes concausas que al comienzo del presente artículo aislábamos como desencadenantes de la desconfianza generalizada de los Tribunales de Justicia en la fiabilidad de la prueba en general, y de la testifical y pericial, en particular.

En este orden de ideas, a los testigos, peritos e intérpretes les recordáramos no sólo su sujeción general al deber jurídico de veracidad que les compete, sino que hoy actúan en el proceso como tales, pero mañana podrá ostentar la posición de parte procesal, ansiada como todos de una Justicia recta y libre de espúreas intervenciones; por su parte, a los Jueces y Tribunales les sugeriríamos un mayor esfuerzo en la observancia del principio de inmediatez, no sólo por ser el único método factible para detectar los eventuales contubernios procesales, sino por el innegable valor, siquiera simbólico, que su figura ofrece y merece; finalmente, respecto de los Letrados, esos “hombres de negro” que día a día mueven y dan vida a la Administración de Justicia, nos limitaremos a invitarles a la reflexión —no como mero ejercicio autocatártico— en torno a la idea primigenia de los delitos de falso testimonio; a saber: la Justicia que juraron defender en los albores de su actividad profesional, se encuentra abocada necesariamente al electroenfacelograma plano, si en su búsqueda optan por transitar la senda del “todo vale”, comportamiento del que resultarán como esenciales afectados, los mismos ciudadanos cuyos intereses y derechos debieran por definición defender.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Aborto:

— SAP VALENCIA 106/2001, de 6 de marzo 264

Abuso de superioridad:

— STS 479/2001, de 20 de marzo 179

Acción penal:

— STC 115/2001, de 10 de mayo 84

Aforamiento (de magistrado):

— STS 380/2001, de 4 de abril 205

Agresión sexual:

— STS 722/2001, de 25 de abril 224

Alevosía:

— STS 479/2001, de 20 de marzo 179

Allanamiento de morada:

— SAP SEVILLA, de 8 de febrero de 2001 255

Alteraciones en la percepción:

— STS 139/2001, de 6 de febrero 111

Alzamiento de bienes:

— STS 315/2001, de 3 de marzo	153
— STS 376/2001, de 12 de marzo	163
— SAP VIZCAYA 389/2000, de 23 de noviembre	237

Apertura de paquete postal:

— STS 461/2001, de 23 de marzo	185
--------------------------------------	-----

Apropiación indebida:

— STS 399/2001, de 14 de marzo	175
— STS 679/2001, de 30 de abril	231

Asesinato (ensañamiento):

— STS 276/2001, de 27 de febrero	145
--	-----

Auto de apertura del juicio oral:

— AAP BARCELONA, de 12 de diciembre de 2000	239
---	-----

C

Cacheo:

— STS 432/2001, de 16 de marzo	176
--------------------------------------	-----

Coautoría:

— STS 382/2001, de 13 de marzo	168
--------------------------------------	-----

Concurso de leyes:

— STS 20/2001, de 28 de marzo	193
-------------------------------------	-----

Concurso ideal de delitos:

— STS 632/2001, de 16 de abril	214
— SAP VALENCIA 8/2001, de 18 de enero	247

Cumplimiento íntegro de las penas:

— STS 132/2001, de 6 de febrero	109
---------------------------------------	-----

D

Declaraciones policiales:

— STS 345/2001, de 25 de abril	222
--------------------------------------	-----

Delito continuado:

— STS 670/2001, de 19 de abril	219
— STS 679/2001, de 30 de abril	231

Delito de tortura:

— STS 701/2001, de 23 de abril	220
--------------------------------------	-----

Delitos contra el medio ambiente:

— SAP VALENCIA 8/2001, de 18 de enero	247
---	-----

Delitos contra los derechos de los trabajadores:

— SAP BARCELONA, de 23 de enero de 2001	248
— SAP VALENCIA 92/2001, de 6 de abril	267

Delitos relativos a la ordenación del territorio:

— SAP VALENCIA 7/2001, de 17 de enero	246
---	-----

Delitos relativos a la propiedad intelectual:

— STS 529/2001, de 2 de abril	196
— SAP VALENCIA 336/2000, de 29 de diciembre	244

Delitos societarios:

— SAP MADRID 1830/2000, de 18 de diciembre	242
— SAP MADRID 54/2001, de 20 de febrero	263

Derecho a un juez imparcial:

— STS 179/2001, de 13 de febrero	122
— STS 274/2001, de 27 de febrero	142
— STS 367/2001, de 22 de marzo	181

Derecho al doble grado de jurisdicción:

— STS 762/2001, de 30 de abril	233
--------------------------------------	-----

Derecho al honor:

— STS 192/2001, de 14 de febrero	126
--	-----

Derecho de defensa:

— STC 143/2001, de 18 de junio	101
— STS 469/2001, de 26 de marzo	186

Desobediencia:

— STS 263/2001, de 24 de febrero	136
— SAP SEVILLA 52/2001, de 31 de enero	249

Detención ilegal:

— STS 164/2001, de 5 de marzo	155
— STS 610/2001, de 10 de abril	212

Dilaciones indebidas:

— STS 183/2001, de 8 de febrero	114
---------------------------------------	-----

Dolo (inferencia):

— STS 382/2001, de 13 de marzo	170
--------------------------------------	-----

E

Encubrimiento:

— STS 1655/2000, de 22 de febrero de 2001	134
---	-----

Entrada y registro:

— STS 265/2001, de 27 de febrero	140
— STS 389/2001, de 13 de marzo	172
— STS 427/2001, de 13 de marzo	173
— STS 453/2001, de 16 de marzo	177
— STS 550/2001, de 3 de abril	202
— STS 640/2001, de 16 de abril	217

Entrada y registro (en buque mercante extranjero):

— STS 473/2001, de 26 de marzo	188
--------------------------------------	-----

Estafa:

- STS 360/2001, de 27 de abril 228
- SAP MADRID 16/2001, de 8 de febrero 253

F

Falsedad en documento mercantil:

- STS 289/2001, de 23 de febrero 135

I

Impago de pensiones:

- STS 185/2001, de 13 de febrero 124
- SAP MADRID 121/2001, de 6 de marzo 266

Imprudencia punible:

- STS 308/2001, de 26 de febrero 138
- STS 632/2001, de 16 de abril 214

Indefensión:

- STC 130/2001, de 4 de junio 99

Intervención telefónica:

- STS 165/2000, de 10 de febrero de 2001 120
- STS 698/2001, de 28 de abril 229

Intrusismo:

- SAP MADRID 46/2001, de 1 de febrero 251

J

Juicio en ausencia:

- STS 112/2000, de 3 de febrero de 2001 105

Juicio oral (suspensión):

- STS 520/2001, de 26 de marzo 190

L

Legitimación procesal:

- STC 129/2001, de 4 de junio 97
- AAP MADRID 491/2000, de 14 de noviembre 235

Lesiones (deformidad):

- STS 442/2001, de 22 de marzo 184

M

Multa:

- STC 108/2001, de 23 de abril 82

O

Omisión punible:

- SAP BARCELONA, de 20 de febrero de 2001 260

P

Prescripción:

- STS 492/2001, de 27 de marzo 192
- STS 629/2001, de 9 de abril 209

Principio acusatorio (modificación de conclusiones):

- STS 284/2001, de 28 de febrero 147

Principio de inmediación:

- STS 408/2001, de 12 de marzo 165

Prisión provisional:

- STC 94/2001, de 2 de abril 75

	Página
Procedimiento abreviado:	
— STC 118/2001, de 21 de mayo	90
Prueba (proposición):	
— STS 328/2001, de 6 de marzo	156
Prueba pericial:	
— STS 311/2001, de 2 de marzo	149
— STS 1511/2000, de 7 de marzo de 2001	161
Prueba testifical:	
— STS 183/2001, de 8 de febrero	114
— STS 662/2001, de 6 de abril	208
R	
Reconocimiento en rueda:	
— STS 220/2001, de 19 de febrero	130
Recurso de aclaración:	
— STS 742/2001, de 30 de abril	230
Recurso de apelación:	
— STC 101/2001, de 23 de abril	77
Reformatio in peius:	
— STS 153/2001, de 9 de febrero	118
Refundición de condenas:	
— STS 209/2001, de 17 de febrero	129
— STS 343/2001, de 7 de marzo	160
Régimen penitenciario:	
— STC 106/2001, de 23 de abril	78
— AAP MADRID 271/2001, de 9 de febrero	256
Reincidencia:	
— STS 415/2001, de 12 de marzo	167

Responsabilidad civil:

— STS 144/2001, de 7 de febrero	113
— STS 786/2001, de 8 de febrero	116
— STS 632/2001, de 16 de abril	214
— SAP MADRID 628/2000, de 13 de diciembre	241

Responsabilidad penal del menor:

— STS 311/2001, de 2 de marzo	151
-------------------------------------	-----

Retroactividad de la ley mas favorable:

— STS 113/2001, de 3 de febrero	106
---------------------------------------	-----

Robo con violencia o intimidación:

— STS 39/2001, de 21 de febrero	132
---------------------------------------	-----

S

Simulación de delito:

— SAP BARCELONA, de 13 de febrero de 2001	259
---	-----

Suplicatorio:

— STC 123/2001, de 4 de junio	94
-------------------------------------	----

T

Tribunal del jurado:

— STS 132/2001, de 6 de febrero	107
---------------------------------------	-----

V

Violencia doméstica:

— STS 164/2001, de 5 de marzo	155
-------------------------------------	-----

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 94/2001 de la Sala 2.^a del TC de 2 de abril de 2001
(BOE 1 de mayo de 2001) (Recurso de amparo 1825/1999)**

PRISIÓN PROVISIONAL INSUFICIENTEMENTE MOTIVADA.

Arts. 503, 504 y 528 LECrim.; 17.1 y 24.2 CE

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

SÍNTESIS

Con cita de la más reciente doctrina constitucional se declara vulnerado el derecho a la libertad personal a consecuencia de prisión provisional insuficientemente motivada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. La recentísima STC de esta Sala 61/2001, de 26 de febrero, resumen, a su vez, de la doctrina general de este Tribunal, cuyo FJ 3 dice sobre el particular lo siguiente:

“(…) la constitucionalidad de la prisión provisional exige el cumplimiento de determinados requisitos:

a) Es necesario que su configuración y aplicación tengan como presupuesto la exis-

tencia de indicios racionales de la comisión de la acción delictiva y que su objetivo sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida. En concreto, se ha señalado que estos riesgos a prevenir son la sustracción a la acción de la Administración de la Justicia, la obstrucción de la Justicia penal y la reiteración delictiva (últimamente en la STC 207/2000, de 24 de julio, FJ 6).

b) Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada. Para que la motivación se

considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la Administración de justicia penal y la evitación de hechos delictivos por otro) y que esta ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional [SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4.b), y 47/2000, FJ 2].

Entre los criterios que este Tribunal ha considerado relevantes para el enjuiciamiento de la suficiencia y razonabilidad de la motivación se encuentran, en primer lugar, las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se amenaza y, en segundo lugar, 'las circunstancias concretas y las personales del imputado'. Ahora bien, este último criterio puede no ser exigible en un primer momento, por no disponer el órgano judicial de tales datos. Por ello se ha afirmado que, si bien en ese primer momento la medida de la prisión provisional puede justificarse atendiendo a criterios objetivos, como la gravedad de la pena o el tipo de delito, en un momento posterior el paso del tiempo obliga a ponderar, no sólo si se han modificado estas circunstancias sino también las circunstancias personales conocidas en ese momento (SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6, 62/1996, de 16 de abril, FJ 5).

c) De igual manera debe señalarse que en estos supuestos la falta de motivación suficiente y razonable no supondrá sólo un problema de falta de tutela (art. 24.1 CE) sino fundamentalmente, un problema de lesión del derecho a la libertad (art. 17.1 CE), por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante para la misma [SSTC 128/1995, FJ 4.a); 37/1996, FJ 5; 62/1996, FJ 2; 158/1996, de 15 de octubre, FJ 3]. Por otra parte, debe indicarse también que el control que este Tribunal debe ejercer ha de limitarse a verificar que la decisión ha

sido adoptada de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de esta institución, ya que no corresponde a este Tribunal determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de esa decisión (SSTC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 2; 56/1997, de 17 de marzo, FJ 12; 142/1998, de 29 de junio, FJ 4; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 3; 19/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 71/2000, de 13 de marzo, FJ 8, y 231/2000, de 2 de octubre, FJ 7)".

7. Basta comparar el contenido de los Autos transcritos con las exigencias de nuestra doctrina que se acaba de exponer, para poner en evidencia que en ellos no se cumplen los mínimos de motivación que dicha doctrina proclama.

Está ausente de dichos Autos la necesaria ponderación de los intereses en juego, limitándose en realidad a una referencia en exceso sintética a la cuantía de la pena, los antecedentes del recurrente en cuanto criterio de peligrosidad y la garantía de la presencia en el juicio; pero todo ello en unos términos de generalidad y de falta de individualización que no se adecúan a las exigencias de nuestra doctrina. Esa generalización resulta especialmente perceptible en cuanto a la alusión al fin de garantizar la presencia en el juicio, cuando se trata de un interno que está cumpliendo condena por otro delito, con lo que sólo por ese motivo la garantía de su presencia en el juicio resulta completa. Es difícil de explicar que las alegaciones del recurrente al respecto en la apelación no merecieran ninguna respuesta, lo que es exponente claro de la utilización de fórmulas vagas, inaceptables si se parte del valor fundamental de la libertad, y del rigor exigible para la motivación de las medidas que la restrinjan.

Ha de concluirse así que se ha producido la vulneración del derecho de libertad personal, contra la que el actor demanda nuestro amparo, que debe serle otorgado, con la con-

secuente anulación del Auto recurrido, lógicamente extensible al contenido cuestionado de los Autos que a través de la cadena de sucesivos recursos han desembocado en él.

Naturalmente la anulación de dichos Autos no afecta a la privación de libertad del recurrente por causas distintas a las que han dado lugar a este amparo.

**Sentencia 101/2001 de la Sala 1.ª del TC de 23 de abril de 2001
(BOE 29 de mayo de 2001) (Recurso de amparo 1944/1997)**

ADHESIÓN A LA APELACIÓN.

Arts. 795.4 LECrim.; 24.1 CE

Ponente: **Excma. Sra. Dña. M.ª Emilia Casas Baamonte**

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión alegado por el recurrente al constatarse que no tuvo oportunidad de contradecir y ejercer su derecho de defensa frente a la apelación adhesiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente demanda de amparo, (...) plantea la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Esta lesión se habría producido al no darse al recurrente oportunidad para contradecir y ejercer su derecho de defensa frente a la pretensión introducida en el escrito de adhesión a la apelación formulado por la compañía aseguradora “Caser, S.A.”, con base en la cual la Audiencia Provincial de Almería dictó Sentencia en la que, modificando parcialmente la dictada en primera instancia, condenó al recurrente como responsable civil único respecto de los daños causados en el vehículo siniestrado de la otra parte.

3. (...) constituye doctrina consolidada de este Tribunal, en primer término, que si bien la configuración del contenido y alcance de la apelación adhesiva es cuestión que pertenece al ámbito de la interpretación de la legalidad ordinaria que incumbe a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE), la adecuación al derecho a la tutela judicial efectiva de la admisión de la adhesión a la apelación está condicionada a que exista la posibilidad de debatir y contradecir las pretensiones en ella formuladas, de modo que las partes tengan oportunidad de defenderse con posibilidad de rebatir las pretensiones y fundamentaciones de quienes se adhieren a la apelación principal (SSTC 162/1997, de 30 de octubre, FFJJ 3 y 4; 56/1999, de 12 de abril, FJ 3; 16/2000, de 31 de enero, FJ 6; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 93/2000, de 10 de abril,

FJ 4). Como recuerda la STC 56/1999 (FJ 4), no es óbice para ello la circunstancia de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevea en su art. 795.4 que se dé traslado del escrito de adhesión al recurso, pues «la necesidad de tal trámite resulta de una interpretación de la norma a la luz de los preceptos y principios constitucionales», al ser obligado, en todo caso, preservar el principio de defensa en el proceso según lo dispuesto en el art. 24.1 CE.

La lesión del derecho a la tutela judicial efectiva no se ocasiona por haber admitido la adhesión a la apelación, ni por haberse dictado Sentencia acogiendo las pretensiones de dicha adhesión, ni siquiera porque con ello se empeore la situación, en este caso, del apelado, sino sólo en la medida en que dicho empeoramiento se haya producido sin que aquél que ve su situación jurídica modificada negativamente respecto del pronunciamiento judicial apelado haya tenido oportunidad de defenderse frente a las pretensiones de la adhesión a la apelación con base en las cuales el Tribunal de apelación vio ampliadas sus facultades de cognición y con estimación de las cuales se produjo tal empeoramiento.

4. En atención a dicha razón de decidir y a la luz de las actuaciones del presente caso, ha de estimarse el amparo solicitado. En efecto, en el escrito de adhesión de la apelación formulado por “Caser, S.A.”, además de impugnarse el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular, la ci-

tada aseguradora introdujo una pretensión autónoma, consistente en que se le eximiera de responsabilidad civil por los daños causados en el vehículo siniestrado y se condenara exclusivamente por ellos al conductor del vehículo causante del siniestro, por cuanto, como consta en los hechos probados de la Sentencia de primera instancia, el accidente se ocasionó estando el conductor embriagado y ello, de conformidad con las cláusulas del seguro, es causa de exención de su responsabilidad. De otra parte, se verifica también que no se notificó al demandante de amparo dicho escrito de adhesión a la apelación, por lo que no tuvo conocimiento del mismo en dicho momento. Se comprueba igualmente que la apelación se sustanció sin vista oral. Y, por último, de la lectura de la Sentencia deriva que el condenado en primera instancia como responsable civil vio agravada su condena al resultar único condenado al pago de los daños en el vehículo accidentado, propiedad de la acusación particular.

De todo ello se concluye que la situación jurídica del demandante de amparo ha resultado empeorada como consecuencia de la apelación adhesiva de la compañía aseguradora “Caser, S.A.”, sin haber tenido oportunidad de contradecirla y ejercer su derecho de defensa frente a dicha apelación adhesiva en ningún momento del procedimiento. Por consiguiente, hemos de apreciar la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Sentencia 106/2001 de la Sala 2.^a del TC de 23 de abril de 2001 (BOE 29 de mayo de 2001) (Recurso de amparo 3199/1998)

SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO.

Arts. 18.3 y 25.2 CE y 51 LOGP

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

SÍNTESIS

Se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional en torno al alcance y límites del derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. Delimitado en los términos expuestos el objeto del presente recurso, es necesario traer a colación la reiterada doctrina constitucional, que constituye ya un cuerpo jurisprudencial consolidado, sobre el derecho al secreto de las comunicaciones de los ciudadanos reclusos en un centro penitenciario y los requisitos que deben cumplir los Acuerdos o medidas de intervención de las mismas (SSTC 183/1994, de 20 de junio; 127/1996, de 9 de julio; 170/1996, de 29 de octubre; 128/1997, de 14 de julio; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 58/1998, de 16 de marzo; 141/1999, de 22 de julio; 188/1999, de 25 de octubre; 175/2000, de 26 de junio; ATC 54/1999, de 8 de marzo).

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

afectada por las limitaciones expresamente mencionadas en el art. 25.2 CE.

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

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

orden del establecimiento. Por su parte, el art. 51.5 LOGP permite que tales comunicaciones sean intervenidas motivadamente por el Director del centro penitenciario, dando cuenta a la autoridad judicial competente. En suma, el citado precepto legal permite la intervención de las denominadas comunicaciones genéricas por razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, configurándose tales supuestos, por lo tanto, como causas legítimas para ordenar la intervención de las comunicaciones de un interno.

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

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

De otra parte, la necesidad legal de la comunicación de la medida adoptada a la autoridad judicial competente ha de ser inmediata, con el objeto de que ésta ratifique, anule o subsane la decisión administrativa, es decir, ejerza con plenitud su competencia revisora sobre la restricción del derecho fundamental, articulándose, pues, como una au-

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

d) En relación con el límite temporal de la medida de intervención debe recordarse que el mantenimiento de una medida restrictiva de derechos, como la analizada, más allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de los fines que la justifican

podría lesionar efectivamente el derecho afectado (SSTC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 4; 41/1996, de 12 de marzo, FJ 2). En este sentido, los arts. 51 y 10.3 LOGP y 41 y ss. RP de 1996 llevan implícita la exigencia del levantamiento de la intervención en el momento en que deje de ser necesaria por cesación o reducción de las circunstancias que la justificaron, en cuanto se justifica exclusivamente como medida imprescindible por razones de seguridad, buen orden del establecimiento o interés del tratamiento. Por todo ello, este Tribunal Constitucional ha venido exigiendo que, al adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones, se determine el período de su vigencia temporal, aunque para ello no sea estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización, sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención. El Acuerdo puede, pues, en determinados casos sustituir la fijación de la fecha por la especificación de esa circunstancia, cuya desaparición pondría de manifiesto que la medida habría dejado de ser necesaria (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5; ATC 54/1999, de 8 de marzo).

e) Por último, la exigencia de motivación de la medida no sólo se convierte ex art. 51.5 LOGP en presupuesto habilitante de toda restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, sino que, aunque faltase esa precisión legal, su concurrencia vendría exigida por la propia Constitución, ya que su ausencia o insuficiencia afecta al propio derecho fundamental en la medida en que sin ella el recluso que ve limitado el ejercicio de un derecho desconoce la razón de esa restricción y los órganos judiciales encargados de efectuar el control relativo a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida carecen de datos indispensables para llevar a cabo esta tarea, que es el objeto principal del control jurisdiccional.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha insistido en la importancia y necesidad de la motivación de la medida de intervención, no sólo porque ello permite acreditar las razones que justifican la medida de restricción del derecho, sino, además, porque constituye el único medio para constatar que la ya limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un centro penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva.

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

por parte de la Administración, pues los referidos datos pueden completarse con los que de forma clara y manifiesta estén en el contexto en el que se ha dictado el Acuerdo

(SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FFJJ 5 y 6; 128/1997, de 14 de julio, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5).

**Sentencia 108/2001 de la Sala 2.^a del TC de 23 de abril de 2001
(BOE 29 de mayo de 2001) (Recurso de amparo 1772/1999)**

MOTIVACIÓN DE LA PENA DE MULTA.

Art. 50 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carles Viver Pi-Sunyer**

SÍNTESIS

Se otorga el amparo por faltar en la sentencia recurrida toda referencia a los criterios que llevan al juzgador a determinar la cuantía concreta de cada cuota de multa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. En el presente caso, la Sentencia condenatoria aplicó el sistema de pena denominado días-multa, introducido en el Código Penal de 1995 siguiendo a otros ordenamientos de la Europa continental, como una forma de sanción pecuniaria que pretende reducir el impacto desigual sobre las personas y la dificultad de garantizar el pago efectivo. Su imposición exige al Juez o Tribunal una doble valoración: por un lado, la determinación de la extensión temporal (art. 50.5 CP) atendiendo, básicamente, a la gravedad del delito y a las circunstancias modificativas de la responsabilidad, aplicando las reglas previstas en el mismo Código; y, por otro lado, la fijación del importe de las cuotas que corresponde satisfacer al conde-

nado por cada período temporal, magnitud que se determina teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos y obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales (art. 50.5 CP).

El demandante de amparo fue condenado por el Juzgado de lo Penal como autor responsable de un delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas (art. 379 CP), a la pena de cuatro meses de multa a razón de una cuota diaria de mil pesetas, con responsabilidad personal subsidiaria de setenta y cinco días en caso de impago, así como a la privación del permiso conducir durante un año y un día; y como autor de una falta de circulación sin seguro obligatorio (art. 636 CP) a la pena de un mes de

multa con cuota diaria de mil pesetas, con una responsabilidad personal de quince días para el caso de impago. La resolución fundamenta de forma razonada los hechos declarados probados y su calificación jurídica, así como la pena impuesta, que es la señalada al tipo de delito consumado, sin que concurren en el caso circunstancias modificativas de la responsabilidad. En este aspecto, y de acuerdo con los criterios que debe seguir nuestro control, nada puede reprocharse a la determinación de la extensión temporal de la pena por parte del órgano sentenciador, que cumple debidamente las exigencias constitucionales de motivación derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, de acuerdo con la jurisprudencia citada.

En lo referente a la determinación del importe de las cuotas que corresponde satisfacer al condenado por cada período temporal, la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, como alega el Ministerio Fiscal, no aporta criterio alguno para delimitar la cantidad fijada, mientras la Sentencia de la Audiencia Provincial declara que la cuantificación efectuada en instancia “resulta ajustada a derecho y ponderada a las circunstancias del hecho y de la persona del acusado”, sin especificar cuáles fueron las concretas circunstancias que se tuvieron en cuenta para individualizar las cuotas. En este extremo, las resoluciones incumplirían las exigencias del art. 50.5 CP, precepto que establece la obligación de los Jueces o Tribunales de fijar motivadamente en la Sentencia el importe de las cuotas “teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo”.

Tal incumplimiento adquiere también relieve constitucional por cuanto la falta de motivación en la imposición de este tipo de pena supone la ausencia de los elementos y

razones de juicio que permiten conocer los criterios de la decisión judicial —resultado de una indagación de la capacidad económica del reo— y garantizan su posterior control a través de los recursos. La ausencia de motivación en la fijación del importe de las cuotas correspondientes a la pena de días-multa incumple el deber reforzado de motivación de las Sentencias penales condenatorias, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta aquí, a través de la responsabilidad personal subsidiaria, con el derecho a la libertad personal. Por otro lado, como ya hemos declarado, el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez a la hora de adoptar una decisión —en este caso, la de fijar una cuota diaria entre doscientas pesetas y cincuenta mil pesetas (art. 50.4 CP)— no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda arbitrariedad (SSTC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2).

Por todo ello, la ausencia total de motivación sobre los criterios de determinación de las cuotas diarias finalmente fijadas en las Sentencias impugnadas ha redundado en una lesión del derecho del recurrente a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada y fundada en Derecho, y, en consecuencia, procede estimar el presente recurso de amparo, anulando la Sentencia de 5 de abril de 1999 de la Audiencia Provincial de Madrid en lo referente a la cuantificación de las cuotas diarias fijadas en la pena de multa, para que ésta resuelva de nuevo sobre tal extremo de forma motivada y acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

**Sentencia 115/2001 del Pleno del TC de 10 de mayo de 2001
(BOE 8 de junio de 2001) (Recurso de amparo 1876/1998)**

LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR LOS MILITARES
(CUESTIÓN INTERNA DE INCONSTITUCIONALIDAD).

Arts. 108.2 LO 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción militar; 127.1 LO 2/1983, Procesal militar; 14, 24.1 y 117.5 CE; 55.2 LOTC

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

SÍNTESIS

Con ocasión de la demanda de amparo deducida por el recurrente (militar) contra órganos de la jurisdicción castrense que denegaron su personación como acusación particular, se constata la contradicción de las normas aplicadas (arts. 108.2 LO 4/1987 y 127.1 LO 2/1983) con los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva. En consecuencia y de conformidad con lo previsto en el art. 55.2 LOTC, el Pleno del TC plantea cuestión interna de inconstitucionalidad respecto de los preceptos referidos al tiempo que otorga el amparo al recurrente. (Contiene dos votos particulares, de D. Manuel Jiménez de Parga y de D. Vicente Conde Martín de Hijas, al primero de los cuales se adhieren otros dos magistrados).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El recurrente, Cabo Primero de la Guardia Civil, que había formulado denuncia contra Oficiales del Instituto Armado como presuntos responsables de hechos delictivos por los que resultó ofendido, vio rechazada su pretensión de comparecer como acusador particular en el proceso penal militar al efecto tramitado, una vez aceptada la inhibición a favor de la jurisdicción militar que declaró el Juez de Instrucción núm. 18 de los de Madrid. Tal denegación de su pretendida condición de parte acusadora se produjo mediante sendos Autos, dictados por el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 13,

en las diligencias previas número 13/11/98, de fecha 30 de enero de 1998, y por la Sección Primera del Tribunal Militar Territorial Primero en 27 de febrero siguiente, al desestimar el recurso de queja formulado por el referido suboficial y hoy demandante de amparo. Ambas resoluciones judiciales fundaron la denegación en lo dispuesto por el art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante, LOJM), y por el art. 127, párrafo 1, de la también Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (en adelante, LOPM), preceptos que vedan la comparecencia en concepto de acusador particular y

actor civil “cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación”, en los términos del último de los preceptos legales citados.

(...) como verdadero problema o cuestión de fondo, propugna la inconstitucionalidad de las normas aplicadas, por hallarse en contradicción con el art. 24.1 y 2 en relación con el art. 117.5 de la Constitución, pretendiendo de la Sala que eleve al Pleno del Tribunal oportuna cuestión interna de inconstitucionalidad de los mencionados preceptos, con base en lo dispuesto por el art. 55.2 LOTC.

(...)

4. La cuestión se desplaza así al plano, de mayor enjundia constitucional, de si tales preceptos contradicen las exigencias del principio de igualdad (art. 14 CE), y del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), igualmente predicable y exigible, obvio es decirlo, de los órganos de la jurisdicción militar, con las peculiaridades propias de esta jurisdicción especial. Importa, ante todo, transcribir el contenido de los preceptos legales cuya inconstitucionalidad se propugna por el demandante de amparo.

El art. 108, en su segundo párrafo, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, dispone:

“No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria”.

Por su parte, el art. 127, en su primer párrafo, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, establece:

“Salvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organi-

zación de la Jurisdicción Militar, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones”.

Conviene subrayar que esta relación de subordinación no se refiere exclusivamente al supuesto en que el ofendido o perjudicado se encuentre en una situación jerárquicamente inferior a la del inculpado, sino que la excepción también comprende la hipótesis inversa.

De otra parte, la exigencia de que exista una relación de subordinación entre agraviado e inculpado, siendo ambos militares, como requisito *sine qua non* para la aplicación de esa excepción a la regla general que permite al ofendido mostrarse parte en el proceso penal, pone de manifiesto la circunstancia de que el legislador ha querido atender a determinada singularidad propia de la jurisdicción castrense, estimando que, en virtud del *status* en que se encuentran los militares afectados, es plenamente constitucional introducir ciertas restricciones o limitaciones al ejercicio de la acción penal.

5. Cualquier análisis sobre la tacha de inconstitucionalidad de los mencionados preceptos legales, ha de tomar en consideración lo establecido por el art. 117.5 CE, que obliga al legislador a regular el ejercicio de la jurisdicción militar “de acuerdo con los principios de la Constitución”, tal como declaró la STC 113/1995, de 6 de julio, de manera que la alegada vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE y del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24 CE ha de ser enjuiciada partiendo de la indicada premisa constitucional, que es reiterada por el art. 1 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, Ley Orgá-

nica 4/1987, a cuyo tenor “La jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial del Estado, administra justicia en nombre del Rey, con arreglo a los principios de la Constitución y a las leyes”. La primera perspectiva de nuestro enjuiciamiento ha de venir referida al principio de igualdad en la ley, exigido por el art. 14 de la Constitución, a fin de determinar si al introducir una exclusión a la genérica facultad de constituirse como acusador particular y ser parte en el proceso penal militar, el legislador ha conculcado el mencionado principio constitucional.

6. La presencia en el proceso penal, tanto el ordinario o común como el militar, de quienes suelen calificarse como partes contingentes o no necesarias (es decir, las diversas al Ministerio Fiscal y al acusado), implica la atribución o reconocimiento de un derecho de configuración legal, susceptible, pues, de ejercicio en los términos en que aparezca regulado por el legislador.

Pues bien, ciñéndonos ya al proceso penal militar, y a diferencia de lo que acontece con la acción pública, en que el silencio que sobre ella guarda la Ley Procesal Militar no determina vulneración constitucional alguna (STC 64/1999, de 26 de abril), el legislador, tanto en el art. 108, párrafo 2 LOJM, como en el art. 127 LOPM, ha admitido, mediante un reconocimiento expreso y generalizado, el ejercicio, por el ofendido por un delito o falta de competencia de la jurisdicción castrense, de la acusación particular, es decir, ha reconocido el agraviado por el hecho punible la facultad de mostrarse parte en la causa penal a efectos de ejercitar la acción penal y eventualmente la acción civil aneja. Así se reconoce, en términos semejantes a lo dispuesto por el art. 109 LECrim, y de manera inequívoca por el último de los preceptos mencionados, según el cual: “Salvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o dere-

chos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar”, añadiendo, en su inciso final, que a tal efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones.

El problema de constitucionalidad no radica en el transcrito texto del precepto, formulado en similares términos a los del art. 108, párrafo 1, LOJM, sino en la salvedad o excepción que, a renglón seguido, se introduce por el legislador para establecer una exclusión a dicho régimen, es decir, para impedir el ejercicio por el ofendido o víctima del delito de la acusación particular “cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación”.

(...)

8. Debemos determinar, pues, si esta exclusión del régimen reconocido de manera general para el ejercicio de la acusación particular en el proceso penal militar, encuentra suficiente justificación, de carácter objetivo y razonable, para no infringir el principio constitucional de igualdad ex art. 14 CE, dado que la excepción así configurada viene a establecer dos grupos diversos de personas respecto del ejercicio de la acción penal en su condición de ofendidos por un delito de naturaleza militar; de modo que se introduce un régimen desfavorable para los militares vinculados entre sí por relación de subordinación, que implicaría un trato discriminatorio si no encontrase justificación bastante en el principio de disciplina y jerarquía propio de la institución militar en que aparece inspirado.

De este modo, el núcleo de la controversia es si, como sostiene el Ministerio Fiscal, la exclusión que al ejercicio de la acusación particular se establece por los mencionados preceptos legales, encuentra o no razonable justificación en la necesidad de salvaguardar la disciplina y jerarquía de la institución militar, con la finalidad de evitar el enfrentamiento jurisdiccional, en su condición de partes procesales, entre quienes se hallan

vinculados por relación de subordinación en el seno de las Fuerzas e Institutos Armados.

A tal efecto, no cabe cuestionar que la disciplina es un valor imprescindible en toda organización jerarquizada que, en el caso de las Fuerzas Armadas, se convierte en un ineludible principio configurador, sin cuya garantía y protección se dificulta el cumplimiento de los cometidos que constitucional y legalmente tienen asignados por el art. 8.1 CE. Por ello, si bien la particular relación de sujeción especial en que se encuentran los militares no puede ser aducida como fundamento para justificar toda limitación al ejercicio de sus derechos fundamentales, no cabe considerar contrarias a dichos derechos, aquellas disposiciones legales limitativas de su ejercicio que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de su misión (SSTC 21/1981, de 15 de junio, FJ 15, y 31/2000, de 3 de febrero, FJ 4), entre las que, indudablemente, han de situarse todas las que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar ese valor esencial en toda institución militar, que es la disciplina.

Sin embargo, del carácter esencial que tiene la disciplina en los Cuerpos e Institutos armados no se deriva que, frente al régimen general de reconocimiento en la jurisdicción castrense del derecho a ejercitar la acusación particular y comparecer como parte en el procedimiento, tal régimen deba excepcionarse cuando entre inculpado y ofendido medie una relación de subordinación jerárquica. Es, por lo tanto, imprescindible indagar por qué la oposición entre partes, con sujeción a las normas procesales y bajo la autoridad de un Juez o Tribunal, puede suponer riesgo cierto de menoscabo o deterioro de la disciplina militar, a cuyo fin resulta imprescindible partir de un concepto jurídico de esta última en su proyección a la esfera procesal de la jurisdicción militar. Obviamente, no corresponde a este Tribunal elaborar, previa interpretación de las distintas disposiciones legales, un concepto jurídico de disciplina propio de la institución militar, pues esa tarea hermenéutica corres-

ponde exclusivamente a los órganos de la jurisdicción castrense y, en particular, a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que sienta la doctrina jurisprudencial en relación con su significado jurídico. Resumiendo ahora una consolidada línea jurisprudencial, cabe decir que el concepto de disciplina hace referencia a la observancia del conjunto de reglas y preceptos a los que un militar debe acomodar su conducta y, por tanto, a la idea de “respeto mutuo que preserve el principio de jerarquía” (STS de 21 de noviembre de 1996).

9. Pues bien, así entendida la disciplina militar se impone, ante todo, una consideración previa. La relación jerárquica entre los miembros de la institución militar, exteriorizada en el rango atribuido por los diversos empleos militares en que se halla estructurada y en el mando a ellos asociado, cumple su cometido en el ámbito que le es propio, es decir, en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar, para lograr de este modo tanto la plena operatividad del principio constitucional de eficacia que se predica de dicha Administración, al igual que de las restantes (art. 103.1 CE), como el efectivo y cabal cumplimiento de la misión encomendada por el art. 8.1 de nuestra Constitución a las Fuerzas Armadas. Por ello, el mencionado principio de la disciplina militar no debe extravasarse su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones, y ello aunque tal proceso, como el sustanciado por la jurisdicción militar en averiguación y castigo de los delitos y faltas militares, ofrezca algunas peculiaridades, que deberán, en todo caso, atenerse a la exigencia del art. 117.5 CE, de estar reguladas “de acuerdo con los principios de la Constitución”.

No cabe olvidar, por otra parte, que el posible menoscabo de la disciplina militar que pudiera hallar justificación en una anterior configuración de la jurisdicción militar, en cuanto directamente vinculada ésta a los

Mandos militares, no encuentra en nuestro actual Ordenamiento jurídico respaldo alguno, por cuanto tal jurisdicción es desempeñada en la actualidad por Juzgados Togados y Tribunales Militares dotados de independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional y desvinculados por completo del Mando militar.

10. Habida cuenta de lo expuesto, no se alcanza a comprender la razón de que dicho principio de jerarquía y disciplina militar sea puesto en entredicho por la circunstancia de que se reconozca la condición de parte procesal, en un procedimiento penal militar, a quien como el recurrente pretende ejercer la acción penal como ofendido frente a otro militar, de superior empleo, y a quien se imputa responsabilidad por la lesión de bienes y derechos de la víctima a consecuencia de la presunta comisión del hecho delictivo objeto de denuncia y consecuente averiguación, pero con el que media una relación de subordinación jerárquica. En primer lugar, porque si la disciplina se configura, en este contexto, como expresión de acatamiento a las reglas externas e internas que configuran el propio Instituto armado, la jurisdicción castrense es, en cierto modo, el instrumento más adecuado para la defensa de esa disciplina, por lo que, sólo poniendo en duda la condición y aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su cometido, como jurisdicción sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa (por todas, SSTC 60/1991, de 14 de marzo, y 113/1995, de 6 de julio), es posible apreciar que el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica es causa de potencial deterioro de la disciplina militar.

En segundo término, porque la vigente regulación incurre en el siguiente contrasentido: como el art. 14.1 LOJM prevé que “la jurisdicción a que está atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave conocerá de los deli-

tos conexos”, puede suceder que la jurisdicción penal ordinaria juzgue, por conexión, de delitos militares, en cuyo caso no opera la exclusión de los arts. 108.2 LOJM y 127.1 LOPM. Y, finalmente, porque en el ámbito de la prueba, la propia LOPM permite los careos entre inferior y superior, cuidando el Juez Togado “especialmente de que en modo alguno se produzca quebranto de la disciplina y de que el careado de inferior empleo no se vea coartado en sus manifestaciones” (art. 179 LOPM); a lo que se ha de añadir que, en la mayoría de los procesos penales iniciados por denuncia, el ofendido, aunque no comparezca como parte lo hará normalmente en calidad de testigo de la acusación pública, por lo que tampoco se salvaguarda en tales casos la imagen pretendidamente lesiva de la disciplina, de un inferior que litiga con un superior o la situación inversa.

Atendido lo expuesto, ha de concluirse que no existe justificación razonable y objetiva que legitime constitucionalmente la exclusión, en el supuesto enunciado, del ejercicio de la acusación particular por el ofendido o víctima del delito que, como el demandante de amparo, pretende mostrarse parte en el procedimiento penal militar iniciado en virtud de su denuncia, y siendo ello así, tal exclusión o prohibición vulnera el principio de igualdad en la ley garantizado por el art. 14 de la Constitución.

11. La exclusión del ejercicio de la acusación particular que, frente al régimen legal general, efectúan los preceptos de repetida cita incide, por otra parte, en la facultad de formular pretensiones ante los órganos jurisdiccionales para, si son admitidas y mediante el adecuado proceso, obtener de ellos una tutela judicial efectiva y sin indefensión garantizada por el art. 24.1 CE. Por ello, y con independencia de que la legitimidad constitucional de dicha exclusión o prohibición hubiera requerido de una justificación asentada en poderosas razones, orientadas a la protección de bienes o derechos constitucionalmente relevantes, la eliminación de

tal facultad de constituirse en parte procesal para formular la acusación particular produce, como consecuencia, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ex art. 24.1 CE, al impedir, con un resultado falto de proporcionalidad, el ejercicio de la acción penal a determinados miembros de la institución militar.

(...)

12. La prohibición de mostrarse parte en la causa penal seguida ante la jurisdicción militar comprende también, como expresamente disponen los dos preceptos legales a que venimos aludiendo, el ejercicio de la acción civil, en sí misma considerada, que es remitida para su ejercicio a la jurisdicción ordinaria (art. 108, párrafo 2, inciso final LOJM).

Pues bien, esta prohibición o exclusión del ejercicio de la acción civil derivada del delito, constituye por sí misma una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. En efecto, al impedirse al agraviado y perjudicado por el delito o falta militar que, actuando su interés legítimo, se constituya como actor civil en la causa penal militar, ejercitando al efecto la adecuada pretensión resarcitoria, se está obstaculizando la obtención y efectividad del deber de reparación a cargo del responsable criminal, sin que para ello ofrezca justificación suficiente el principio de jerarquía entre los diversos empleos militares ni esté, en modo alguno, concernida la disciplina propia de la institución militar, dado que mediante dicha pretensión resarcitoria no se persigue la inculpación y condena penal del militar acusado, sino tan sólo la fijación de la adecuada indemnización de la lesión producida en los bienes y derechos del militar agraviado por el hecho punible.

La anterior conclusión no queda enervada por la cláusula de remisión a la jurisdicción ordinaria antes mencionada, pues el ejercicio ante ésta de la pretensión de resarcimiento de daños encontraría serios obstáculos para su estimación, dado que, con independencia de que se produzca la formal

prejudicialidad del proceso penal (art. 111 LECrim), lo cierto es que los eventuales pronunciamientos de la jurisdicción militar podrían obstaculizar la decisión sobre dicha pretensión ejercitada fuera del proceso penal, y en el que no ha podido intervenir el militar que ha sufrido los daños y perjuicios de cuya reparación se trata.

13. En virtud de lo razonado, hemos de concluir que la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108, párrafo 2 LOJM, y en el art. 127, párrafo 1, LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley ex art. 14 CE y, al propio tiempo, lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en relación con el mandato contenido en el art. 117.5, inciso final, del texto constitucional, precepto este que exige al legislador, al regular el ejercicio de la jurisdicción militar, que lo haga “de acuerdo con los principios de la Constitución”.

El alcance del otorgamiento del amparo que se impetra determina la nulidad de los Autos impugnados, así como el planteamiento ante el Pleno de este Tribunal, conforme a lo prevenido en el art. 55.2 LOTC, de cuestión de inconstitucionalidad, de los siguientes preceptos legales:

a) Art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, cuyo texto se dejó transcrito en el fundamento jurídico cuarto de esta Sentencia; y

b) art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, respecto del siguiente inciso:

“excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación”.

**Sentencia 118/2001 de la Sala 1.^a del TC de 21 de mayo de 2001
(BOE 8 de junio de 2001) (Recurso de amparo 4217/1997)**

IMPUTACIÓN EN EL PROCESO PENAL ABREVIADO.

Arts. 24 CE; 118.2, 789.4, 790.1 y 2 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pedro Cruz Villalón**

SÍNTESIS

Aunque se constata que en el caso que da lugar a la demanda de amparo se confirió tardíamente el “status” de imputado al recurrente en el procedimiento abreviado (ya en la fase de preparación del juicio oral), se desestima su petición por considerarse que de ello no se le derivó situación material alguna de real indefensión (Cf. con el voto particular de D. Manuel Jiménez de Parga).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La Sentencia dictada en apelación del procedimiento abreviado y que condenó al hoy recurrente como autor de una falta de imprudencia simple con resultado de muerte, lesiones y daños, habría vulnerado, con arreglo a lo que aquél razona, su derecho fundamental a la defensa (art. 24.2 CE), con resultado de indefensión, toda vez que, en la fase de diligencias previas del correspondiente procedimiento penal, el mismo declaró en calidad de testigo, no produciéndose su declaración como imputado sino una vez que el Juez instructor había acordado continuar el procedimiento como procedimiento abreviado (art. 790.1 LECrim) y después de haberse formulado los correspondientes escritos de acusación.

(...)

El Abogado del Estado comparte este planteamiento en su totalidad, así como, parcialmente, el Ministerio Fiscal, quien

considera que el retraso en la imputación judicial durante la fase de instrucción vulneró el derecho de defensa del recurrente y por ello pide el otorgamiento del amparo para que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior de acomodación de las diligencias previas en procedimiento abreviado.

(...)

En el ámbito del procedimiento abreviado, la exigencia de que la acusación venga precedida por una previa imputación en la fase instructora (o de diligencias previas) pretende evitar que se produzcan acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que se les haya otorgado la posibilidad de participación en dicha fase instructora y facilita que la instrucción judicial siga asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECrim), imponiéndose una correlación exclusivamente subjetiva entre imputación judicial y acto de acusación (SSTC

128/1993, de 19 de abril, FJ 3; 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; y 134/1998, de 29 de junio, FJ 2). La garantía de la audiencia previa es consecuencia de la supresión en esta modalidad de procedimiento del Auto de procesamiento e implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y la propia existencia de una imputación, que le ilustre de sus derechos, especialmente el de designar Abogado, y que permita su exculpación en la primera comparecencia prevista en el art. 789.4 LECrim. Asimismo, se impone la exigencia de que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, por cuanto el testigo está obligado penalmente a comparecer y a decir verdad, en tanto que el imputado no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE (STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto *Funke*; SSTC 135/1989, de 20 de julio, FJ 3; 129/1996, de 9 de julio, FJ 5; 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; y 19/2000, de 31 de enero, FJ 5).

Consecuentemente con ello, la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim), se frustra aquel derecho fundamental cuando el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento. En este sentido, hemos declarado reiteradamente que, admitida una denuncia e incoado el procedimiento contra una persona por determinado delito, no cabe en modo alguno que el órgano jurisdiccional omita que esa imputación sea conocida por el interesado ni clausurar la instrucción sin haberle ilustrado de sus derechos y sin siquiera haberle oído en dicha condición de imputado (SSTC 128/1993, de 19 de abril, FJ 4; 129/1993, de 19 de abril, FJ 4; 152/1993, de 3 de mayo,

FJ 3; y 273/1993, de 20 de septiembre, FJ 3). Y, por tanto, establecida la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, el Juez deberá considerarla imputada para permitir su defensa y una equilibrada contradicción, sin que la investigación sumarial pueda efectuarse a sus espaldas (SSTC 277/1994, de 17 de octubre, FFJJ 2, 4 y 5; y 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2).

Ahora bien, también hemos afirmado que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (SSTC 290/1993, de 4 de octubre, FJ 4; 121/1995, de 18 de julio, FJ 4; 62/1998, de 17 de marzo, FFJJ 3 y 4).

3. En el presente caso, atendidas las particularidades con las que se desarrolló el procedimiento penal en el que se dictó la Sentencia que ahora se impugna, y de conformidad con la doctrina antes expuesta, hemos de rechazar la existencia de infracción de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE) que el recurrente denuncia.

En primer término, carece aquí de relevancia constitucional el hecho de haber declarado en la fase instructora (o de diligencias previas) el solicitante de amparo como testigo, a pesar de que posteriormente se dictara Auto de apertura del juicio oral contra su persona, porque no siempre la condición de imputado aparece en el inicio del proceso penal y es perfectamente posible —y, a veces, lógicamente inevitable— que la implicación de una persona en los hechos delictivos aparezca a resultas de la instrucción (AATC 211/1990, de 18 de mayo, FJ 2; y 83/1992, de 23 de marzo, FJ 2); y sobre todo porque la exigencia establecida en el

art. 118.2 LECrim, relativa a que cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas debe ser puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados, debe ser modulada y completada por “la imprescindible valoración circunstanciada del Juez instructor”. En el caso que nos ocupa, tal como se ha expuesto en los antecedentes, el recurrente compareció y declaró como testigo durante la fase de diligencias previas, pero es preciso tener en cuenta que la primera vez lo hizo, inmediatamente después de incoado el procedimiento por delito de contrabando contra otras personas, como denunciante en su condición de miembro del Servicio de Vigilancia Aduanera que había intervenido en la aprehensión de un buque por posible delito de contrabando de tabaco.

En segundo término, es cierto que cuando el recurrente prestó su segunda declaración como testigo (en fecha 11 de septiembre de 1990) el Juez instructor ya había acordado, a petición del Fiscal, la continuación de las diligencias previas como procedimiento abreviado y que había incluido en el proceso el posible delito de imprudencia además del inicial delito de contrabando. También es cierto que, con anterioridad se habían personado en el procedimiento los familiares de la persona fallecida, el lesionado, y la entidad propietaria de la nave para el ejercicio de las acciones penales y civiles correspondientes, solicitando la práctica de diligencias para el esclarecimiento de los hechos y de las personas que intervinieron en los mismos para sustentar la acusación (...). Ahora bien, conviene resaltar que en ninguno de los escritos de las partes comparecidas como acusación se hizo imputación alguna de los hechos presuntamente delictivos al hoy recurrente, y que entre las distintas diligencias de prueba que el Ministerio Fiscal instó como instrucción complementaria para poder formular acusación (art. 790.2 LECrim) no estaba la declaración del hoy recurrente (ni como testigo ni como im-

putado), sino que pidió expresamente la declaración de otra persona (...) para comprobar quién había dado la orden de disparar durante la aprehensión del buque.

En este contexto, aunque el Juez instructor, dentro de su razonable margen de apreciación de los hechos, pudo haber considerado la comparecencia como imputados de los miembros del Servicio de Vigilancia Aduanera que intervinieron en la aprehensión, a fin de garantizar debidamente su derecho de defensa en la fase de instrucción, no obstante, acordó oírlos primero como testigos y sólo después de formularse acusación contra ellos, pero en todo caso antes de acordar la apertura del juicio oral y remitir la causa al Juez de lo Penal, los llamó para que prestaran declaración como imputados. A diferencia, pues, de otros supuestos resueltos por este Tribunal, en los que se otorgó el amparo porque no existió imputación judicial a pesar de que el Instructor conocía en todo momento la persona contra la que se dirigía el procedimiento (STC 277/1994, de 17 de octubre), o bien porque el otorgamiento de la condición de imputado sólo se hizo después de haberse dictado Auto de apertura del juicio oral (STC 19/2000, de 31 de enero), en el presente caso la actuación del Juez instructor no puede considerarse como un retraso que quepa calificar de arbitrario respecto de la puesta en conocimiento de una imputación judicial, hasta entonces inexistente, ni tampoco como una demora injustificada en dar al recurrente el *status* de imputado, con vulneración de su derecho fundamental, ya que éste no se infería fácilmente de las diligencias hasta entonces practicadas o de las alegaciones y pretensiones efectuadas por las distintas partes personadas con anterioridad a los trámites previstos en el art. 790 LECrim, apartados 1 y 2.

Finalmente, a partir del examen de las actuaciones no es posible apreciar, vistas las concretas circunstancias del caso, un perjuicio real y efectivo que de otro modo se hubiera evitado, caso de adelantarse la imputación judicial del recurrente. En efecto, en su

declaración como imputado ante el Juez instructor, realizada antes de la apertura del juicio oral, se limitó a ratificarse en el contenido de sus declaraciones como testigo, afirmando que nada tenía que añadir, a pesar de que se sabía ya imputado. A partir de dicho momento, y ya asistido de Letrado, tampoco solicitó la práctica de diligencia de prueba alguna, ni impugnó ninguna actuación instructora que hubiera sido practicada sin su intervención. Su posterior escrito de defensa se circunscribe a alegar que los hechos de los que se le acusa no constituían delito, sin proponer la práctica de prueba alguna, limitándose a adherirse a la prueba propuesta por las demás partes. Nada se alega en la demanda sobre la indefensión resultante de la imposibilidad de proponer en la fase inicial de la instrucción o en la fase intermedia alguna diligencia de prueba, ni tampoco se afirma haber solicitado antes del juicio oral la nulidad de las actuaciones o haber denunciado la invalidez de sus declaraciones anteriores.

En conclusión, en esta queja del recurrente no es posible apreciar, ni siquiera indiciariamente, la existencia de una situación material de indefensión.

(...)

Voto particular que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 4217/1997

Mi discrepancia con la Sentencia de la mayoría se basa en que yo considero que la violación del art. 24.2 CE se consuma cuando el Juez instructor no comunica inmediatamente al imputado su condición de tal, tan pronto como se dirija contra él la acción penal. Se trata de una garantía esencial que, como recordé en mis Votos particulares a las SSTC 63/1996 y 41/1998, evita que se lleve a cabo una instrucción a espaldas de los in-

culpados. La violación constitucional se produce, a mi entender, con independencia de que exista o no “una situación material de indefensión”, o que se ocasione o no “un perjuicio real y efectivo”, que son los datos que se tienen en cuenta en la argumentación de la Sentencia (FJ 3).

En el presente caso, el recurrente en amparo, capitán de la embarcación del Servicio de Vigilancia Aduanera, fue citado como testigo por el Juez instructor en dos ocasiones (octubre del año 1989 y septiembre del año 1990), con el *status* de testigo, tan distinto del que corresponde al inculcado, siendo víctima, como afirma el Abogado del Estado, de una “acusación sorpresiva” al comparecer como imputado ante el mismo Juez el día 11 de junio de 1991. Durante varios meses, casi durante dos años, y a pesar de que la acusación particular se dirigió contra el Servicio de Vigilancia Aduanera, de la que el recurrente era el capitán de la embarcación, padeció una instrucción penal relativa a su conducta sin saber él que era el principal inculcado.

Este Tribunal Constitucional ha puntualizado que el conocimiento de la imputación concreta, por cualquiera que resulte afectado en cuanto posible autor de un hecho punible, ha de producirse inmediatamente, tan pronto como aparezca dicha imputación en las diligencias judiciales, a fin de evitar que se efectúe una instrucción oculta, lo que “constituiría un residuo del anterior proceso inquisitivo en el que el Instructor inquiría sin comunicar lo que buscaba” (STC 135/1989). Además, tenemos establecido que “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 el hecho punible” (SSTC 128/1993 y 129/1993).

En suma, y por las razones expuestas, es-timo que debió otorgarse el amparo.

**Sentencia 123/2001 de la Sala 2.^a del TC de 4 de junio de 2001
(BOE 3 de julio de 2001) (Recurso de amparo 4645/1997)**

SUPPLICATORIO: MOMENTO PROCESAL OPORTUNO.

Arts. 71.2 CE; 750 LECrim.; 5 Ley 9 de febrero de 1912

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

SÍNTESIS

Ante la indeterminación legal de cuál sea el momento procesal concreto para pedir la autorización de la Cámara Legislativa respectiva para poder inculpar o procesar a un Diputado o Senador ha de tomarse como referencia la finalidad institucional a la que sirve la prerrogativa de la inmunidad. [En igual sentido STC 124/2001, de 4 de junio (recurso de amparo 4703/1997)].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. Enmarcada la queja del recurrente en amparo en el ámbito del derecho a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE), la cuestión a dilucidar estriba en determinar si la interpretación y aplicación que en este caso ha hecho la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la prerrogativa de la inmunidad de los Diputados y Senadores infringe el art. 71.2 CE y vulnera, en consecuencia, aquel derecho fundamental. Para ello, hemos de partir necesariamente de la doctrina constitucional sobre el alcance y finalidad de la mencionada prerrogativa parlamentaria.

(...)

Tras recoger, como primera observación, que “la inmunidad como prerrogativa de los miembros de las Cortes Generales forma parte de nuestro Texto constitucional, con idéntica legitimidad a la del resto de las instituciones constitucionales”, se declaró seguidamente que la inmunidad, al igual que

otras prerrogativas parlamentarias, “pero con más razón en ésta, no es un privilegio, es decir, un derecho particular de determinados ciudadanos, que se vieran, así, favorecidos respecto del resto” (FJ 3).

(...) En cuanto expresión más característica de la inviolabilidad de las Cortes Generales, “la inmunidad ... se justifica en atención al conjunto de funciones parlamentarias respecto de las que tiene, como finalidad primordial, su protección ..., de ahí que el ejercicio de la facultad concreta que de la inmunidad deriva se haga en forma de decisión que la totalidad de la Cámara respectiva adopta”. Y esta protección a que la inmunidad se orienta no lo es, sin embargo, de modo inmediato, frente a la improcedencia o a la falta de fundamentación de las acciones penales dirigidas contra los Diputados y Senadores, sino frente a la amenaza de tipo político consistente en “la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las

Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular”.

(...)

Es en este contexto donde se sitúa la necesidad de obtener la autorización de las Cámaras respectivas como condición de procedibilidad para inculpar o procesar a cualquiera de sus miembros. Lo que la Constitución ha querido es que sean las propias Cámaras las que aprecien y eviten por sí mismas, en cada caso concreto y atendiendo a sus circunstancias, la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o alterar la composición que les ha dado la voluntad popular, es decir, si la inculpación o procesamiento puede producir el resultado objetivo de alterar indebidamente su composición o funcionamiento, realizando algo que no pueden llevar a cabo los órganos jurisdiccionales, como es una valoración del significado político de tales acciones (SSTC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6; 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3).

Han de concluirse las precedentes consideraciones, recordando, asimismo, que las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente a partir de una comprensión del sentido de la prerrogativa misma y de los fines que ésta procura, esto es, tanto en el sentido lógico de sujeción a los límites objetivos que le impone la Constitución, como en el teleológico de razonable proporcionalidad al fin al que responden [SSTC 51/1985, de 10 de abril, FJ 6; 243/1988, de 19 de diciembre, FJ 3.a); 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5]. Así, el problema que en cada caso se suscite ha de ser considerado a la luz de la doctrina constitucional expuesta, de manera que la observancia de la prerrogativa cuestionada se coherente con la finalidad a la que sirve [SSTC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 7; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 2.b)].

5. El demandante de amparo estima que no respeta la prerrogativa parlamentaria de la inmunidad la interpretación y aplicación que en este caso ha efectuado la Sala Segunda del Tribunal Supremo del término

“inculpados” del art. 71.2 CE, en orden a cumplir la exigencia de solicitar la previa autorización de la Cámara respectiva para poder inculpar o procesar a un Diputado o Senador, y entiende, por el contrario, frente al criterio mantenido por el órgano jurisdiccional, que la condición de inculpado en el sentido del art. 71.2 CE se adquiere desde el mismo momento de la admisión a trámite de la querrela, ya que tal decisión implica una evaluación penal de los hechos a los que se refiere y de las personas a las que se les imputa su comisión, de modo que, concluye, sin la concesión del oportuno suplicatorio no puede dirigirse investigación alguna contra un Diputado o Senador.

En la demanda de amparo se solicita que por este Tribunal se dilucide el momento a partir del cual se hace necesario en un proceso penal solicitar el suplicatorio para inculpar o procesar a un Diputado o Senador. Mas no corresponde aquí y ahora concebir hipótesis distintas de las que trae causa este recurso de amparo, de modo que nuestra labor de enjuiciamiento debe constreñirse a determinar si la interpretación y la aplicación que en este caso ha hecho la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la prerrogativa de la inmunidad resultan contrarias al art. 71.2 CE y, por consiguiente, vulneradoras del derecho recogido en el art. 23.2 CE. Y dicho enjuiciamiento ha de comenzar, como es lógico, por la propia previsión del art. 71.2 CE, de la que únicamente cabe inferir, que más que en un momento procesal concreto y preciso, la autorización a la Cámara respectiva ha de ser solicitada en todo caso antes de que los Diputados y Senadores sean inculcados o procesados, sin que el texto constitucional aporte criterio alguno en orden a la interpretación de estas dos últimas expresiones. Aquella previsión, por otra parte, pese al llamamiento efectuado por este Tribunal al legislador sobre la inseguridad jurídica que comporta la situación legal existente en torno a las prerrogativas parlamentarias (SSTC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3; 22/1997, de 11 de febrero, FJ 4), no ha sido desarrollada por el legislador

postconstitucional, recogíendose como única referencia en la normativa preconstitucional reguladora de la prerrogativa de la inmunidad, en cuanto al momento de solicitar la autorización a las Cámaras, la genérica referencia del art. 750 LECrim al Juez o Tribunal “que encuentre méritos para procesar a un Senador o Diputado a Cortes por causa de delito”, y la mención también del art. 5 de la Ley de 9 de febrero de 1912 de que el suplicatorio se dirigirá al cuerpo colegislador correspondiente, “acompañando testimonio de las actuaciones que se estimen necesarias”.

En este marco normativo se ha movido la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que (...) precisando aún más el referido momento procedió a interpretar, a la luz de la vigente normativa procesal, los términos “inculcados o procesados” del art. 71.2 CE, llegando a la conclusión, por lo que se refiere al segundo, que el mismo tiene una realidad legislativa procesal inequívoca en el art. 384 LECrim, de modo que en el llamado proceso ordinario el suplicatorio habría de solicitarse en cuanto existieran indicios racionales de criminalidad, que son el soporte del procesamiento. En relación con el término “inculcados”, que a diferencia del anterior estima que carece de una realidad legislativa procesal inequívoca, consideró que la condición de inculcado no se identifica con la de querellado y que para que tal situación procesal se produzca es necesario un juicio judicial de inculpación, obviamente provisional, con base en la existencia de indicios racionales de criminalidad o fundadas sospechas o serios indicios de la participación, en cualquiera de sus formas, en un hecho penal, lo que puede requerir y hacer necesario, como aconteció en este supuesto, una previa investigación judicial.

Así pues, la Sala Segunda del Tribunal Supremo entiende posible, en supuestos como el examinado, una previa investigación judicial en orden a la determinación de la relevancia penal de los hechos y a la participación en los mismos de las personas afora-

das contra las que se dirige la querrela, dándose traslado de la denuncia o querrela de acuerdo con el art. 118 LECrim al objeto de que puedan ejercer desde el primer momento, como ha sucedido en este caso, el derecho de defensa, y considera que la condición de inculcado, a los efectos del art. 71.2 CE, no se adquiere con la mera admisión de la querrela, sino que requiere un juicio judicial de inculpación por la existencia de indicios racionales o sospechas fundadas de su participación en los hechos, de modo que antes de la formalización de ese juicio de inculpación es cuando ha de solicitarse la autorización a la Cámara respectiva.

Pues bien, esta interpretación jurisprudencial del término “inculcados” en el sentido del art. 71.2 CE y, por consiguiente, la exigencia de que existan indicios racionales de criminalidad o sospechas fundadas o verosímiles sobre la participación de un Diputado o Senador en los hechos objeto de investigación penal para que entre en juego la exigencia previa de autorización a la Cámara para su inculpación o procesamiento, en sí mismas consideradas, no pueden ser en modo alguno tildadas de contrarias o desconocedoras de la finalidad institucional a la que sirve la prerrogativa de la inmunidad, ni nada al respecto se argumenta en la demanda de amparo, salvo la mera discrepancia del recurrente con el criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Y ello toda vez que el alcance conferido por dicha interpretación al término inculcado a los efectos del art. 71.2 CE, que excluye, obviamente, la posibilidad de adoptar medida cautelar alguna contra la persona del Diputado o Senador hasta que se obtenga, en su caso, la autorización de la Cámara respectiva para su inculpación o procesamiento, no afecta al mandato representativo del parlamentario en cuanto no le imposibilita e impide el desempeño de sus funciones parlamentarias, con lo que ninguna incidencia tiene en la composición y funcionamiento de las Cámaras, ni priva a éstas, antes de la inculpación o procesamiento del Diputado o Senador, de la facultad autoriza-

toría que le confiere el art. 71.2 CE y de valorar, en consecuencia, el significado político de la acción penal emprendida e impedir, en su caso, que la misma prosiga. En definitiva, la interpretación judicial de la que discrepa el demandante de amparo preserva y no merma la finalidad institucional cuya salvaguarda se persigue mediante la prerrogati-

va de la inmunidad, que, como ya se ha señalado, no es otra que la de evitar la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar indebidamente la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular (STC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6).

Sentencia 129/2001 de la Sala 1.ª del TC de 4 de junio de 2001 (BOE 3 de julio de 2001) (Recurso de amparo 779/1998)

FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE UN GOBIERNO AUTÓNOMO PARA ACTUAR COMO ACUSACIÓN PARTICULAR O POPULAR.

Arts. 125 CE; 101 y 110 LECrim.

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

SÍNTESIS

La Sala desestima la pretensión de amparo deducida por el recurrente (un Gobierno Autónomo) en orden a su legitimación activa para actuar ya como acusación popular ya como particular en una causa por delitos de injuria y calumnia contra la Policía Autónoma.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. La pretensión ejercitada por el demandante de amparo tiene por objeto —previa la declaración de que se vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva— el reconocimiento de que se halla legitimado para ser parte como acusador en el proceso penal de referencia, sea como acusador particular, sea mediante el ejercicio de la acción popular.

El demandante de amparo fundamenta su derecho a ejercitar la acción popular, con referencia a la pretensión mencionada en segundo lugar, en que el interés legítimo que defiende —el prestigio de la Policía vasca— es ajeno al ejercicio de sus potestades públicas.

Es claro, en todo caso, que, dados los términos del art. 125 CE, no puede estimarse dicha pretensión. En efecto, este precepto constitucional se refiere explícitamente a “los ciudadanos”, que es concepto atinente

en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (a las que hemos extendido este concepto en las SSTC 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, 79/1999, de 26 de abril, entre otras), tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política.

5. Rechazada, pues, la demanda de amparo en el particular atinente al invocado derecho del recurrente al ejercicio de la acción popular, se está en el caso de examinar si se ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al no serle admitida su personación en el proceso penal como acusador particular.

En el presente caso, el Auto de la Audiencia Provincial, ahora impugnado, fundamenta la falta de legitimación del Gobierno Vasco en la naturaleza del bien jurídico protegido a través de los delitos de calumnia e injuria que se cometan contra autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado. Según el órgano judicial, “en estas infracciones la norma protege no el honor de una personal individual o colectiva, sino el interés público representado por el principio de autoridad”, de lo cual deduce que “no cabe en este tipo de infracciones considerar que la Administración resulta directamente perjudicada, y por ende carece de legitimación para ejercitar la acción particular”.

(...)

6. En relación con el derecho a personarse como acusación particular, hemos indicado que la determinación de si una persona debe ser considerada como ofendida o perjudicada por un delito, presupuesto legal del ejercicio de la acusación particular (art. 110 LECrim), es una cuestión de legalidad cuya determinación corresponde realizar a los Tribunales ordinarios, careciendo en consecuencia de relevancia constitucional “a no ser que la resolución judicial denegatoria de la legitimación se manifieste arbi-

traria o notoriamente irrazonable” (SSTC 34/1994, de 31 de enero, FJ 3; en el mismo sentido, 113/1984, de 29 de noviembre, FJ 2).

Pues bien, partiendo de estas consideraciones, y teniendo también en cuenta —conforme a lo anteriormente expuesto— la proyección limitada del derecho a la tutela judicial efectiva cuando quien invoca la condición de ofendido por el delito es una persona jurídico-pública, ninguna vulneración del mencionado derecho puede imputarse al Auto de la Audiencia Provincial de San Sebastián que se recurre en amparo. En efecto, con independencia de un cierto lacinismo que puede apreciarse en dicha resolución judicial, ha de constatar, desde el estricto ámbito de enjuiciamiento que cabe hacer en esta jurisdicción de amparo, que la Audiencia fundamenta la ausencia de legitimación del Gobierno Vasco para interponer la mencionada querrela en la imposibilidad de que delitos como los que han dado origen a ésta puedan causar perjuicio directo alguno a la Administración, debido al bien jurídico protegido por los mismos: bien jurídico que no sería el honor —en este caso de la Administración— sino el interés público representado por el principio de autoridad y que, en cuanto tal, no puede servir de fundamento para el ejercicio de la acción particular.

Esta interpretación que hace el órgano judicial de las normas penales y procesales aplicables al caso, interpretación que constituye el criterio jurídico esencial que fundamenta la decisión judicial, no puede ser calificada de arbitraria o manifiestamente irrazonable. Basta añadir a las razones expuestas por el órgano judicial, ya transcritas en lo esencial, el hecho de que tal interpretación de dichas normas no conlleva como consecuencia necesaria el que quede excluida del proceso la investigación de los hechos y, en su caso, el posterior ejercicio de la pretensión punitiva respecto de los mismos. Ello es así porque la defensa del interés público (al que se refiere el Auto como protegido por la norma), representado por el principio de autoridad, corresponde al

Ministerio Fiscal, presente en el proceso penal, que tiene como misión, según expresa el art. 124.1 CE, “promover la acción de la

justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”.

**Sentencia 130/2001 de la Sala 2.^a del TC de 4 de junio de 2001
(BOE 3 de julio de 2001) (Recurso de amparo 1036/1998)**

ACTO DE COMUNICACIÓN DEFECTUOSO.

Arts. 24 CE; 281.3 LOPJ; 182, 859 y 861 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión a consecuencia de defectos en un acto de comunicación que impidió la interposición de un recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El demandante de amparo estima que le han sido vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE) y el derecho de defensa (art. 24.2 CE), como consecuencia de la defectuosa actuación en la que incurrió, en su opinión, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, al efectuar el emplazamiento para que compareciese ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para interponer el citado recurso de casación, ya que tal diligencia, en vez de entenderse con el nuevo Procurador que había designado ante la propia Audiencia Provincial, a los efectos de interponer dicho recurso, se llevó a cabo con el Procurador que hasta esa nueva designación había ostentado

su representación en el proceso penal. La referida actuación judicial, según el recurrente, fue la causa que determinó la incomparecencia del demandante de amparo y de su representación procesal y letrada ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y que ésta, por consiguiente, le designara Abogado y Procurador del turno de oficio para interponer el recurso de casación, el cual fue inadmitido por Auto de 18 de diciembre de 1996. En definitiva, la actuación judicial cuestionada por el recurrente en amparo motivó que el recurso de casación fuera interpuesto por Abogado y Procurador distintos a los designados libremente por el demandante de amparo, circunstancia que desconocieron tanto él como su representación procesal y técnica hasta que fue requerido para presentarse ante la policía para su ingreso en prisión.

(...)

2. Delimitados en los términos expresos el objeto del recurso y las tesis de las partes respecto a él, es conveniente comenzar recordando la reiterada doctrina de este Tribunal aplicable al caso, para descender después a su aplicación al mismo. El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE implica, entre sus múltiples manifestaciones, no sólo el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente previstos, sino también un ajustado sistema de garantías para las partes, entre las que se encuentra el adecuado ejercicio del derecho de defensa, para que puedan hacer valer en el proceso sus derechos e intereses legítimos. Para la realización efectiva del derecho de defensa en todas y cada una de las instancias legalmente previstas adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la Ley. En este sentido, una reiterada jurisprudencia constitucional ha advertido sobre la especial trascendencia de los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes, en especial de aquél que se efectúa con quien está legitimado para ser parte en el procedimiento, pues en tal caso el acto de comunicación es el necesario instrumento que hace posible la comparencia del interesado en el proceso o, en su caso, en el recurso, y la defensa de sus derechos e intereses legítimos; se trata, por tanto, con dichos actos de comunicación de garantizar la defensa de las partes, de manera que mediante el conocimiento del acto o resolución que los provoca tengan aquéllas la posibilidad de disponer lo conveniente para defender sus derechos e intereses. Sólo la incomparencia en el proceso o en el recurso debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia, o a la de su representación procesal y técnica, puede justificar una resolución *inaudita parte*. De modo que, en la medida en que hacen posible la comparencia del interesado y la defensa de sus derechos e intereses, los actos

de comunicación representan una exigencia ineludible para que las garantías constitucionales del proceso resulten aseguradas (...).

5. Hay que partir de que en general, con arreglo a lo dispuesto en el art. 182 LECrim, el emplazamiento en la persona del Procurador es legalmente correcto; pero la cuestión en este caso es la de cuál de los sucesivamente designados por el recurrente a lo largo del proceso debiera ser el destinatario legal de la diligencia. Al propio tiempo debe analizarse si desde el prisma constitucional de la no indefensión que nos es propio el hecho de que la Audiencia Provincial de Burgos no hiciera objeción alguna a la designación en ella de una Procuradora de Madrid, podría generar la confianza en el recurrente de que se había aceptado como su representante causídico hacia el futuro a esa Procuradora así designada, con la consecuente de entender que ésta, y no otra, era la que debía encargarse de la interposición del recurso, comunicándose al efecto con la Abogada designada para ese cometido.

Centrada la cuestión en la regularidad constitucional del emplazamiento, y dadas las especiales circunstancias en que se produjo, extraña que el Auto recurrido no contenga un razonamiento explicativo de por qué debía considerarse válido, razonamiento que, en su caso, podríamos compartir o no, partiendo en todo caso del respeto del criterio que merecen las resoluciones del Tribunal Supremo en el enjuiciamiento de los trámites del proceso, por la posición de superioridad en que le sitúa el art. 123.1 CE. Ocurre, sin embargo, que en el concreto punto en que se sitúa el centro de gravedad del debate el argumento necesario se sustituye por una proclamación no razonada ("la diligencia de emplazamiento se entendió con quien debía entenderse, que era la Procuradora del acusado, siendo tal providencia irreprochable desde el punto de vista procesal"), haciendo en realidad supuesto de lo que es en este caso vidriosa cuestión, y basando en ese supuesto la ulterior imputación

de la indefensión a los profesionales designados por el actor.

(...)

Planteada así la cuestión, y desde el prisma conceptual de la razonabilidad de la solución contenida en el Auto recurrido, el hecho, ya destacado, de la falta de argumentación sobre lo que es el verdadero elemento problemático, pone en evidencia un déficit de fundamentación, incompatible con las exigencias genéricas de motivación (art. 120.3 CE), que acarrea un consecuente déficit de razonabilidad de la resolución recurrida, denegatoria de la declaración de nulidad de actuaciones pretendida.

A ello debe unirse el dato de que, al no haber objetado la Audiencia Provincial de Burgos la designación ante ella por el recurrente de los profesionales elegidos para la interposición del recurso de casación, es razonable la confianza del recurrente, y en la misma medida la de los nuevos profesionales por él designados, de que el emplazamiento para la comparecencia ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, establecido en los arts. 859 y 861 LECrim, se entendería con la nueva Procuradora, y no con la que le representó ante la Audiencia.

La posible irregularidad ex art. 281.3 LOPJ de la designación de los referidos profesionales en la Audiencia Provincial, y no

en la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuando la actuación para la que se les designaba debía llevarse a cabo en ésta y no en aquélla, que, aun no argüida por nadie, pudiera quizás operar en abono de la actuación de la Audiencia Provincial, y que por ello debemos tener en cuenta, debe considerarse irrelevante desde el punto de vista constitucional de no indefensión; pues para poder justificar desde esta óptica el hipotético rechazo de esa designación por la Audiencia, con la consecuencia de mantener la consideración de la anterior Procuradora como representante del demandante de amparo ante ella (que sería, en su caso, la base procesal de la validez del emplazamiento cuestionado), hubiera sido precisa una resolución que así lo acordase, advirtiendo al respecto a la parte de ese rechazo.

El silencio de la Audiencia en ese punto hace así plausible la tesis de la confianza del recurrente ya expuesta, impide excluir la imputación al órgano jurisdiccional de la indefensión de la que se duele el demandante, y pone en evidencia la falta de razonabilidad de la imputación exclusiva de la indefensión del recurrente en el recurso de casación a unos profesionales, cuando no consta dato alguno en las actuaciones que permita sostener que éstos conocieran la cuestionada diligencia de emplazamiento.

Sentencia 143/2001 de la Sala 2.^a del TC de 18 de junio de 2001 (BOE 17 de julio de 2001) (Recurso de amparo 1156/1998)

DERECHO DE DEFENSA Y JUICIO DE FALTAS.

Arts. 24 CE y 962 y ss. LECrim.

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

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho de defensa del recurrente con ocasión de las injustificadas limitaciones a que se vio sometido en un juicio de faltas contra él abierto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...) el recurrente solicitó defenderse por sí mismo en un juicio de faltas al que se le había convocado como supuesto autor de una agresión. Su petición fue denegada por la Juez, que no le autorizó a interrogar a los testigos ni al denunciante. La negativa se fundó en el hecho de no hallarse colegiado como Letrado y no haber acreditado su condición de Licenciado en Derecho. Sin embargo, sí admitió la Juez la petición del Ministerio Fiscal de que se recogieran en el acta del juicio las preguntas que el recurrente hubiese deseado hacer a los testigos y al denunciante, y también le concedió la posibilidad de ejercer su derecho a la última palabra, que aprovechó para solicitar la condena del denunciante. En el juicio, además de otros, declaró un testigo que había sido propuesto por el recurrente, aunque no consta que se le permitiera participar en su interrogatorio.

(...)

La cuestión a resolver, por tanto, se limita a determinar si con la limitada participación que se dio al recurrente en la vista del proceso penal de que trae causa la presente pretensión de amparo se respetó, a través de la contradicción, el derecho fundamental a la defensa reconocido en el art. 24.2 CE, una vez optó por ejercer su propia autodefensa.

3. Reiteradamente hemos declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que, puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, significa que en todo proceso judicial, también en el juicio de faltas (SSTC 54/1985, de 18 de abril, y 225/1988, de 28 de noviembre), debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente

sus derechos e intereses (SSTC 112/1987, de 2 de julio; 114/1988, de 10 de junio; y 237/1988, de 13 de diciembre), por sí mismos (autodefensa), o con la asistencia de Letrado, si optaren por esta posibilidad, o la misma fuere legalmente impuesta (STC 29/1995, de 6 de febrero).

Precisamente la preservación de sus derechos fundamentales y, en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes (STC 226/1988, de 28 de noviembre), por lo que corresponde a los órganos judiciales velar por que en las distintas fases de todo proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean estas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. Este deber se agudiza, desde luego, en el proceso penal, dada la trascendencia de los intereses en juego (SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 102/1998, de 8 de junio; y 91/2000, de 4 de mayo), de forma que, aun en el caso de falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, e incluso al propio Ministerio Público, “de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales” (STC 112/1989, de 19 de junio). Específica manifestación del derecho de defensa son las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio; y 76/1999, de 26 de abril), y muy concretamente la de “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él”, facultad ésta que el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos; y de un tenor similar es el art. 14.3 e) del Pacto Interna-

cional de Derechos Civiles y Políticos (STC 10/1992, de 16 de enero, y 64/1994, de 28 de febrero).

La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las “reglas esenciales del desarrollo del proceso” (SSTC 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000), sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Del derecho de defensa contradictoria, hemos dicho, son manifestaciones instrumentales los derechos a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba, a no declarar contra sí mismo, o el derecho a no confesarse culpable (STC 29/1995). Además, su carácter nuclear y estructural convierten la posibilidad de contradicción en fundamento de las obligaciones judiciales de emplazamiento personal y congruencia, así como en exigencia de validez de la actividad probatoria, ya sea la sumarial preconstituida (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre; y 40/1997, de 27 de febrero) o la practicada en el juicio oral. Se trata de un derecho formal (STC 144/1997, de 15 de septiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (SSTC 26/1999, de 8 de marzo), de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones: “el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos” (STC 144/1997, de 15 de septiembre).

4. La aplicación de las anteriores consideraciones al supuesto enjuiciado lleva directamente a la estimación de la pretensión de amparo, dada la limitada intervención que al recurrente se dio en el juicio de faltas, pese a que tuvo, desde el primer momento,

la condición de denunciado y expresó su voluntad de defenderse por sí mismo.

Los órganos judiciales, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, al justificar la desestimación de la queja del recurrente invirtieron la relación entre el derecho de defensa y el de asistencia letrada, de manera que supeditaron la efectividad del primero al cumplimiento de los requisitos legales exigidos para actuar en calidad de Letrado. De esta manera, al apreciar que no podía intervenir como Letrado por no hallarse colegiado ni habilitado, le impidieron ejercer su autodefensa y participar contradictoriamente en el juicio de faltas como sujeto activo, dada su condición de parte. La lectura del acta de la vista pone de relieve que al recurrente no se le permitió interrogar al denunciante ni a los tres testigos que declararon en el juicio oral, ni tampoco se le permitió resumir la prueba practicada o formular conclusiones sobre la misma. Tales omisiones, esenciales para el ejercicio del derecho de defensa contradictoria, no se vieron suplidas ni compensadas por el hecho de haberse recogido en el acta —a modo de protesta— las preguntas que hubiese deseado formular a los intervinientes, ni tampoco por el hecho de haber solicitado la condena del denunciante en el turno de última palabra.

El pronunciamiento judicial no vino precedido de un debate pleno y contradictorio sobre todos los aspectos de la denuncia y de la acusación (una vez fue formulada por el Ministerio Fiscal y el denunciante), y se ha fundado en pruebas respecto de las cuales no se ha producido la debida contradicción, lo que constituye una vulneración del derecho de defensa que debe ser declarada y restablecida mediante la retroacción de las actuaciones al momento anterior al de la vista oral para que, en la misma, pueda el recurrente defender contradictoriamente sus intereses y pretensiones.

Sentencia 112/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 3 de febrero de 2001

JUICIO ORAL EN AUSENCIA DEL ACUSADO.

Arts. 789.4 y 793.1 LECrim.

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

SÍNTESIS

La Sala casa y anula la sentencia de instancia que condenó al acusado en ausencia sin que se hubiera cumplido uno de los requisitos que permiten la celebración de esta modalidad de enjuiciamiento: apercibimiento previo de la posibilidad de que el juicio oral pueda celebrarse pese a la incomparecencia del acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

4. Como puede observarse por la lectura del acta del juicio oral, celebrado el día 1 de febrero de 1999, no se practica ninguna otra prueba, reproduciéndose, al parecer, la documental y se modifican las conclusiones provisionales por el Ministerio Fiscal, manteniendo la petición de la pena de prisión y solicitando cinco años de inhabilitación.

Volviendo hacia atrás en el repaso de las actuaciones, se puede comprobar que el acusado declaró el día 20 de noviembre de 1997 y no se le advirtió de que se podría celebrar el juicio en su ausencia, si la pena en su día solicitada no excediera de los límites señalados en el artículo 793.1 de la Ley

de Enjuiciamiento Criminal, no cumpliéndose, por tanto las previsiones del artículo 789.4 de la Ley Procesal Penal. La pena que permite la celebración del juicio en ausencia, es la que no exceda de un año de privación de libertad o si fuere de otra naturaleza, que no exceda de seis años.

En estas condiciones tal como han quedado consignadas, no era posible la celebración en ausencia ya que se había omitido el apercibimiento previo, por lo que se puede presumir que el acusado estaba confiado en que no podría celebrarse el juicio si no comparecía, porque nadie le había advertido de esta posibilidad.

(...)

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

Sentencia 113/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 3 de febrero de 2001

RETROACTIVIDAD DE LA LEY POSTERIOR MÁS FAVORABLE.

Art. 2 Código Penal

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

SÍNTESIS

Apelando a lo dispuesto en la Ley de Indulto en relación a casos análogos, entiende la sentencia que la aplicación retroactiva de la nueva ley más beneficiosa no supone la devolución de multas ya ingresadas en el Tesoro.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La norma contenida en el art. 527 del CP., según la redacción dada por la LO 7/1998, tenía efecto retroactivo, por ser más favorable al reo que el precepto en la redacción originaria dada por el CP de 1995. Tal retroactividad resulta de lo dispuesto en el art. 2 del citado Código penal, que la impone con carácter general para las Leyes Penales que favorezcan al reo, reproduciendo la fórmula del Código Penal de 1973. La Jurisprudencia (así en sentencia de esta Sala de 15.11.91), ha atribuido al principio de retroactividad de la Ley penal más favorable alcance constitucional, mediante una interpretación “a sensu contrario” de la norma del art. 9.3 de la CE, que establece la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables. Pero además la retroactividad de la LO 7/1998 está expresamente establecida en la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley.

En cuanto al alcance de la retroactividad de la Ley Penal más favorable, se extiende a los hechos delictivos ocurridos durante la vigencia de la Ley Penal anterior más severa, pero juzgados, ya en primera instancia, ya por el cauce de recursos durante la vigen-

cia de la Ley posterior más favorable. Y se extiende la retroactividad también respecto a hechos juzgados ya mediante sentencia firme, y en fase de ejecución de la sentencia. Así resulta de los términos del art. 2 del CP de 1995 —reproducción de los del art. 24 del CP de 1973—, al expresarse en ellos que “tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”. La Disposición Transitoria Segunda de la LO 7/1998 también establece que la Ley tendrá efectos retroactivos en cuanto favorezcan a los condenados mediante sentencia firme con arreglo a la Legislación anterior.

Ahora bien, según lo informado por el Fiscal, la retroactividad tiene un límite, que consiste en que en virtud del mismo no pueden dejarse sin efectos las penas ya cumplidas, y deshacerse lo ya ejecutado. Este ha sido un criterio jurisprudencial generalmente observado en la interpretación del alcance de la retroactividad de las leyes Penales; y que se recoge, en relación a la aplicación retroactiva de las normas del CP de 1995, en la Disposición Transitoria Sexta de la LO 10/1995, por lo que se promulgó dicho Código, en la que se establece que no serán

revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada. En relación a las penas de multa, el criterio contrario a la devolución de las cuotas dinerarias ya abonadas en fase de ejecución se manifiesta en la Ley de indulto de 18.6.1870, modificada por Ley 1/1988, al establecerse en el art. 8 que el indulto de pena pecuniaria eximirá al indultado del pago de la cantidad que aún no hubiese satisfecho, pero no comprenderá la devolución de la ya pagada, a no ser que se determinase expresamente.

Con arreglo a la doctrina expuesta, debe entenderse correcta la aplicación de la LO 7/1998 hecha por el Tribunal de Oviedo en el auto recurrido, al acordar la devolución al penado de la parte de multa pagada por él y aún no ingresada en el Tesoro, y resolver en cambio la no devolución de las cantidades ya ingresadas en el Tesoro, puesto que respecto a las sumas que se hallaban aún en las cuentas del órgano enjuiciador, la pena de multa no se había ejecutado, y sí lo estaba en cuanto al dinero ya remitido a Hacienda.

Sentencia 132/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 6 de febrero de 2001

COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL Y NO DEL TRIBUNAL DEL JURADO EN DELITOS CONEXOS (HOMICIDIOS CONSUMADOS E INTENTADOS).

Art. 5 LOTJ

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

SÍNTESIS

Aplicando el acuerdo de la Sala de 5 de febrero de 1999, ya reflejado en distintas sentencias, se afirma la competencia de la Audiencia Provincial y no del Tribunal del Jurado cuando se imputen a una persona dos delitos contra las personas, uno consumado y otro intentado, para evitar que el enjuiciamiento separado rompa la continencia de la causa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primer motivo del recurso interpuesto, por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, al no haberse enjuiciado el caso por el Tribunal del Jurado al que el recurrente considera competente. La competencia del Jurado viene determinada, a juicio del recurrente, por el hecho de que se

enjuiciaban varios delitos de asesinato, que según su opinión debieron atraer la competencia de los demás delitos conexos objeto de enjuiciamiento.

En primer lugar debe señalarse, como ya ha establecido esta Sala en resoluciones anteriores (entre otras STS nº 1980/2000 de 25 de enero de 2001), que la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordi-

naría, no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Las cuestiones de competencia tienen en el proceso penal ordinario su cauce adecuado de proposición con anterioridad a la celebración del juicio (declinatoria de jurisdicción, art. 666 de la LECriminal), y su propio sistema de recursos, por lo que carece de sentido alguno que no habiéndose suscitado oportunamente dicha cuestión se planteen en casación “per saltum” y extemporáneamente, a través del cauce de la supuesta infracción constitucional al que se pretende dar una amplitud desmesurada y que privaría de sentido a toda la regulación procesal expresamente prevista para que las cuestiones de competencia queden resueltas en una fase anterior del proceso.

(...)

Tercero.—En cualquier caso, y en el supuesto actual, lo cierto es que la cuestión controvertida (la competencia para el enjuiciamiento de delitos conexos de asesinato consumado e intentado), que no es sencilla en el ámbito de la interpretación de la legalidad ordinaria y ha dado lugar a fuertes debates doctrinales así como a soluciones dispares en la práctica judicial, ha quedado resuelta por la Audiencia Provincial de instancia de un modo conforme a nuestra doctrina jurisprudencial.

El artículo 1.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado incluye los delitos de homicidio entre aquellos cuyo enjuiciamiento es competencia del Jurado. Sin embargo el art. 5.1 limita dicha competencia a los supuestos en que el homicidio fuese consumado. El art. 5.2 de la misma ley extiende la competencia del Jurado a los delitos conexos, pero excluye los supuestos de conexidad prevenidos en el párrafo 5º del artículo 17, esto es cuando la conexidad procede

de que los delitos se imputen a una misma persona, tengan analogía entre sí y todavía no hubiesen sido enjuiciados, que es precisamente el supuesto de conexidad que concurre en el supuesto actual entre los homicidios consumados e intentados atribuidos al acusado recurrente.

No es momento ahora de exponer los argumentos manejados doctrinalmente para sostener la competencia del Jurado (la “vis atractiva” del Jurado que se deduce de la regla general con que se inicia el art. 5.2 de la LOPJ, la conveniencia de que la competencia para el enjuiciamiento de los delitos más graves —homicidios consumados— atraiga la de los menos graves, etc.). Lo cierto es que esta Sala Segunda del Tribunal Supremo reunida en Sala General a los efectos de unificación de criterios con fecha 5 de febrero de 1999, acordó mayoritariamente que “cuando se imputen a una persona dos delitos contra las personas, uno consumado y otro intentado, con el riesgo de que el enjuiciamiento separado rompa la continencia de la causa, el enjuiciamiento corresponderá a la Audiencia Provincial”. Criterio que se ha reflejado en las sentencias núm. 70/1999, de 18 de febrero y 716/2000, de 19 de abril, constituyendo por tanto jurisprudencia consolidada que hay que respetar.

En consecuencia el enjuiciamiento de los hechos por parte de la Audiencia Provincial no sólo responde a una interpretación razonable de las reglas de competencia —lo que en cualquier caso excluye la infracción constitucional denunciada del derecho fundamental al Juez predeterminado por la ley— sino también a la interpretación más correcta conforme a la doctrina jurisprudencial.

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

(...)

Sentencia 132/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 6 de febrero de 2001

CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO DE LAS PENAS.

Art. 78 Código Penal

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

SÍNTESIS

Primera sentencia del Tribunal Supremo, de que tengamos constancia, que se ocupa, con la criticada regla, del art. 78 CP relativa al denominado “cumplimiento íntegro o efectivo de las penas”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Octavo.—El artículo 78 del Código Penal de 1995 permite acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente, en aquellos casos en que como consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la suma total de las impuestas, “atendida la peligrosidad criminal del penado”.

Se trata de un mecanismo de corrección de la regla de acumulación jurídica de penas establecido para actuaciones delictivas de extrema gravedad que atenten contra una pluralidad de bienes jurídicamente tutelados, con el fin de procurar que la aplicación mecánica de dicha regla acumulativa puede desembocar en una generalizada conciencia de impunidad de las actuaciones criminales que superen el límite prevenido en el art. 76: es decir que a partir, por ejemplo, de uno o dos homicidios, la privación de la vida de cualquier otra persona carezca en la práctica de efecto punitivo alguno porque las primeras agresiones ya han superado el límite legal.

Esta norma, que tuvo su origen en el debate social sobre el denominado “cumplimiento efectivo de las penas”, centrado inicialmente en determinadas categorías de delincuentes, recibió un sentido más en consonancia con los principios generales del Derecho Penal al establecerse como una regla general y no discriminatoria para una tipología de autores. Asimismo se adaptó a la función rehabilitadora de la pena mediante el establecimiento de un paliativo consistente en que si a la vista del tratamiento penitenciario resultase procedente la superación de esta medida especial, el Juez de Vigilancia Penitenciaria valorando las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonablemente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

Noveno.—El art. 78 dispone que el Juez o Tribunal “podrá” acordar, por lo que la regla tiene carácter potestativo, correspondiendo en exclusiva la competencia para su aplicación al Tribunal sentenciador, que es quien ha podido valorar a través del juicio oral la gravedad de los hechos y las circunstancias personales del acusado. Para ello el Tribunal debe en primer lugar constatar la

conurrencia de una circunstancia objetiva, que constituye un requisito necesario aunque no suficiente: que el límite del cumplimiento sucesivo de las penas que resulte de aplicar las reglas del art. 76 no alcance el 50% de las impuestas y que debieran ser cumplidas. En el caso actual el Tribunal sentenciador toma en consideración este requisito constatando que se supera el límite del art. 76, lo que es evidente pues aun sin tener en cuenta los tres delitos de detención ilegal, cinco de coacciones, tenencia ilícita de armas y allanamiento de morada por los que también ha sido condenado el acusado en esta sentencia, es lo cierto que atendiendo solamente a los delitos más graves (cuatro asesinatos consumados y uno intentado) las penas legalmente impuestas alcanzan los 94 años (una pena de veinte años de prisión por cada asesinato consumado y catorce por el intentado), lo que supera ampliamente el doble del límite de veinticinco años establecido para estos casos por el art. 76.

Concurriendo este requisito previo, indispensable, que en este caso es manifiesto, la decisión del Tribunal debe considerar como parámetro legal expreso la peligrosidad del acusado (“atendida la peligrosidad criminal del penado”, dice la Ley).

En el debate parlamentario se optó por establecer este parámetro subjetivo como único criterio legal, prescindiendo de otros parámetros objetivos ajenos a la personalidad del reo, como “la alarma y perturbación social que los hechos hayan producido”, que figuraba en los textos prelegislativos, pues lo congruente con las finalidades constitucionalmente admisibles de la pena es tomar en consideración a efectos de cumplimiento este factor subjetivo de peligrosidad puesto de manifiesto en la plural actividad criminal pero no un factor que es ajeno a las circuns-

tancias personales del reo, como el de alarma social.

En consecuencia no puede exigirse al Tribunal sentenciador que en su motivación incluya otros factores ajenos al de peligrosidad criminal del penado, que es al que debe atender conforme al criterio legal, y en el caso actual es claro que el Tribunal ha atendido de modo expreso a dicho parámetro subjetivo para estimar procedente la aplicación de la norma, lo que se expresa, sucinta pero razonadamente, en la sentencia de instancia, al señalar que “el procesado J.M. R.L. es autor de cuatro delitos de asesinato consumados y uno frustrado, lo que evidencia su peligrosidad criminal”, con lo que se justifica suficientemente la aplicación de la medida.

Décimo.—Como ya se ha expresado la motivación no constituye un requisito de carácter formulario sino un imperativo de la razonabilidad de la decisión. La motivación puede ser escueta, siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico, es decir que permita conocer tanto a las partes, como al Tribunal que haya de resolver un recurso y, sobre todo, a cualquier observador imparcial, el fundamento racional de la decisión.

En el caso actual dicho fundamento, la extrema peligrosidad del reo, es “evidente” como se expresa en la sentencia impugnada. No se alcanza a comprender que otra motivación exige el recurrente (y el propio Ministerio Fiscal), a no ser que convirtamos las sentencias en textos reiterativos, que repitan una y otra vez en cada fundamento jurídico los presupuestos fácticos de la decisión, que ya obran en el relato de hechos probados, en este caso minucioso y detallado.

Sentencia 139/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 6 de febrero de 2001

ALTERACIONES EN LA PERCEPCIÓN.

Art. 20.3 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

Se recoge la jurisprudencia anterior —no muy abundante— relativa a esta eximente, determinando los requisitos para su apreciación e insistiendo en que no debe considerarse como una “cláusula de recogida” de supuestos no comprendidos en el art. 20.1 CP (anomalía o alteración psíquica).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El Fiscal sostiene, vistos los antecedentes fácticos anteriores, que no concurren en el presente caso todos los elementos necesarios para apreciar la eximente, incluso en su versión incompleta, estimada por el Tribunal, pasando a continuación a analizar los ingredientes fácticos y normativos que integran la misma ex artículo 20.3 CP, que exime de la responsabilidad criminal al que “por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”.

La redacción anterior es fruto de la reforma del CP de 1983 y su antecedente se refiere a la sordomudez desde el nacimiento o desde la infancia, desde el CP de 1932, que introdujo la circunstancia como eximente, hasta la redacción vigente hasta la reforma citada: “el sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción” (antiguo artículo 8.3 CP de 1973).

El primer presupuesto de la eximente se refiere a las alteraciones de la percepción. La consideración de las mismas, tras la reforma de 1983, pues de otra forma no se

justificaría, permite asentarlas no sólo en las deficiencias sensoriales (sordomudez, ceguera, autismo), siempre que sean causa de grave incomunicación socio-cultural, sino también en supuestos de alteraciones perceptivas consecuencia de situaciones trascendentes de dicha incomunicación por falta de instrucción o educación, de forma que el sujeto haya sufrido una merma importante e intensa en su acceso al conocimiento de los valores propios de las normas penales, pues tratándose de una causa de inimputabilidad la alteración debe proyectarse en relación con aquéllos, lo que la diferencia del error de prohibición donde se parte de la imputabilidad del sujeto.

En segundo lugar, en el plano normativo-valorativo, la alteración de la conciencia de la realidad debe ser grave, elemento que puede servir de referencia para graduar su intensidad, eximente completa o incompleta, e incluso en supuestos de levedad la atenuante por analogía del artículo 21.6 CP (lo que al final interesa el Ministerio Fiscal en el presente caso).

Por último, debe concurrir el ingrediente biológico-temporal que consiste en deferir la alteración al nacimiento o a la infancia, y teniendo en cuenta la naturaleza del mismo

no parece que pueda prescindirse de él para acoger la versión incompleta de la eximente.

Por otra parte, la exención prevista en el artículo 20.3 CP tampoco puede considerarse como una cláusula “de recogida” o subsidiaria de la prevista en el número 1º de dicho artículo, por lo que las deficiencias psíquicas o la incapacidad intelectual no son acogibles en el esquema anterior. Igualmente las alteraciones de la percepción de raíz psiquiátrica, como son los trastornos esquizofrénicos (alucinaciones por ingesta de alcohol, alucinógenos), deben tener asiento en el nº 2 del artículo 20 en la mayoría de los casos, con independencia de no cumplir el requisito biológico-temporal, como recuerda la STS de 24/2/1999 (Fundamento 5º). En cuanto a las psicopatías, como alteración de la personalidad, no implican necesariamente una alteración de la percepción en el sentido ya explicado e igualmente concurriría la dificultad de su existencia desde el nacimiento o desde la infancia. Hoy los términos de la eximente primera del artículo 20 CP —cualquier anomalía o alteración psíquica— facilita su encaje a través de dicha vía.

La Jurisprudencia de la Sala Segunda, posterior a la reforma de 1983, atinente al caso, no muy copiosa, ha seguido una línea de moderación en lo que concierne a fijar el alcance de la eximente que analizamos. La STS de 20/4/1987, con cita de la anterior de 14/3 del mismo año, sienta que la alteración en la percepción “estará determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial —sordomudez, ceguera— o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sea efecto de ciertas y

graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad”. La de 22/6/1989, con cita de la anterior, incide también en la existencia de un defecto sensorial. La de 23/12/1992, también apoyándose en las ya citadas, se refiere al presupuesto biológico, deficiencia sensorial, como elemento previo imprescindible, que requiere, a su vez, que ello origine en el individuo una alteración grave de la conciencia de la realidad, “y que, a diferencia de la enajenación mental, lo relevante en esta circunstancia no es un defecto mental, sino una carencia de aptitudes físicas derivada de la incomunicación del contorno social”. Siguiendo su labor de síntesis de la Jurisprudencia anterior afirma que su efecto típicamente exonerador “ha de tener su causa en una precoz situación de aislamiento que la norma define y caracteriza como alteración en la percepción” determinada por un defecto sensorial sin excluir lo ya señalado anteriormente a propósito de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad. La de 9/2/1998 sigue la misma línea. Por fin, la de 24/2/1999, que resume las anteriores, concluye que ha de partirse del defecto sensorial “o de una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos”, añadiendo que no pueden descartarse por completo las excepcionales circunstancias ambientales a las que hemos hecho referencia. Se refiere igualmente a la diferencia que establecen los apartados 1º y 3º del artículo 20, señalando que lo relevante en el presente caso es “centrar el problema de la imputabilidad que cabe atribuir y recaer sobre quien sufre, desde el nacimiento o desde la infancia, alteración de la percepción por tener gravemente alterada la conciencia de la realidad”.

Sentencia 144/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 7 de febrero de 2001

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Arts. 17 y 76 LCS

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

SÍNTESIS

Se ratifica el criterio de la Sala haciendo a la Compañía Aseguradora responsable civil de las lesiones intencionalmente causadas durante la conducción de un vehículo de motor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El motivo del recurso es un intento de cambiar la consolidada doctrina de esta Sala que tiene declarado que en caso de hechos cometidos intencionadamente con el vehículo en el marco de la conducción, debe hacer frente la aseguradora a la responsabilidad civil derivada de aquellos hechos provocados por el conductor del turismo.

Este tema ya fue tratado en la Sala General del día 14 de diciembre de 1994 que en relación al supuesto de siniestro doloso declaró la responsabilidad directa del asegurador en atención a que ésta deriva de “hechos de la circulación”, sin distinguir entre el siniestro doloso, culposo o fortuito.

Posteriormente la Sala General de 6 de marzo de 1997 vuelve a considerar el tema de la cobertura del seguro en los supuestos dolosos, llegando a idéntica conclusión siempre que el siniestro se haya causado “con motivo de la conducción”, siendo esta la doctrina existente en este momento, pudiéndose citar, entre otras, las STS de 29 de mayo de 1997 y 4 de noviembre de 1998, solución que mejor protege al tercero ajeno, víctima del siniestro, en aquellos casos tales como de conducción bajo la influencia de

bebidas alcohólicas o drogas, o en el supuesto de conducción suicida que cae dentro de los supuestos de dolo eventual, no pudiendo ser óbice el art. 19 de la LCS porque éste tiene su aplicación entre las partes contratantes, pero no afecta al tercero ajeno a esa relación contractual ni por tanto al derecho indemnizatorio que le pertenece como víctima de forma propia y autónoma.

El único supuesto excluido del seguro sería el de la utilización del vehículo sólo como instrumento para la comisión del delito, pero quedaría incluido cuando utilizándose el vehículo para el fin que le es propio, de desplazarse de un sitio a otro, se aprovecha esa situación para acometer deliberadamente a una persona mientras se circula.

Este, por otra parte, es el criterio que se mantiene en la Convención Europea sobre Responsabilidad Civil en caso de daños causados por vehículos automóviles, del Consejo de Europa de 1973 cuyo art. 11 excluye la aplicación de dicha Convención a los supuestos de los daños causados por un vehículo que resultan de su utilización exclusiva con fines de no circulación, y en este sentido habrá que interpretar la reciente modificación del apartado 4 del artículo 1 del texto refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de

Vehículos de Motor, salvo que se intente crear dentro de la Unión Europea en una materia tan esencialmente comunitaria como es el tema de responsabilidad derivada de la conducción de vehículos, un espacio diferente del resto de la Unión, definido por una desprotección de las víctimas. Según la reforma que se comenta, acordada en el art. 71 de la Ley 14/2000 de 28 de diciembre. Sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social —BOE, 30 de diciembre de 2000—. “En todo caso no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la consumación de delitos dolo-

sos contra personas y bienes”.

En el presente caso es patente, y así se deriva del “factum” con claridad, que fue en el curso de la conducción de su vehículo por el recurrente que éste se aperció de que por su izquierda le adelantaba Ana María en su motocicleta, y a pesar de encontrarse en caravana y sin posibilidad de adelantar, el recurrente efectuó el giro brusco a la izquierda con la única finalidad de provocar la caída de Ana María y causarle lesiones, y en esta situación, de acuerdo con la doctrina expuesta, es claro el deber de indemnizar que recae sobre la aseguradora aunque esta pueda luego repetir contra su asegurado.

Sentencia 183/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 8 de febrero de 2001

DENEGACIÓN DE PREGUNTAS A TESTIGO Y DILACIONES INDEBIDAS.

Arts. 850.4 LECrim.; 24.2 CE

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo

SÍNTESIS

Expuestos con claridad los conceptos de prueba impertinente, capciosa y sugestiva, la Sala declara que el Tribunal de instancia denegó indebidamente la formulación de preguntas pertinentes a testigo incurriendo por otra parte en un injustificable retraso en el plazo para dictar sentencia que vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y que justifica la deducción de los testimonios de particulares para su remisión al Consejo General del Poder Judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El motivo tercero de este orden se articula al amparo del art. 850.4 de la Ley Procesal “por haberse negado por el Presidente del Tribunal que la testigo, Sra. N.F., por improcedente, contestara a la pregunta de la defensa del acusado, que tenía

por objeto determinar la edad de Luna: si Luna iba con su curso en el colegio “.....”. Igualmente, del número 3 del citado precepto, al desestimarse la pregunta siguiente: “¿Qué curso hacía Luna con 10 y 11 años?”; habiéndose formulado formal protesta en ambos casos ante la decisión judicial.

El motivo debe ser estimado.

En efecto, tal y como argumenta el recurrente y esta Sala ha podido comprobar al examinar los autos, la única prueba practicada acerca de la edad que tenía la denunciante en el momento en que tuvieron lugar los episodios sexuales que se describen en el “factum” de la sentencia, no es otra que las declaraciones de la propia Luna María. Y, habiendo sido imputado el acusado por dos delitos de violación tipificados en el art. 429.3 CP de 1973, es decir, por tener acceso carnal con una menor de doce años, resultaba de capital relevancia la determinación de la edad de la denunciante en aquellos dos sucesos. Pues bien, hemos examinado las manifestaciones de la menor, tanto en fase sumarial como en el acto del juicio oral, y no podemos sino compartir las alegaciones del recurrente con respecto a las imprecisiones y ocasionales contradicciones de que aquéllas adolecen acerca de tan fundamental extremo, (...)

Aparece, por tanto, la pertinencia de las preguntas formuladas a la abuela de la menor, bajo cuyo cuidado y responsabilidad vivía Luna, ejerciendo de hecho la tutela sobre ésta, máxime si tenemos en cuenta que, en el caso presente, ningún documento oficial, figura en la causa que acredite la fecha de nacimiento de la menor denunciante y, por tal medio, verificar que ésta contara nueve años en el otoño de 1991 (cuando se habría cometido la primera violación), ni tampoco fue objeto de reconocimiento médico forense para establecer su edad, conforme a lo prevenido a tales efectos en el art. 375 LECr que, si bien se refiere al procesado, es perfectamente aplicable al supuesto actual.

Tercero.—Así las cosas, si la pregunta impertinente es aquélla que nada tiene que ver con el objeto del proceso, no cabe calificar de impertinentes las preguntas formuladas por la defensa y sí, en cambio, de indudable interés y relevancia para establecer la concurrencia de un elemento decisivo del tipo penal imputado, consecuentemente, de

verdadera importancia para el resultado del juicio. Como tampoco pueden ser calificadas aquéllas de capciosas o sugestivas si por las primeras se entiende la formulada con encubrimiento de su materialidad, con el propósito de lograr a causa de una confusión del testigo una respuesta que daría en otro sentido si la pregunta hubiera sido formulada sin subterfugios y por las segundas aquélla que se formula de tal manera que se está induciendo al testigo a dar una respuesta en determinado sentido. El criterio de esta Sala de casación, al analizar el art. 850.3 y 4 es el de que deben entenderse inicialmente como pertinentes aquellas preguntas correctamente propuestas que son congruentes con los puntos debatidos en el proceso (SSTS de 28 de septiembre de 1992 y 28 de febrero de 1995), de tal forma que los mencionados preceptos deben ser interpretados de manera armónica con el art. 709, —que exige del Presidente del Tribunal que no permita las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes—, pero, fuera de estos supuestos, deberá prevalecer el derecho a la prueba que, junto con el derecho a la contradicción, constituyen las manifestaciones más sobresalientes del derecho constitucional a la defensa que es el que, a la postre, ha sido vulnerado en este caso, ocasionando la indefensión del acusado al impedírsele contradecir a la testigo de cargo.

Consecuencia de cuanto precede es la inevitable anulación de la sentencia de instancia con devolución de la causa al Tribunal de procedencia para que, mediante la celebración de un nuevo juicio en el que no habrán de participar los Magistrados que dictaron la recurrida, se sustancie y termine con arreglo a derecho [art. 901 bis a) LECr].

Cuarto.—Este pronunciamiento anulatorio viene reforzado, además, a la luz del reproche que alega el recurrente respecto al desmesurado e inexplicado lapso de tiempo transcurrido entre la celebración del juicio y la sentencia. Examinadas las actuaciones hemos podido verificar que las sesiones del juicio oral concluyeron el día 22 de octubre

de 1997 y, que se dictó la sentencia el 30 de diciembre de 1998, más de catorce meses después. Esta clamorosa irregularidad no sólo supone una palmaria vulneración del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas reconocido en el art. 24.2 CE, sino que, con tan inaceptable retraso en dictar la sentencia se quiebra el principio de unidad de acto que es esencial en el proceso, irrogando al justiciable una notoria y suplementaria carga aflictiva manteniéndole en la incertidumbre de cuál sea el sentido del fallo durante un período de tiempo absolutamente irrazonable. Por otra parte, la vulneración del principio de concentración, correlativo al de oralidad e inmediación, tiene como fundamento de su exigencia la necesidad de garantizar y preservar la debida hilación, continuidad y coherencia entre juicio y sentencia a fin de evitar la pérdida o difuminación de la percepción judicial recabada por los jueces en las sesiones del plenario que haya de ser trasladada a la sentencia que le pone fin.

Resulta claro que en el caso presente, la flagrante irregularidad trasciende a la exigencia del respeto que el justiciable merece, pues se ha violentado también el derecho a un proceso con todas las garantías, máxime si, como aquí acaece, ninguna diligencia de la Sala o del Secretario Judicial figura en las actuaciones que ofrezca una explicación del extravío de los autos a que alude la sentencia, de su recuperación o de las circunstancias en que tales hechos tuvieron lugar.

Entiende esta Sala casacional que ante tanta deficiencia debe hacer frente a su propia responsabilidad, ordenando la deducción de los testimonios de particulares que habrán de ser remitidos al Consejo General del Poder Judicial a los efectos que éste se digne estimar. Dichos particulares son los correspondientes a la última sesión del juicio oral y subsiguientes hasta la notificación de la sentencia de instancia al acusado junto con esta misma resolución y la presente sentencia.

Sentencia 786/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 8 de febrero de 2001

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Art. 8.1.c) Ley sobre responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos a motor

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

SÍNTESIS

El Consorcio de Compensación de Seguros indemnizará de los daños causados “por” el vehículo y no de los causados “en” el vehículo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. La sentencia recurrida declara la responsabilidad civil directa del Consorcio de Compensación de Seguros por

los daños de dos millones de pesetas causados en el automóvil M-...-UY, robado por el acusado y en el valor de los objetos que se encontraban en el mismo que se determinarían en ejecución de sentencia.

El Abogado del Estado, en nombre y representación del Consorcio, se alza contra ese pronunciamiento de la sentencia formulando este primer motivo de casación al amparo del art. 849.1 de la LECr por infracción del art. 8.1.c) de la Ley sobre “Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor” basándose, en esencia, en que la responsabilidad del Consorcio ha de ajustarse estrictamente a lo dispuesto en aquel precepto y no tiene, en ningún caso, la amplitud que le atribuye la sentencia impugnada.

El motivo, apoyado con idéntico argumento por el Ministerio Fiscal, ha de ser acogido.

2. El art. 4.º de la Ley 21/1990 de 19 de diciembre, de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Directiva Comunitaria 88/357, aprueba el Estatuto del Consorcio de Compensación de Seguros. El art. 11.3 de dicho estatuto atribuye al Consorcio las funciones que le encomienda el art. 8.º de la Ley entre Uso y Circulación de Vehículos de Motor (hoy sobre responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, “L.R.C.S.C.V.M.”, a partir de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre), lo que reitera el art. 5.3 de ésta última al establecer, por lo que ahora importa, que “en los supuestos de robo será de aplicación lo dispuesto en el art. 8.1.c)”, en cuyos supuestos se incluye

también el robo de uso. (S. 1442/1999, de 18 de octubre).

La actual redacción del mencionado art. 8.1.c) de la L.R.C.S.C.V.M. fue introducida por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y dice literalmente que el Consorcio tiene la obligación de “indemnizar los daños a las personas y en los bienes producidos por un vehículo con estacionamiento habitual en España, que estando asegurado, haya sido robado”.

No es posible atribuir al Consorcio mayor responsabilidad dentro del ámbito del seguro de suscripción obligatoria que aquella que se deriva de la propia L.R.C.S.C.V.M.; dicho seguro no cubre los daños propios (art. 5.2 de la LEY) lo que se refuerza con la interpretación gramatical al referirse el citado art. 8.1.c) a los daños causados por el vehículo y no a los causados en el mismo, lo que excluye, en consecuencia, la obligación civil directa del Consorcio de indemnizar los daños producidos en el vehículo robado, ni los objetos que se encontraron en su interior, y se contrae a los daños producidos a terceros en la ilícita utilización del vehículo robado. (En este sentido sentencia de esta Sala 287/1996, de 8 de abril —citada por el Ministerio Fiscal— 395/1998, de 14 de marzo y 1193/2000, de 4 de julio).

Sentencia 153/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 9 de febrero de 2001

REFORMATIO IN PEIUS.

Arts. 24 CE; 5.4 LOPJ; 902 LECrim.

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

SÍNTESIS

Con motivo del recurso de casación articulado por la vía del art. 5.4 LOPJ por vulneración de derechos constitucionales, la Sala expone la doctrina general sobre la “reformatio in peius”, vicio que en su modalidad “de retorno” estima cometido en la resolución recurrida y que conduce al dictado de una nueva sentencia por la propia Sala de casación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El primer motivo, por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales en denuncia de haberse violado el derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la interdicción de la indefensión y del principio acusatorio.

Toda esta batería de derechos conculcados tiene como elemento común el ser la sentencia recurrida un exponente de “reformatio in peius”.

(...)

Estima el recurrente, que recibe el apoyo total del Ministerio Fiscal, que la nueva sentencia dictada por la Audiencia en la medida que impone nuevas y mayores penas al recurrente en relación a la primera dictada infringe el principio de tutela judicial efectiva causante de indefensión así como el derecho a un proceso con todas las garantías y el principio acusatorio, pues es lo cierto que las penas de prisión impuestas por los hechos primero y segundo en cuanto al delito de falsedad documental —tres años y tres

meses— exceden y con mucho las solicitadas por el Ministerio Fiscal —dos años y seis meses— así como las penas que se le impusieron al recurrente en la primera sentencia que fueron por los delitos expresados de un año y nueve meses, por lo que, en definitiva se está ante un claro caso de “reformatio in peius” que el Ministerio Fiscal califica “de retorno”, toda vez que por el efecto de un recurso de casación instado por el condenado, al serle admitida su pretensión, éste se ve condenado en la nueva sentencia dictada por la Audiencia a penas superiores a las que había motivado su inicial impugnación.

La regla de la interdicción de “reformatio in peius” exponente de un principio general del Derecho Procesal constituye una doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, conforme a la cual, la agravación de la pena al recurrente, realizada “ex officio” sin que se le haya dado la posibilidad de ejercitar el derecho de defensa, tiene una dimensión constitucional que desemboca en el conjunto de derechos reconocidos en el art. 24 de la Constitución a través de diversas vías co-

mo son la prohibición de indefensión del art. 24.1 de la Constitución Española, cuando se produce en la segunda instancia una condena de empeoramiento, sin haberse dado al recurrente condenado la posibilidad de conocer los motivos de impugnación de la sentencia recurrida y de defenderse de ellos; también resulta afectado el régimen de garantías procesales y de los recursos, por entenderse que forma parte de él una limitación de los poderes decisorios del Juez superior, y, finalmente la misma idea de tutela judicial efectiva de derechos e intereses del impugnante queda lesionada cuando precisamente la discrepancia de éste con la sentencia dictada produce el efecto perverso de empeorar su situación produciendo unos resultados en contradicción clara con los intereses del recurrente. En tal sentido pueden citarse diversas resoluciones del Tribunal Constitucional —SSTC 84/1985 de 8 de julio, 186/1987 de 23 de noviembre, 115/1986 de 6 de octubre, 15/1987 de 11 de febrero, 17/1989 de 30 de enero y 153/1990 de 15 de octubre, entre otras—.

En nuestro derecho positiva la prohibición de la reforma peyorativa tiene su reflejo, precisamente en relación al recurso de casación en el orden penal en el art. 902 LE-Criminal al preceptuar que si la Sala casa la sentencia en virtud de motivo fundado en Infracción de Ley, dictará a continuación, pero separadamente la sentencia que procede conforme a derecho sin más limitación que la de “...no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente en caso de solicitarse pena mayor...”.

En el presente caso, el primer recurso de casación puesto por el condenado se centra en la falta de motivación de las penas impuestas a los delitos por los que había sido condenado, así como a la falta de justificación de la opción aplicativa de la norma que se considerase más beneficiosa para el acusado al haberse ejecutado algunos hechos bajo la vigencia del Código Penal de

1973, al haber aplicado la sentencia a todos los casos el vigente Código Penal.

Ambas peticiones fueron atendidas en la sentencia de esta Sala que estimó el recurso acordando la previa audiencia del condenado para que quedase determinada la legislación aplicable y asimismo se explicitaran las genéricas “circunstancias personales y familiares” citadas en la sentencia —Fundamento Jurídico Cuarto— en orden a la individualización de la pena pues concurrían dos circunstancias modificativas, la agravante de reincidencia y la atenuante de drogadicción.

(...)

El resultado práctico de las operaciones descritas es el ya anunciado de resultar el recurrente condenado a las penas de tres años y tres meses cuando en la primera sentencia se le habían impuesto un año y nueve meses.

(...)

Evidentemente, la necesidad de motivar la pena, no puede dar lugar a un fallo diferente y peor para el recurrente condenado con quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del artículo 24 de la Constitución, ya que se está en un caso de “reformatio in peius” por vía de retorno pues el empeoramiento de la situación penal del recurrente se ha producido en el marco de un único recurso de casación instado por el condenado en denuncia de falta de motivación, que al resultar estimado debiera dar lugar a nueva devolución de la causa al juzgador de origen para la subsanación correspondiente.

No va a ser esta la decisión de la Sala, sino directamente el dictado de nueva y definitiva sentencia que ponga fin a esta pendencia judicial, y ello tanto por razones de evidente agilización procesal como fundamentalmente ser consecuencia de un recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, y por tanto integrante de una “tercera vía” que no se confunde con el recurso por Infracción de Ley o por Quebrantamiento de Forma, cuyos efectos en

caso de estimación están tasados legalmente en los artículos 901 y 901 bis.a). La específica función que desarrolla la casación por violación de derechos constitucionales, no es otra que velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales en el procedimiento y enjuiciamiento penales, en tanto que los tradicionales fines de la casación clásica de garantizar el imperio de la Ley, son la unificación de los criterios interpretativos y el respeto a las normas de procedimiento, según se trate de los casos de casación por error “in iudicando” o error “in procedendo”.

Tratándose de recurso encauzado por la vía del art. 5.4 LOPJ —como es el caso de autos— los efectos en caso de estimación pueden ser o bien los de la devolución de la causa al juzgador, o bien la recuperación de la instancia con nueva sentencia dictada por la propia Sala de Casación, según los concretos casos que puedan presentarse —en tal sentido, STS de 27 de noviembre de 1989—.

En el presente caso, la estimación del presente motivo va a suponer el dictado de segunda sentencia lo que se hará separadamente.

Sentencia 165/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 10 de febrero de 2001

ESCUCHAS TELEFÓNICAS.

Arts. 11.1 LOPJ; 579 LECrim.

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

SÍNTESIS

La Sala confirma la sentencia recurrida en la que al amparo del art. 11.1 de la LOPJ se declaró ilícita la prueba impidiendo la entrada en el proceso del contenido de conversaciones grabadas atendiendo a la excesiva parqueada del auto autorizante (dudosamente subsanada por remisión al oficio policial) y, especialmente, a la falta de control y seguimiento judicial de la práctica y realización de las escuchas, evidenciada en la concesión de prórrogas sin examen previo del contenido de las grabaciones anteriores.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

3. Como se ha dicho en la Sentencia de esta Sala de 18 de abril de 1997, la doctrina emanada de todo el entorno que se mueve en el marco del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, pone de relieve que las escuchas y los demás procedimientos para

interceptar las conversaciones telefónicas, constituyen un grave ataque a la vida privada, por lo que su regulación se hará por una Ley de singular precisión que contenga normas claras y detalladas.

La gravedad de la interceptación de las conversaciones telefónicas, exige una correlativa decisión judicial suficientemente motivada, en la que se ponderen las circunstan-

cias de hecho, concurrentes en el caso y se especifique de manera detallada, la forma en que se debe llevar a cabo la medida y las garantías necesarias para realizar un efectivo control judicial.

A los efectos del secreto de las comunicaciones, no se agota la cobertura judicial, en la redacción del auto autorizando la intervención telefónica, ya que debe prolongarse y mantenerse durante todo el tiempo que dura la medida. No basta con decir, de forma estereotipada, que los funcionarios de policía darán cuenta cada quince días, del resultado de las escuchas, sino que debe haber constancia en las actuaciones de cuál ha sido el resultado de cada período de observación para, sobre el examen del contenido de las escuchas, resolver, con conocimiento de causa, si la medida puede agotarse hasta su plazo final o si la prórroga está suficientemente justificada.

La falta de razonamiento judicial en la ejecución de la medida de prolongación de las escuchas, provoca la vulneración del principio de proporcionalidad, ya que el responsable de garantizar la medida, no ha podido efectuar un adecuado juicio de ponderación para ordenar que siguiera el sacrificio de un derecho fundamental trascendente como es el de la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

4. En el caso presente se han detectado una serie de anomalías que degradan la validez y fuerza probatoria de las escuchas, haciéndolas invariables a los efectos de su potencialidad incriminatoria.

La resolución del Tribunal de instancia resolviendo la cuestión previa planteada por las partes al amparo del artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contiene una serie de razones válidas para no dar entrada en el proceso a las diligencias de investigación practicadas a través de la grabación de las conversaciones telefónicas interceptadas, produciéndose un efecto en cascada sobre la totalidad del resto de las pruebas practicadas. Nos remitimos íntegramente a su contenido, sin perjuicio de detallar algunos aspectos de las actuaciones.

5. En relación con la interceptación telefónica acordada por el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Estepona (Málaga), se observa que el Auto judicial lleva fecha de 25 de mayo de 1994 y que su redacción es en exceso sintética, dedicando unas líneas a este-reotipar los antecedentes fácticos. Cierto es que una tendencia jurisprudencial de esta Sala, autoriza integrar la motivación por remisión al oficio policial, pero estimamos que ello no exime al Juez de Instrucción de realizar unas mínimas valoraciones fácticas que justifiquen la decisión adoptada. Ahora bien, no por ello deben relajarse el control y seguimiento judicial de la práctica y realización de escuchas. La prórroga de la intervención telefónica se autoriza por Autos de 27 de junio y 27 de julio, sin haber tenido a la vista ni comprobado el resultado de las escuchas que había inicialmente autorizado. Concorre además la circunstancia de que, simultáneamente, se había procedido a la autorización de la intervención telefónica de varios abonados correspondientes a las Provincias de Castellón y Barcelona, dato que parece que desconocía el Juzgado autorizante.

6. Por lo que respecta a la intervención telefónica acordada por Auto de 3 de junio de 1994 por el Juzgado de Instrucción n.º 6 de San Feliu de Llobregat, se debe hacer constar que se lleva a efecto teniendo conocimiento de la medida acordada por el Juzgado de Instrucción de Estepona. Las prórrogas acordadas por Autos de 17 y 27 de junio, se autorizan sin haber comprobado el contenido de las conversaciones grabadas para decidir, en virtud de lo escuchado, si estaba justificada la continuación de la medida. Debe ser resaltado, como pone de relieve la resolución que hemos mencionado, que, una vez finalizada la intervención por este Juzgado, se dispone el sobreseimiento de las actuaciones, sin que se acuerde comunicar la existencia de la investigación a las personas afectadas.

7. La intervención acordada por el Juzgado de Instrucción de Cerdanyola del Vallés n.º 3, también se decide en un Auto con

excesiva parquedad motivadora, pero tiene una característica diferenciadora. En la solicitud policial, se hace mención a las intervenciones telefónicas acordadas por el Juzgado de Instrucción de Estepona, de cuyo contenido se desprenden al parecer indicios de la participación en los hechos del afectado por la medida, pero no se comunica cuál es el resultado exacto de la intervención, en orden a su implicación en la trama delictiva.

Las sucesivas prórrogas decididas por Autos de 5 y 20 de julio y 3 de agosto de 1994, se realizan de nuevo sin que estuvieran a disposición del Juzgado el resultado de las escuchas anteriores. También en este caso, se pone fin a la intervención telefónica por Auto de 11 de agosto de 1994 y se procede al archivo de las diligencias.

8. Por último y en relación con el teléfono intervenido por acuerdo del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Castellón de la Plana, por Auto de 5 de julio de 1994, es de desta-

car que, en la solicitud no se hace referencia a la investigación que está realizando el Juzgado de Instrucción de Estepona, por lo que en ningún momento se tuvo constancia de estos antecedentes. Asimismo, en este caso se acuerda una prórroga sin que se haya tenido conocimiento del resultado concreto de las grabaciones obtenidas en virtud del auto inicial que las autorizaba.

9. En virtud de todo lo que venimos exponiendo, tenemos que llegar a la conclusión de que, efectivamente se ha vulnerado un derecho fundamental de tan sensibles características como el que consagra la intimidad de las conversaciones y comunicaciones telefónicas, por lo que entraría en juego las previsiones invalidantes del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que, en este caso, se pueda disponer de otros elementos probatorios no contaminados que hubieran permitido, por la vía de la teoría de la fuente independiente, llegar a conclusiones incriminatorias.

Sentencia 179/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 13 de febrero de 2001

IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR Y ACTIVIDAD INSTRUCTORA PREVIA.

Arts. 24 CE; 384 y 504 LECrim.

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

SÍNTESIS

Con cita de la jurisprudencia más reciente tanto de la propia Sala como del T.C., se insiste en la necesidad de dar un tratamiento particularizado, según las circunstancias de cada causa, de las intervenciones previas al juicio oral del Tribunal juzgador para valorar la imparcialidad (“método caso por caso”).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. Del estudio de la causa surge que dos de los Magistrados que dictaron la sentencia recurrida intervinieron tam-

bién en el auto de 19-1-1999, por el que se confirmó el que denegó la libertad del recurrente. Asimismo los tres Magistrados que suscriben la sentencia han dictado el auto de 3-3-1999, que dispuso desestimar la apela-

ción contra el auto de procesamiento y denegó medidas de prueba que el recurrente pretendía fueran practicadas en la instrucción. Estos autos constituyen los pronunciamientos que la Defensa estima demostrativos de prejuicio con el que los Magistrados que integraron el Tribunal se enfrentaron al juicio oral.

2. En la STEDH del caso “Castillo Algar”, 28-10-98, en la que se basa el recurrente, el TEDH estableció, haciendo referencia a la STEDH de 29-5-89 (caso “Haus-schlidt”) que “en las circunstancias de la causa, la imparcialidad de la jurisdicción de enjuiciamiento puede suscitar dudas serias y que los reparos del recurrente en este sentido pueden resultar objetivamente justificadas”. Posteriormente, en otro caso similar, en el que un Tribunal militar estuvo compuesto por jueces que habían tomado parte en la desestimación de la apelación contra el auto de procesamiento, el TEDH, haciendo uso del mismo criterio individualizador aplicado en el caso “Castillo Algar”, consideró que en las circunstancias de esta nueva causa no se daban razones que pudieran suscitar serias dudas sobre la imparcialidad del la jurisdicción de enjuiciamiento (STEDH, caso “Garrido Guerrero”) a pesar de que los jueces intervinientes en el juicio habían participado también en la apelación del auto de procesamiento. El distinto sentido que tienen estas sentencias dictadas en casos de confirmación del auto de procesamiento, pone de manifiesto, ante todo, que la imparcialidad del Tribunal no depende de una actuación procesal determinada, es decir, de si se confirmó un auto de procesamiento o no, sino de si en la confirmación de ese auto, teniendo en cuenta la intensidad de la intervención y especialmente el grado de certeza del juicio sobre la inculpación emitido, es posible considerar que los jueces —independientemente de su actitud psicológica respecto del caso— ya no pueden ser considerados imparciales, según las exigencias de un Estado democrático de Derecho.

(...)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuya aplicación nos impone el art. 5.1 LOPJ, ha seguido idéntico criterio. Particularmente debemos señalar las SSTC 151/1991, 136/1992 y 145/1999. (...) El Tribunal Constitucional ha insistido en este punto de vista en la reciente sentencia de 29-1-2001 (Rec. de amparo N° 837/1997), con remisión a numerosos precedentes de su jurisprudencia, al exigir para la exclusión de la imparcialidad que, en su actuación en el proceso previa al juicio, el juez haya tenido una relación directa con el objeto del proceso susceptible de crearle un prejuicio a favor o en contra del acusado que pueda influir en su decisión posterior (SSTC 106/1989, FJ 4; 113/1992, FJ 5; 136/1992, FJ 2; 157/1993, FJ 2; 32/1994, FJ 2; 138/1994, FJ 8 y 299/1994, FJ 3, entre otras”).

3. De acuerdo con esta jurisprudencia, por lo tanto, es preciso analizar las circunstancias concretas de este caso. El criterio del caso concreto, por otra parte, aparece justificado por la naturaleza misma de la cuestión. Se trata de si el Tribunal que juzgó lo hizo imparcialmente o de si su actuación estuvo determinada por un prejuicio contra al acusado, inevitablemente adquirido en la actuación judicial anterior al juicio oral. Esta cuestión no puede ser resuelta de una manera general, dado que las leyes vigentes prevén actuaciones anteriores al juicio oral de Tribunales a los que luego se les impone el deber de juzgar sobre la culpabilidad y la autoría del acusado. Esta situación legal, por lo demás similar prácticamente en todos los EEMM del Consejo de Europa, no ha sido considerada en modo alguno incompatible con la CEDH. (...)

4. En el presente caso el Tribunal a quo ha sido extremadamente cuidadoso al fijar sus propios límites de actuación en sus intervenciones de los autos de 19-1-1999 y 3-3-1999. La lectura de estos autos permite, en primer lugar, comprobar que los jueces a quibus tuvieron una conciencia actual de la necesidad de no formarse, en el trámite de los recursos de apelación que resolvieron,

un prejuicio sobre la culpabilidad del procesado. Inclusive lo han manifestado expresamente en el auto de 3-3-1999, donde dicen que en el trámite de la apelación del auto de procesamiento no les es dado “penetrar en un exhaustivo examen del acopio de material probatorio llevado a cabo por la instructora, puesto que no es esa evidentemente la razón de ser ni el objeto de esta concreta fase del procedimiento, sino del ulterior momento del juicio oral”, limitándose a señalar que sólo consideran adecuada la decisión recurrida en base a la existencia de un testimonio de la víctima y de prueba documental que “parece contradecir sólidamente la versión exculpatoria de éste (del inculpado)” y de datos “aparentemente incriminatorios”.

Lo mismo ocurre en el auto de 19-1-99: los Jueces a quibus, al confirmar los autos denegatorios de la excarcelación del recu-

rrente, hicieron sólo un juicio sobre los extremos de los arts. 503 y 504 LECr, que se refiere a la necesidad de la medida precautoria, sin comprometer en modo alguno al Tribunal sobre la culpabilidad del recurrente. En todo caso, la Audiencia expuso, basándose en decisiones del Tribunal Constitucional, el criterio de experiencia general aplicable en estos casos, que subraya la relación entre la gravedad de la inculpación y el peligro de fuga, que tiene una naturaleza más cercana a una presunción que a un juicio individualizado.

Tampoco es posible deducir del auto de apertura del juicio oral y de admisión de pruebas de 17-9-1999 que la Audiencia se haya interiorizado en la causa de tal manera que hayan perdido la capacidad de juzgar imparcialmente en el juicio oral.

Sentencia 185/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 13 de febrero de 2001

IMPAGO DE PENSIONES.

Art. 227.1 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar**

SÍNTESIS

Se resume con claridad la doctrina jurisprudencial en torno a los requisitos que deben concurrir para apreciar la presencia de este controvertido delito. No basta para colmar el tipo la existencia de meras irregularidades y retrasos en el pago de la pensión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—1. El delito del artículo 227.1 del Código Penal se configura como un delito de omisión que exige como elementos esenciales: A) La existencia de una resolu-

ción judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de sus hijos; sin que sea preciso que a tal derecho de crédito

acompañe una situación de necesidad vital por parte del beneficiario de la prestación. B) La conducta omisiva consistente en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos —frente a los tres y seis meses respectivamente que establecía el art. 487 bis CP de 1973—; conducta ésta de omisión cuya realización consume el delito por serlo de mera actividad sin necesidad de que de ello derive ningún resultado perjudicial complementario del que ya es inherente a la falta misma de percepción de la prestación establecida. C) La necesaria culpabilidad del sujeto dentro de los inexcusables principios culpabilísticos del artículo 5 del Código Penal, con la concurrencia, en este caso de omisión dolosa (art. 12 CP), del conocimiento de la obligación de pagar y de la voluntariedad en el impago; voluntariedad que resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida. En tal sentido esta Sala ya declaró en Sentencia de 28 de julio de 1999 que el precepto penal aplicado (art. 227 CP de 1995) ha sido doctrinalmente criticado desde diversas perspectivas. La más relevante, porque podría determinar su inconstitucionalidad, es la de que supusiese una forma encubierta de “prisión por deudas”. Ahora bien la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 (BOE 30 de abril de 1977), que dispone que “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”, precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución Española. Esta norma obliga a excluir de la sanción penal aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento (“no poder cumplir”), solución a la que ha de llegarse igualmente desde la perspectiva de la cláusula general de salvaguardia propia de los com-

portamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta debida pudiendo hacerla.

2. Lo anteriormente expuesto ha de completarse en un doble sentido: A) En los casos de cumplimiento parcial del débito económico debe rechazarse cualquier formal automatismo que convierta en acción típica todo lo que no sea un íntegro y total cumplimiento de la prestación económica. La antijuridicidad material de la conducta —y no sólo la antijuridicidad formal de su subsunción típica— exige la sustancial lesión del bien jurídico protegido. De ahí que ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta, ni ésta se convierte en delictiva cuando lo insatisfecho es de tan escasa importancia en relación con lo pagado que resulta irrelevante para integrar el delito del artículo 227.1 del Código Penal. Tal cuestión habrá de determinarse en caso concreto en función de las circunstancias concurrentes, excluyendo interpretaciones que supongan la consagración de la prisión por deudas con olvido de que en definitiva se trata de una modalidad típica del “abandono” de familia. B) En segundo lugar, de la inexistencia del delito en los casos de imposibilidad de pago no se sigue que la acusación deba probar, además de la resolución judicial y de la conducta omisiva, la disponibilidad de medios bastantes por el acusado para pagar, pues siendo este dato uno de los factores a valorar en la resolución que establezca la prestación, y siendo susceptible de actualización o alteración por modificación de las circunstancias, el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago por el deudor y por lo mismo la voluntariedad de su omisión. Ahora bien: esto no obsta la posibilidad de que por el acusado se pruebe la concurrencia de circunstancias que hayan hecho imposible el pago, acreditándose así la ausencia de dolo en el impago de la prestación debida.

3. En este caso como el hecho probado, de inexcusable respeto en esta vía casacional, dice que el acusado, separado judicialmente de su mujer —la hoy recurrente— “no le entregó a ésta con regularidad la cantidad para contribuir a las cargas del matrimonio a cuyo pago fue condenado en la sentencia aportando unos meses menos cantidad de la señalada y en otras ocasiones en fechas distintas del mes a que corresponden, todas ellas referidas a los meses de mayo a octubre de 1996”.

(...)

En definitiva, la Audiencia acertadamente sitúa el comportamiento del acusado dentro de unas circunstancias personales determinadas y en el marco de determinados datos, a partir de los cuales infiere de manera razonada y razonable que no actuó dolosamente y con ánimo malicioso de abandonar sus deberes familiares cuando incurrió en ciertas irregularidades al pagar la pensión debida, que consistieron en el retraso de su abono o en su parcial cumplimiento, cuyo alcance cuantitativo no consta, impidiendo así la debida valoración de su conducta a los efectos de apreciar el tipo penal del artículo 227.1 del Código Penal.

Sentencia 192/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 14 de febrero de 2001

PROTECCIÓN PENAL DEL HONOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Art. 207 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia ofrece una completa síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al conflicto entre libertad de expresión y protección penal del honor; a propósito del delito continuado de calumnias por el que fue condenado el autor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Duodécima.—Conforme a una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 104/1986, 107/1988, 51/1989 y 204/1997) la sentencia que resuelva la acusación formulada por delito de calumnia debe ponderar y resolver el conflicto latente ordinariamente en cada uno de estos procesos entre el derecho al honor y la intimidad y el derecho a la libertad de expresión e información.

En efecto cuando con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información reconocidos en el art. 20.1 de la Constitución Española o en el presente caso del ejercicio del derecho de defensa, resulten afectados otros derechos, como sucede concretamente en este procedimiento con el derecho al honor, bien jurídico tutelado por el tipo delictivo de calumnia, el órgano jurisdiccional ha de realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el

fin de determinar si la conducta del agente está o no justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión, información y defensa, de modo que si tal ponderación fuese manifiestamente carente de fundamento, se estaría vulnerando la Constitución Española.

Como criterios fundamentales que han de tomarse en consideración para la realización de dicha ponderación, cabe señalar los siguientes conforme a la propia doctrina del Tribunal Constitucional:

Primero: el valor preponderante de las libertades garantizadas en el art. 20 CE sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzado entonces un máximo nivel de eficacia justificada frente a los derechos garantizados por el art. 18.1 CE en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática. (SSTC 107/1988; 51/1989; 172/1990; 3/1997 y 204/1997).

Segundo: El Tribunal Constitucional ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 CE según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos).

Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas así como de aquellas manifestaciones que contravengan otros valores constitucionales o derechos fundamentales, como la igualdad, la dignidad o el derecho a la intimidad.

Tercero: Los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, a diferencia de lo

que ocurre con los hechos, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que a quien ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, y, por tanto, respecto del ejercicio de la libertad de expresión no opera el límite interno de veracidad (SSTC 107/1988 y 204/1997).

Cuarto: Por lo que se refiere a los límites de la crítica, como manifestación de la libertad de expresión y opinión, es doctrina reiterada la de que el ejercicio de la libertad de expresión —también el derecho a la información— no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquél cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública, pues la Constitución no reconoce el derecho al insulto (SSTC 105/1990, 85/1992, 336/1993, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 176/1995 y 204/1997).

Quinto: En relación con el requisito de veracidad de la información, el Tribunal Constitucional rechaza tanto su identificación con la objetividad (STC 143/1991), como su equiparación con la “realidad incontrovertible” (STC 41/1994), que constreñiría el cauce comunicativo al acogimiento de aquellos hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados (STC 143/1991).

Considera el Tribunal Constitucional que cuando la Constitución requiere que la información sea veraz, no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta

su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (SSTC 6/1988 y 28/1996).

Sexto: Respecto de la naturaleza, extensión, contenido y límites del deber de diligencia del informador, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado, el Tribunal Constitucional considera que se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas (SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992, 41/1994, 136/1994, 139/1995 y 28/1996). Su precisión, que es la del nivel de razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados, viene informada por los criterios profesionales de actuación periódica (SSTC 219/1992, 240/1992 y 28/1996) y dependerá en todo caso de las características concretas de la comunicación de que se trate (STC 240/1992).

Séptimo: El nivel de diligencia exigible adquirirá “su máxima intensidad”, en primer lugar, “cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un

descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere” (SSTC 240/1992, 178/1993 y 26/1996), criterio al que se añade el del respeto al derecho de todos a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, 26/1996) y al que se suma el de la “trascendencia de la información”, en un doble sentido pues si bien dicha trascendencia debe aconsejar un mayor cuidado en la contratación (SSTC 219/1992, 240/1992), apunta también a la mayor utilidad social de una menor estrechez en la fluidez de la noticia.

Octavo: Constituye, por último, criterio de modulación el de la condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado por la información, puesto que “los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidas a personas públicas” (SSTC 171/1990, 173/1995 y 26/1996).

Sentencia 209/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 17 de febrero de 2001

ACUMULACIÓN DE PENAS Y ASISTENCIA LETRADA.

Arts. 988 LECrim. y 76 Código Penal

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

SÍNTESIS

La falta de asistencia letrada en el procedimiento prevenido por el art. 988 de la LECrim. determina la nulidad del auto desestimatorio de la acumulación de condenas. (En el mismo sentido STS 2.ª 419/2001, de 15 de marzo).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el procedimiento tramitado para decidir sobre la petición de acumulación de penas, que regula el art. 988 de la LECrim., se vulneró el derecho fundamental a la defensa y a la asistencia de letrado, que impone el asesoramiento de abogado no sólo en el juicio dilucidador de la culpabilidad o inocencia del acusado, y en los recursos contra la sentencia condenatoria o absolutoria, sino también en un proceso como, el previsto en el art. 988, en el que se decide el posible acortamiento de las penas impuestas, en virtud de la refundición de las señaladas en los distintos procesos al amparo de las normas sobre concurso real establecidas

en el art. 70 del CP de 1973, y en el art. 76 del CP de 1995, por lo que el indicado procedimiento afecte también al derecho del condenado a la libertad. El derecho a la asistencia letrada en el procedimiento establecido en el párrafo 3º del art. 988 de la LECrim. ha sido reconocido en las sentencias del TC 11/1987 de 30.1, 147/1988, 130/1996 y 237/1998, y en las de esta Sala nº 1623/2000 de 23.10, y la de 14.11.2000. Procede por tanto declarar la nulidad de oficio del auto impugnado y reponer las actuaciones al momento de la iniciación del procedimiento para que se subsane la falta de asistencia de letrado, al amparo de lo establecido en el art. 53.1 de la CE y en los arts. 5, 7, 238 y 240 de la LOPJ.

Sentencia 220/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 19 de febrero de 2001

IMPUTACIÓN Y RECONOCIMIENTO EN RUEDA.

Arts. 118 y 368 y ss. LECrim.

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

SÍNTESIS

Tras precisar el concepto estricto o técnico de imputación, la Sala declara que el hecho de someter a una persona a una rueda de indentificación en virtud de una sospecha aún no depurada no le constituye todavía en el status de imputado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se ha denunciado vulneración de los derechos fundamentales de los arts. 24 y 17 de la Constitución, así como de los artículos 118 y 520.2 de la LECrim. respecto de la admisión de la diligencia de reconocimiento en rueda, como medio de prueba.

Al fundamentar este motivo de impugnación se parte de la consideración de que el ahora condenado adquirió la condición de imputado al ser sometido a una diligencia judicial de identificación en rueda, debido a que se daban en él algunas circunstancias que, a juicio de la Guardia Civil que investigaba los hechos, hacían aconsejable su presentación a los denunciante. Esto, por entender que, a tenor de lo que dispone el art. 118 LECrim., cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito —y, se dice, la rueda de reconocimiento es una de ellas— demanda la prestación en sentido pleno de la garantía del derecho de defensa.

Ocurre, no obstante, que la categoría “imputación” como la de “imputado” no son

unívocas en su significación y que, con referencia al proceso, se utilizan para denotar diferentes situaciones en las que puede hallarse un sujeto al que se relaciona con una noticia de delito. Así, en esa primera aproximación, se habla de imputación en presencia de una denuncia o de una querrela de particular; cuando concurra la declaración de un testigo que en un proceso atribuye responsabilidades a una persona ajena al mismo; en el caso del imputado que denuncia a otro como coimplicado; cuando quien denuncia es la policía o el Fiscal, y, en fin, siempre que medie un acto de éste o del Juez que constituya a alguien formalmente en sujeto pasivo de un proceso.

Lo que agrupa a estas modalidades de imputación es que en todas ellas se plantea un tema de decisión, a la vez que incorporan un juicio jurídico sobre una acción concreta. Pero entre ellas existe un matiz diferencial que tiene que ver inicialmente con la cualificación y la posición institucional de los sujetos y que se traduce en consecuencias jurídicas de importancia para el afectado. En efecto, no todas las formas de imputación implican ejercicio de la acción penal y, den-

tro de las que lo suponen, no todas tienen la virtualidad de instaurar en sentido propio el proceso contra alguien, es decir, no todas atribuyen el status de imputado dentro de un curso procesal concreto. El factor diferencial radica en la calidad institucional de quien protagoniza la actuación, según se halle o no dotado de potestad judicial. Por ello, imputación en sentido técnico es sólo el ejercicio de la acción penal por un sujeto institucional investido de una posición de poder judicial que le habilita para, en presencia de una noticia de delito contra persona determinada, instaurar un proceso o actuar en uno ya en curso constituyéndola en el status de imputado, que implica el sometimiento a investigación en un marco de garantías presidido por el principio de presunción de inocencia.

De este modo, la imputación en sentido estricto presupone un juicio (provisional) de correspondencia de un acto con un tipo de delito y la adscripción (asimismo en principio y como hipótesis) de la responsabilidad de su ejecución a un sujeto, contra el que se inicia una actividad de persecución, de —y dentro de— la que éste tiene derecho a defenderse.

A este respecto, ha declarado el Tribunal Constitucional (sentencia 135/1989, de 19 de julio) que “la condición de imputado nace de la admisión de una denuncia o de una querrela (no por cierto de la simple interposición de una u otra) pero si eso es claro no lo es tanto su vinculación con ‘cualquier otra actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o persona determinadas’ (art. 118.2 LECrim.). Si no basta la interposición de la denuncia o querrela contra persona determinada para convertirlo en imputado con el alcance del art. 118, menos debe bastar con el mismo efecto la atribución de un hecho punible a persona cierta y determinada en cualquier diligencia... La fórmula del art. 118.2 LECrim. no puede ser entendida literalmente, sino que debe ser completada por la imprescindible valoración circunstanciada del Juez instructor”.

Pues bien, así las cosas, se hace patente que el hecho de ser sometido a una rueda de identificación en virtud de una simple sospecha aún no depurada, y con el único objeto de verificar si se dan los presupuestos mínimos para abrir una vía de investigación, no constituye todavía en el status de imputado. Y las exigencias de garantía de los derechos del afectado por esa situación se satisfacen mediante la intervención judicial, la presencia del secretario y la asistencia de letrado a la práctica de la diligencia, siempre, claro está, que la rueda se forme con personas idóneas por sus características físicas, para garantizar la calidad del eventual reconocimiento (así, al respecto, la sentencia de esta sala de 15 de febrero de 1994 y muchas otras).

Es claro que es lo sucedido en este caso y, por tanto, como se dice en la sentencia impugnada, la identificación en rueda, llevada a cabo de forma correcta, tuvo como objeto “concretar la posible existencia de un sospechoso, que en ese momento todavía no podía considerarse en situación de imputado”. Lo pretendido por el instructor era “contrastar la verosimilitud de una nueva línea de investigación policial”, que ni siquiera consta se hubiera planteado antes de la remisión del oficio en el que la Guardia Civil informaba de la conveniencia de explorarla, a tenor de la coincidencia de algunos rasgos fisonómicos de S.C. con los atribuidos al denunciado. Y esto, cuando los denunciados no habían tenido siquiera la oportunidad de ver su imagen fotográfica.

En conclusión y por lo que se refiere a este motivo del recurso, la decisión judicial de someter a S.C. a rueda de identificación, con el fin que se ha hecho constar, no le convirtió en imputado, ni fue presupuesto hábil para producir los efectos del art. 118 LECrim. De ahí que no quepa hablar de vulneración de los correspondientes derechos, sin contar con que entre los del imputado no existe uno, y menos fundamental, a negarse a ser sometido a rueda de identificación como sospechoso, del que aquél hubiera podido verse privado.

Y si no se dio vulneración de las previsiones de ese artículo, menos aún de las del art. 520 de la ley, puesto que S.C. ya estaba preso por otra causa y la práctica de la diligencia de reconocimiento no introdujo ninguna modificación significativa en esa situación, más allá —como dice su defensa— del desplazamiento de una dependencia a otra del centro penitenciario durante algunos minutos. Actuación ésta con menor con-

tenido de gravamen del que pudiera representarse para quien se encuentra en libertad el sometimiento a un cacheo de los que el Tribunal Constitucional considera no asimilables a una detención en el sentido de los arts. 490 y siguientes de la LECrim. (entre otras, sentencia de 7 de julio de 1995).

De este modo, el motivo que acaba de examinarse debe ser desestimado.

Sentencia 39/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 21 de febrero de 2001

ROBO CON VIOLENCIA (USO DE ARMAS).

Art. 242.2 Código Penal

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

SÍNTESIS

Ratifica la sentencia el criterio del Tribunal Supremo en el sentido de apreciar la agravante del art. 242.2 del CP sólo cuando las armas utilizadas son portadas previamente al lugar del robo, no cuando el arma o instrumento es cogido “in situ”. [Frente a ello recogemos los argumentos del voto particular discrepante de Enrique Bacigalupo Zapater].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El supuesto agravatorio del apartado 2 del art. 242 del CP de 1995 es idéntico al establecido en el párrafo último del art. 501 del CP de 1944, expresando literalmente “cuando el delincuente hiciese uso de armas u otros medios peligros que llevase, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando el reo atacase a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieran”. La LO 8/1983 introdujo leves modificaciones en el párrafo último del art. 501 del CP quedando redactado el supuesto agravado de la siguiente forma: “cuando el

delincuente hiciese uso de las armas u otros medios peligros que llevase, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando el reo atacase con tales medios a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieran”.

La Jurisprudencia de esta Sala ha entendido de forma constante que en los supuestos de uso de armas o instrumentos peligros no portados al lugar del hecho, sino cogidos “in situ”, no es apreciable la agravante específica prevista en el párrafo último del art. 501 del CP de 1944, y actualmente en el apartado 2 del art. 242 del CP de 1993 (SS.

17.12.82, 6.11.90, 22.3.91, 16.11.92, 10.12.92, 8.2.93, 9.6.94, 1336/1997 de 31.10, 1047/1998 de 29.9 y 1335/1998 de 4.11). Se justifica la exclusión de la agravación, por respeto al principio de legalidad y a los términos del art. 4.1 del CP de 1995, que obliga a no aplicar las leyes penales “a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”, y teniendo en cuenta que el término “llevar” significa gramaticalmente “transportar, conducir una cosa de un sitio a otro”, en la primera de las múltiples acepciones registradas en el Diccionario de la RAE, pero además se considera por la jurisprudencia justificada la limitación de la agravación a los supuestos en que el arma se llevase al lugar del robo, por la mayor peligrosidad, y por ende, mayor antijuridicidad, que supone el portar o poseer de antemano los instrumentos peligrosos (S. 1336/1997 de 31.10).

Este criterio se ha mantenido por el Pleno de esta Sala de 9 de febrero pasado.

(...)

**Voto particular que formula el
Excmo. SR. D. Enrique
Bacigalupo Zapater**

(...)

El verdadero fundamento de la agravación prevista en el art. 242.2 CP es, desde un punto de vista objetivo, el aumento del peligro para bienes jurídicos personales del sujeto pasivo que el autor crea mediante el uso del arma o del instrumento peligroso. Asimismo es posible sostener, desde una perspectiva subjetiva, que dicha incrementación de la pena se explica por el mayor efecto intimidante, y correlativamente inhibitor de la autodefensa, de la víctima del delito. En todo caso, desde cualquiera de estas posiciones respecto del fundamento de la agravación, la circunstancia de que el autor haya llegado al lugar del hecho con el arma o la haya cogido en él, debería ser irrelevante, dado que el peligro corrido por los bienes de la víctima han sido mayores o su capacidad

de autodefensa se ha visto más restringida por la violencia anunciada en el ataque.

La mayoría, sin embargo, entiende que la interpretación que se acaba de exponer no es compatible con el texto de la ley, pues éste se refiere a las armas o instrumentos peligrosos “que llevare” el delincuente. En primer lugar se aduce en favor de esta tesis el sentido gramatical del verbo llevar. El Magistrado que suscribe no puede compartir esta argumentación, pues una palabra que en el Diccionario de la Real Academia tiene reconocidas 23 (veintitrés) acepciones no tiene un sentido tan unívoco como para excluir una interpretación político-criminalmente no objetada en la argumentación de la mayoría. La elección de un significado de una vocablo que tiene tantos no puede ser en ningún caso fundamentada con el método gramatical, si éste, como es obvio, es bien entendido, dado que ya tal elección sólo puede ser consecuencia de algún otro criterio distinto del significado mismo. Sobre todo cuando una de las acepciones del verbo llevar es la de “estar provisto de algo”, acepción, por lo tanto, que no excluye, sino todo lo contrario, la interpretación que aquí se postula.

Consecuentemente, el argumento basado en el principio de legalidad carece de todo respaldo. Es evidente que si llevar significa “estar provisto de algo”, el texto legal cubre también la interpretación teleológica propuesta. Nadie duda que una interpretación cubierta por el texto legal no vulnera en ningún caso el principio de legalidad.

Tampoco es posible compartir el argumento basado en la “mayor antijuridicidad que supone el portar o poseer (el arma) de antemano”. En primer lugar porque la antijuridicidad no es un concepto graduable. No hay más o menos antijuridicidad. Hay antijuridicidad o no la hay, pues la antijuridicidad es la contrariedad al derecho que se da cuando no concurren causas de justificación. En todo caso lo graduable es el injusto o la ilicitud. Pero, es también indudable que desde el punto de vista de la mayor o menor intensidad de la lesión (o peligro de lesión)

del bien jurídico lo decisivo es cómo se produce el ataque o el ejercicio de la violencia, pues ésto es lo que genera mayores peligros para la víctima o una mayor indefensión de la misma. La premeditación del uso del arma o del medio peligroso, que en el fondo es el criterio que propone la mayoría para explicar el fundamento de la agravación de la pena en estos casos, por el contrario, carece de toda relevancia. Se trata de una circunstancia subjetiva cuya ausencia no debe neutralizar el significado de la mayor violencia

a la que objetivamente se ha visto sometida la víctima.

En todo caso, es seguro que la ley penal no puede haber querido favorecer al autor violento simplemente porque la decisión de valerse de un arma o de un instrumento peligroso haya sido adoptada en un momento muy cercano al ataque. La cercanía temporal entre la decisión de usar el arma para intimidar y el ejercicio de la violencia no modifica en nada la situación de la víctima que sufre el ataque.

Sentencia 1655/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 22 de febrero de 2001

ENCUBRIMIENTO.

Art. 451 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos**

SÍNTESIS

Frente al criterio del recurrente (y de la Fiscalía), entiende la Sala Segunda que el nuevo delito de encubrimiento, en cuanto delito de simple actividad, no admite formas imperfectas de ejecución como la tentativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia recurrida condena a Silvia como autora de un delito de encubrimiento consumado previsto y penado en el artículo 451, 1.º y 2.º, del vigente Código Penal. En contra de esa calificación, y a través del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alza la recurrente por entender que tal delito debe entenderse cometido en grado de tentativa.

Es cierto que los hechos probados, en lo que aquí interesa, describen la acción del siguiente modo: “..... Silvia A.M. volvió al interior del piso y se dirigió al inodoro con la intención de arrojar por allí una bolsita

que contenía unos cinco gramos de cocaína.....”, cocaína que, según la sentencia, pertenecía al condenado como autor. De esa descripción deduce la impugnante, al igual que el Ministerio Fiscal en cuanto apoya el motivo, que la acción encubridora no llegó a completarse y de ahí la pretensión de que el delito debe entenderse cometido en la forma imperfecta de ejecución que supone la simple tentativa.

Segundo.—En el Código de 1995, este delito ha pasado de ser una simple forma de participación “post delicto” según los anteriores Códigos (artículo 17 del Código de 1973), a un delito autónomo, por entenderse

el encubrimiento como una conducta dotada del propio contenido del injusto y no ligado o dependiente del tipo delictivo que se trata de encubrir. Esta novedad legislativa que ha sido muy bien acogida por la mayoría de la doctrina, cuando entendió siempre la dificultad que suponía mantener un cordón umbilical entre delito ya cometido por otro y la sanción recibida por un tercero no interviniente en el hecho, crea no obstante, como todo lo novedoso, dificultades interpretativas de un cierto calado que se nos ponen de relieve en el presente supuesto al tener que decidir si tal delito, con tipicidad independiente y autónoma, puede o no ser ejecutado en la forma imperfecta de tentativa.

Para resolver este problema hemos de partir de una interpretación lógica de lo que establece el artículo 451 del Código en sus números 1.º y 2.º (estos dos apartados sirven de base a la calificación de la Sala de instancia) que constituyen entre ambos la esencia

principal del tipo. De esta labor hermenéutica podemos inferir lo siguiente: a) Lo esencial de esa acción delictiva es la de “auxiliar” a los autores o cómplices de un delito para no ser descubiertos, auxilio que puede efectuarse a través de ciertos mecanismos como son la ocultación, la alteración o la inutilización del cuerpo, de los efectos o de los instrumentos de un delito. b) Al tratarse de un delito contra la Administración de Justicia, ese auxilio, aunque individualizado en cada caso en favor de los autores o cómplices siempre ha de tener como misión la de evitar su descubrimiento y así lograr la impunidad, obstruyendo de ese modo la acción de la justicia. c) Por ello, basta con que se produzca ese auxilio para que se entienda consumada la acción encubridora, aunque no produzca el resultado apetecido en todo o en parte, es decir, se configura como un delito de simple actividad en el que, lógicamente, no caben las formas imperfectas de ejecución como la tentativa.

Sentencia 289/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 23 de febrero de 2001

FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL.

Art. 392 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se resume el criterio jurisprudencial, de carácter restrictivo, en relación al concepto de documento mercantil. No lo es el impreso de solicitud de un crédito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) 2. El relato fáctico, del que ha de partirse en la impugnación, afirma que el acusado acudió a un concesionario de

coches interesado en la compra de un vehículo. En el mismo recibió un impreso de solicitud de un crédito para la compra del vehículo de una entidad bancaria que el recurrente rellenó figurando los datos de sus

padres y financiado por ellos al final de la solicitud. Tal impreso fue entregado al banco que autorizó el crédito y entregó 1.600.000 pesetas que el acusado destinó a su propio beneficio.

3. El núcleo de la disensión con la sentencia se articula en torno al concepto de documento mercantil del art. 392 del Código penal.

El Código penal no contiene una definición de lo que debe entenderse por documento mercantil. Su concreción ha sido realizada por la Jurisprudencia de esta Sala y las posiciones de la doctrina científica que durante mucho tiempo la censuraron abiertamente. La jurisprudencia de esta Sala hasta 1991 mantuvo un concepto amplio de lo que debió entenderse por documento mercantil comprensivo de los documentos regulados en el Código de Comercio y leyes especiales mercantiles, también aquellos documentos que recogen una operación de comercio o que tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlos (STS 22.2.1985; 3.2.1989).

A partir del año 1990 esta jurisprudencia varía para delimitar el concepto de docu-

mento mercantil a los documentos explícitamente contemplados en la legislación mercantil que tengan una eficacia jurídica superior a la de simple documento privado que justifique la agravación de su falsedad respecto a la de aquél (SSTS 31.5.91; 1.4.91 y su antecedente de 17.5.89). Justifica ese cambio jurisprudencial la mayor punición de este tipo de documento frente a los privados y su equiparación más los documentos públicos y oficiales que sí tienen en nuestro ordenamiento una definición (art. 1216 Código civil y 596 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil). También la constatación del hecho de que la falsificación de documentos mercantiles normalmente acompaña a otros delitos normalmente patrimoniales.

4. El documento falsificado no es más que un impreso de solicitud de un crédito donde se aportan datos para justificar la solicitud y sometido al control de la entidad bancaria que decide concederlo o no. El impreso no acredita ninguna operación mercantil ni tiene ninguna eficacia jurídica sobre la creación, constitución o extinción de una operación mercantil, por lo que no puede serle atribuida la condición de mercantil a efecto en su punición.

Sentencia 263/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de febrero de 2001

DESOBEDIENCIA.

Art. 410.1 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

Doctrina general sobre el alcance del delito de desobediencia y, en particular, el sentido de la expresión “abiertamente” utilizado en la caracterización de la conducta típica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El delito de desobediencia, tipificado en el Capítulo III del Título XIX CP, delitos contra la Administración de Justicia, al igual que su precedente inmediato del Código Penal de 1973, artículo 369, está integrado por un elemento objetivo cuya descripción consiste en la negativa por autoridades o funcionarios públicos “*abiertamente*” a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, al que hay que añadir el requisito subjetivo de la intencionalidad o dolo por parte de las personas inculpadas (STS de 18/4/1997, entre otras).

Pues bien, el entendimiento del primero de los elementos, tipo objetivo del injusto, constituye la principal cuestión a la hora de definir el alcance del delito. Ante todo, como señala la Jurisprudencia de esta Sala (SSTS, entre otras, de 18/4, 11/10/1997 o más recientemente 13/6/2000) el tipo básico de desobediencia funcional constituye una infracción de mera actividad (o inactividad) que no comporta la producción de un resultado material, y por ello no se anuda al mismo la realización de un acto concreto, positivo, sino que basta la mera omisión o pasividad propia de quien se niegue a ejecutar una orden legítima dictada dentro del marco competencial de su autor, abarcando tanto la manifestación explícita y contun-

dente contra la orden como la adopción de una actitud reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a lo mandado, debiendo predicarse el adverbio abiertamente tanto de un supuesto como de otro. Su empleo por el Legislador equivale, también según el sentido mayoritario de la doctrina y la Jurisprudencia, a la exclusión de la comisión culposa en el sentido de que el delito sólo admite la dolosa, exigiéndose por ello que la oposición se exprese de manera clara y terminante, sin que pueda confundirse nunca con la omisión que puede proceder de error o mala inteligencia, exigiéndose por ello la intención de no cumplirse (STS de 15/2/1990 y las recogidas en su fundamento de derecho primero). La Sentencia de este Alto Tribunal de 23/9/1994 refuerza este entendimiento en el sentido de prever la existencia de un apercibimiento previo, porque este delito no admite la versión imprudente o de culpabilidad culposa. La de 5/2/1994 se refiere a la existencia de una voluntad rebelde por parte del agente, sobre todo cuando la orden es reiterada.

“*Abiertamente*” equivale a una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca y ello, además de excluir, como hemos visto, la comisión culposa, conlleva igualmente una acción u omisión incompatible con supuestos donde razonablemente pueda deducirse un entendimiento o inteligencia desviado de la orden o la presencia de error en relación con la misma, siempre que ello no comporte mala fe por parte del sujeto activo del delito.

Sentencia 308/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 26 de febrero de 2001

IMPRUDENCIA MÉDICA.

Art. 420 Código Penal 1973

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

SÍNTESIS

Frente al criterio de la Audiencia, el Tribunal Supremo condena por lesiones imprudentes en un supuesto en el que la intervención se lleva a cabo contraviniendo crasamente la “lex artis” (se opera la rodilla izquierda en lugar de la derecha), pero el resultado es objetivamente curativo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) ningún debate suscita que el hacer de los acusados fue manifiesta y gravemente negligente al no tomar la más mínima precaución respecto a identificar y preparar la rodilla que debía ser operada, para lo que hubiera sido suficiente consultar el historial clínico de la paciente que estaba a su inmediata disposición. Esta omisión de las más elementales normas de cuidado que son exigibles a toda persona profesionalmente dedicada al ejercicio de la cirugía, se ubica con toda claridad en el ámbito de la temeridad, es decir, en el marco de la imprudencia temeraria profesional, pues, cuando la culpa recae en un profesional que tiene saberes y posibilidades específicas de actuación, las reglas socialmente definidas alcanzan un mayor grado de exigencia, pues no son ya las comunes exigibles a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación técnica avalada por un título facultativo que certifican esos especiales y específicos conocimientos en el campo donde

desarrolla su actividad profesional, con lo que la inobservancia de esas reglas que deben presidir su actuación generan un plus de antijuridicidad (véase STS de 25 de mayo de 1999) y, por consiguiente, un mayor reproche penal en relación con los bienes jurídicos afectados por las actuaciones que requieren un especial cuidado en su ejercicio, de suerte que la imprudencia del profesional en el ejercicio de su campo propio se perfila como una mayor gravedad en función del mayor nivel de exigencia a que éstos están obligados precisamente por disponer de una cualificación técnica sobre la actividad que desarrollan (véase STS de 8 de noviembre de 1999).

La sentencia de instancia no cuestiona la realidad de una conducta temerariamente imprudente, sino que la acepta sin vacilación cuando de manera expresa afirma que en los hechos enjuiciados “se da un desvalor de la acción, porque tanto el cirujano como el ayudante de quirófano deberían haber comprobado y verificado, ya que ambos tenían medios a su alcance (puesto que el historial médico estaba en la camilla de la paciente) para conocer, comprobar y saber que

la rodilla a operar era la rodilla derecha”, añadiendo de seguido que “..... los acusados olvidaron las mínimas reglas deontológicas en la ejecución de la actividad médico-quirúrgica.....”.

Tercero.—No obstante, el pronunciamiento absolutorio se sustenta por el Tribunal sentenciador en la consideración de que no se ha producido el “desvalor del resultado” porque la intervención equivocadamente practicada constituye un “tratamiento médico curativo” que no ha vulnerado la integridad física de la paciente y, por consecuencia, no se ha producido el resultado dañoso que exige el tipo.

Esta Sala de casación entiende, por el contrario, que también concurre en el caso enjuiciado —y siempre a tenor de la resultancia fáctica de la sentencia— el desvalor del resultado de la acción, es decir la consecuencia lesiva vulneradora de uno de los bienes jurídicamente protegidos por la norma.

En este sentido debemos reiterar que el art. 420 CP de 1973 —como el 147 actualmente vigente— no sólo protege el derecho a la salud física o mental de las personas, sino también, y de manera autónoma, el derecho a la integridad corporal de las mismas, según se constata por la utilización de la conjunción disyuntiva “o” en la descripción de la figura delictiva. Quiere ello decir que el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la integridad física “.... no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención en el cuerpo que carezca de consentimiento del titular” (STC de 16 de diciembre de 1996), y esta diferenciación tiene también su reflejo en el tipo penal.

La agresión física que soporta el cuerpo de una persona sometida a una intervención quirúrgica supone un objetivo y real quebranto de la integridad corporal. Por ello mismo, la antijuridicidad de tal acción quedará excluida como elemento consustancial

de todo hecho delictivo siempre que tal agresión a la incolumidad corporal protegida constitucional y penalmente, haya tenido lugar con observancia de las normas que configuran la “lex artis” que debe regir la actuación del sujeto activo, de suerte que cuando la intervención traumática y agresiva que sufre el ser humano se produce no sólo de espaldas a la “lex artis”, sino en oposición frontal a la misma, la antijuridicidad de la acción aparece patente y, consecuentemente, el reproche penal si en el hecho concurren los demás requisitos que configuran el tipo.

Que en el supuesto analizado los acusados actuaron con absoluta omisión del mínimo deber de cuidado a que obliga la “lex artis” a la que debían haber ajustado su actuación, es algo que no admite la menor duda. Por la inexcusable y clamorosa negligencia de aquéllos se intervino quirúrgicamente un miembro que no había sido sometido a examen, ni había sido diagnosticado de deficiencia, alteración o disfunción alguna que hiciera necesaria o conveniente la operación; y, desde luego tampoco se obtuvo el consentimiento de la persona afectada para operar ese miembro del que, inicialmente, ninguna señal ni apariencia aparece en el “factum” de la sentencia que advirtiera de que adoleciera de alguna anomalía. A este respecto conviene significar la relevancia que la autorización o consentimiento del paciente tiene como determinante de la atipicidad de esta clase de conductas o como causa excluyente de la punibilidad que ya puso de relieve la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1995 cuando advertía que salvo situaciones de extrema urgencia en que exista un riesgo inminente para la vida de la persona “.... el médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella”.

Cuarto.—En estas circunstancias, pues, no podemos aceptar la tesis de la Sala de instancia de que no existe el “desvalor del resultado”, pues de lo anteriormente consignado aparece claro que el resultado de la

acción lo constituye la incuestionable agresión a la incolumidad corporal de la paciente, que se vio notoriamente perturbada como consecuencia de una intervención quirúrgica huérfana de diagnóstico previo, injustificada, in consentida e innecesaria a tenor del art. 105 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 que, por lo mismo, no cabe calificar de “tratamiento médico curativo” como causa de justificación de la ilícita acción, máxime si tenemos en cuenta que, si como señala la sentencia, la operación estaba indicada objetivamente para curar a la paciente, ello sólo se advirtió a posteriori de los hechos, pero sin que previamente a la acción quirúrgica efectuada sobre la rodilla izquierda de la paciente se hubiera apreciado síntoma, queja o dato alguno que advirtiere de las deficiencias que se apreciaron

con posterioridad, lo que revela de manera patente que el tratamiento objetivamente curativo lo ha sido de manera absolutamente causal y accidental.

Por último, el resultado material lesivo como consecuencia directa y causal de la intervención quirúrgica practicada contra todas las reglas de la “lex artis”, viene determinada por el daño sufrido en la integridad corporal generado por la propia intervención, y que “como consecuencia de dicha operación, B.T.P., no se recuperó durante el período de sesenta días, y durante 45 días no pudo dedicarse a sus ocupaciones habituales, y sufrió como secuelas hipertrofia del músculo cuádriceps de 2 cms., y dos cicatrices de 1 cm.”, según se especifica en la declaración de hechos probados.

Sentencia 265/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 27 de febrero de 2001

REGISTRO EN LUGAR CERRADO.

Art. 659 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se declara la ineficacia como prueba de cargo de la diligencia de registro en relación con dos de los condenados por la sentencia de instancia uno de los cuales no asistió a la misma por no haberle sido debidamente comunicada su práctica y otro, pese a estar presente, lo hizo sin su Abogado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—El fundamento de derecho 1.º B) razona la prueba de cargo existente contra Carlos y Áurea, prueba que, en síntesis, se funda (para ambos) en dos elementos: a) las declaraciones de Laura y Andrés que im-

plicaban en los hechos a Áurea como destinataria del paquete y a su compañero Carlos como persona que se dedicaba a actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes, y b) el posterior descubrimiento de unas instalaciones en la parcela del chalet donde Áurea vivía con sus hijos, propiedad de Car-

los y que éste visitaba con frecuencia, instalaciones que eran las adecuadas precisamente para obtener cocaína apta para el comercio (en estado sólido) a partir de la recibida en el tan repetido paquete que carecía de esa aptitud (por su estado líquido), tal y como antes se ha expuesto.

Según el razonamiento de este fundamento de derecho 1.º B), la condena de ambos (Carlos y Áurea) quedaba justificada por la concurrencia de esos dos elementos (declaraciones de dos coimputados, y objetos hallados en la diligencia de registro).

Así pues, tal diligencia de registro quedó constituida en elemento esencial para la condena de los dos. Las declaraciones de Andrés y Laura, de finalidad claramente exculpatoria, sólo podrían tener valor suficiente como prueba de cargo si iban acompañadas de ese otro elemento corroborador, que tiene su origen precisamente en la aludida diligencia de registro realizada por orden judicial. Así lo dice la propia sentencia recurrida en el tan citado fundamento de derecho 1.º B).

Ningún obstáculo hay para la validez y eficacia jurídica de ese registro, proveniente del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por dos razones: 1ª. Porque hubo una resolución judicial motivada que lo autorizó conforme prevé expresamente el art. 18.2 CE y razona la sentencia recurrida en la primera parte de su fundamento de derecho 4.º 2ª. Porque el hallazgo tuvo lugar en una nave existente en la parcela y en una pequeña caseta de hierro y ladrillos separadas de la vivienda propiamente dicha, no amparada por la inviolabilidad domiciliaria.

Pero estas diligencias de registro en lugar cerrado con autorización judicial, para que puedan tener eficacia como prueba de cargo, es necesario que se practiquen con respeto de las exigencias propias del principio de contradicción procesal, de modo que, si no se ha dado, a alguno de los imputados al que tal prueba ha de perjudicar, la oportunidad de participar en esta diligencia, la prueba que de la misma pudiera obtenerse no puede ser eficaz contra él.

Veamos qué ocurrió en el caso presente.

Se dictó el mencionado auto de 21 de noviembre de 1996 (folios 176 y 177) con unos graves defectos procesales: se acordó en su parte dispositiva que Carlos, a la sazón privado de libertad, estuviera presente en el mencionado registro, por lo que se mandó librar los oportunos oficios a la policía para que tal presencia fuera posible; pero no se hizo lo mismo respecto de Laura, que se encontraba en la misma situación de prisión y era tan interesada, o más, que Carlos en la práctica de tal actuación procesal, pues era la persona que habitaba en el chalet en compañía de sus hijos. Si se quería que lo que se hallara en esa diligencia pudiera servir de diligencia de prueba contra alguien ya imputado en el procedimiento, era necesario que a este alguien se le diera la posibilidad de asistir. El principio de contradicción en el proceso penal rige con plenitud en la fase del juicio oral. También regía en algunos aspectos concretos en el trámite de instrucción, pero a partir de la Ley 5/1978, de 4 de diciembre, impera como regla general también en esta fase sumarial o de diligencias previas, por lo dispuesto, entre otros, en los arts. 118 y 302 LECr que quedaron modificados por la mencionada Ley 53/1978, que determinan, por un lado, la necesidad de que las diligencias penales se entiendan de modo inmediato con la persona que aparezca como imputada (art. 118) y, por otro lado, la posibilidad de actuar este imputado como parte en la tramitación completa de la instrucción, de modo que, si designa Abogado y Procurador (o solamente Abogado —art. 788—), con él habrán de entenderse todas las diligencias, salvo en los casos en que se acuerde el secreto del procedimiento (art. 302).

De aquí hemos de sacar dos conclusiones de singular importancia en el caso presente:

1ª. Carece de justificación que el mencionado auto acordara la presencia de Carlos en el registro que lo autorizaba y nada dijera de Áurea, también en prisión y tan interesada como aquél en la práctica de la diligencia. (...) Poco puede hacer en el juicio oral la

parte para defenderse de lo actuado antes en esta clase de diligencias, tan relevantes, si en su práctica no se le dio posibilidad de intervenir. Es necesario reconocer a ese defecto procesal (no hacer posible la intervención de Laura en el registro) la máxima eficacia respecto de ésta, negando el que los datos obtenidos por ese registro defectuoso puedan tener eficacia contra ella.

(...)

2.º El referido auto de 21.11.96 tenía que haberse notificado a las partes personadas. Los cuatro imputados, aparte de que todos estaban privados de libertad por esta causa, se encontraban personados en las actuaciones y se hallaban defendidos por medio de sendos letrados, designados por ellos mismos (que también los representaban —art.

788—), por lo que era obligado que con ellos se entendieran todas las diligencias, también la aquí examinada.

(...)

Inexplicablemente esa diligencia se practicó como si se hubiera declarado secreto el procedimiento, cuando tal declaración, ni se había producido, ni había base alguna para ello, ni tampoco consta en las actuaciones que existiera alguna razón de urgencia que obligara a actuar sin que pudieran asistir los abogados de las partes imputadas, todas ellas, repetimos, debidamente personadas en el procedimiento (folios 162 y 167).

(...)

Este defecto procesal nos obliga a estimar el motivo 1.º de su recurso y a dictar una segunda sentencia absolutoria.

Sentencia 274/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 27 de febrero de 2001

DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL.

Arts. 24 CE; 219 LOPJ; 54.12 LECrim.

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

SÍNTESIS

Con cita de la jurisprudencia más reciente se expone con claridad el sentido y contenido de la garantía de la imparcialidad del juzgador, analizándose los distintos supuestos que pueden vulnerarla por confusión de funciones instructoras y decisorias.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el art. 24.2 de la Constitución Española, comprende, según una dilatada jurisprudencia constitucional y de esta Sala (STC 145/1988 de 12 de julio y SSTS Sala 2.ª de 16 de octubre

de 1998, núm. 1186/1998 y 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999, entre otras muchas), el derecho a un Juez o Tribunal imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fun-

damentales de 4 de noviembre de 1950 y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

(...)

Tercero.—Esta garantía de imparcialidad no está únicamente concebida en favor de las partes procesales, sino fundamentalmente en favor del interés público por lo que también han de tomarse en cuenta los supuestos en que pueda existir una “sospecha razonable de parcialidad”. Para alcanzar dichas garantías de imparcialidad (imparcialidad real del Juez —subjetiva y objetiva— e inexistencia de motivos que puedan generar en el justiciable desconfianza sobre tal imparcialidad), se establece legalmente un elenco de causas de abstención o recusación (arts. 219 LOPJ y 54 LECrim) que incluyen situaciones de diversa índole que tienen en común la capacidad para generar, conforme a las reglas de la experiencia, influencia sobre el sentido de una decisión en el ánimo de un hombre normal, por lo que ha de colegirse que también incidirán en el ánimo de un Juez, generando una relevante dificultad para resolver con serenidad, objetividad, ponderación y total desapasionamiento así como desinterés por cualquiera de las partes, la cuestión litigiosa que se le somete.

(...)

Cuarto.—Entre estos motivos legales de recusación se encuentra el que afecta a quien ha sido instructor de la causa, que tiene su fundamento en la necesaria separación que debe establecerse entre el Juez que instruye y el Juez que falla. La prohibición de que se acumulen funciones instructoras y decisorias en un mismo órgano jurisdiccional surge de la razonable impresión de que el contacto con las investigaciones y actuaciones encaminadas a preparar el juicio oral y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir en su cali-

ficación y en la culpabilidad de los presuntos autores, puede originar en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y preveniciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva y en consecuencia el derecho a ser juzgado por un Juez o Tribunal imparcial que es inherente a un proceso con todas las garantías.

(...)

Quinto.—La aplicación de esta causa no puede llevarse a extremos que desborden notoriamente su sentido originario, que es el de los supuestos en los que efectivamente se han confundido en una misma persona las funciones de Juez instructor y de Juez sentenciador, bien como Juez unipersonal o bien como Juez integrado en un Tribunal colegiado. Por ello no se puede extender esta causa de recusación, conforme a la doctrina del TC y de esta Sala, a los Tribunales a los que la Ley les encomienda funciones diferentes de la instrucción pero relacionadas con ella, por ejemplo la resolución de recursos interpuestos frente a decisiones del juez instructor, bien sobre la práctica de diligencias, bien sobre las resoluciones de ordenación o conclusión del proceso dictadas en el curso de la instrucción, bien sobre el procesamiento o bien sobre la libertad de los imputados.

La jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional viene precisando el alcance que debe darse al término “instructor”, y a la expresión “actividades instructoras”, para que éstas tengan la relevancia suficiente que determine la pérdida de la imparcialidad objetiva exigible en un juicio con todas las garantías.

Con carácter general la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que no constituye motivo suficiente para cuestionar la imparcialidad de los miembros de un Tribunal colegiado, normalmente una Audiencia Provincial o bien la Audiencia Nacional, el hecho de que hayan resuelto recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del juez instruc-

tor (Sentencia de 30 de junio de 2000, núm. 1158/2000, entre las más recientes).

Sexto.—Cuando se trata del procesamiento la doctrina jurisprudencial distingue, como señala la sentencia de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999, entre aquellos supuestos en los que la Audiencia se limita a resolver un recurso interlocutorio contra el procesamiento acordado por el juez instructor, confirmando dicho procesamiento sobre la fase de un relato que el Tribunal no ha construido ni preparado, no habiendo tenido contacto alguno con el material de hecho objeto de investigación, en cuyo caso se estima que no queda afectada su imparcialidad objetiva (Sentencias 1186/1998, de 16 de octubre, o 1405/1997, de 28 de noviembre, entre otras) o aquellos otros supuestos en que es la propia Audiencia Provincial la que dicta un procesamiento ex novo sobre la base de imputaciones que no han sido formuladas o aceptadas por el juez de instrucción, (Auto de 8 de febrero de 1993, caso de la presa de Tous y sentencia de 8 de noviembre de 1993), en los que sí cabe apreciar dicha pérdida de imparcialidad.

(...) Como regla general el Tribunal Constitucional insiste en la idea de que la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto sino que hay que descender a los casos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del jugador en cada caso, debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructor compromete dicha imparcialidad sino únicamente aquellos en que por asumir el juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, pueden producir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad que lo inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral.

Séptimo.—Como señala la sentencia de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999, en la doctrina se ha planteado que la Sentencia dictada el 28 de octubre de 1998 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en

el caso Castillo-Algar imponía una revisión radical del citado criterio jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala, conforme al cual el Tribunal que tiene encomendada legalmente la resolución de los recursos de apelación contra los autos de procesamiento y otras resoluciones del juez instructor no queda en principio afectado por la causa de recusación analizada, ya que esta sentencia del T.E.D.H. apreció una vulneración del artículo 6 del Convenio Europeo en un supuesto en el que dos vocales del Tribunal Militar Central que confirmaron un auto de procesamiento formaron parte del Tribunal sentenciador. Sin embargo esta Sala ha señalado ya con reiteración que no se puede pretender extraer conclusiones generalizables de dicha resolución, pues está muy íntimamente vinculada a las circunstancias específicas del caso concreto examinado (Sentencia núm. 569/1999, de 7 de abril o Sentencia de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999).

(...)

Este criterio se reafirma en las Sentencias de 19 de septiembre de 2000, núm. 1393/2000, 30 de junio de 2000, núm. 1158/2000, y 2 de enero de 2000, núm. 1494/1999, entre otras.

Octavo.—De esta doctrina debe deducirse una clara distinción entre dos supuestos radicalmente diferentes, que no pueden ser confundidos: 1.º) Cuando quien ha actuado como Juez Instructor pasa a formar parte del Tribunal o Juzgado enjuiciador. Es en estos casos cuando concurre de modo específico la causa legal de abstención (haber actuado como instructor de la causa penal), y por tanto como regla general debe apreciarse la vulneración del derecho al juez imparcial, y sólo muy excepcionalmente tal vulneración no será apreciable cuando la intervención durante la instrucción sea totalmente inocua, puramente accidental e irrelevante. 2.º) Cuando ninguno de los miembros del Tribunal sentenciador ha sido Instructor de la causa, y únicamente se denuncia que el Tribunal ha resuelto, en el ejercicio de las

competencias revisoras que expresamente le atribuye la Ley como función propia, algún recurso interpuesto contra las resoluciones del Instructor o dictado alguna medida cautelar en prevención del juicio. En estos casos no concurre la causa legal de abstención pues dichas actuaciones no constituyen legal ni materialmente instrucción, ni los integrantes del Tribunal han actuado en momento alguno como instructores. Por ello como regla general no cabe apreciar en estos supuestos la vulneración del derecho fundamental a un Tribunal imparcial, y sólo excepcionalmente se producirá dicha vulneración en casos especiales en que el propio Tribunal hubiese dictado auto de procesamiento (actuación materialmente instructora que incorrectamente le atribuyó el procedimiento de urgencia al Tribunal sentenciador, Auto de 8 de febrero de 1993, caso de la presa de Tous y sentencia de 8 de noviembre de 1993), o bien cuando se aprecie en el caso concreto que el Tribunal al resolver un recurso o dictar alguna otra resolución de su competencia previa al enjuiciamiento haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado. (Sentencias núm. 569/1999, de 7 de abril, 15 de octubre de 1999, 19 de septiembre de 2000, núm. 1393/2000, 30 de junio de 2000, núm. 1158/2000, y 2 de enero de 2000, núm. 1494/1999, entre otras).

Noveno.—Pues bien, el supuesto actual se inscribe en la primera de dichas categorías. Un Juez de Instrucción que actuó como tal durante la instrucción de la causa se integró con posterioridad en la Audiencia Provincial e intervino indebidamente en el enjuiciamiento. Su actuación durante la instrucción, aun cuando fuese ocasional, no fue en absoluto irrelevante: recibió declaración sobre los hechos a uno de los acusados, lo que le permitió adquirir un conocimiento directo del hecho enjuiciado y formarse un juicio sobre el mismo con anterioridad al enjuiciamiento. Además de ello dictó por propia iniciativa un auto de ampliación del procesamiento de otro de los acusados, lo que implica la previa formación de un juicio sobre su culpabilidad.

La participación en el enjuiciamiento, deliberación y votación, de un Magistrado en quien concurre esta condición previa de Instructor, con posibilidad de haberse formado un juicio preliminar por el contacto directo con los materiales probatorios obrantes en la instrucción, vulnera la garantía de imparcialidad del juzgador que ha de vincularse necesariamente a la intervención del mismo en el juicio con independencia de la influencia que su voto pueda tener en el resultado final condenatorio; influencia que en cualquier caso no puede ser conocida dada el carácter secreto de la deliberación.

Sentencia 276/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 27 de febrero de 2001

ASESINATO (ENSAÑAMIENTO).

Art. 139 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras caracterizar el ensañamiento como circunstancia cualificadora del delito de asesinato, entiende la sentencia que dicha circunstancia es compatible con la apreciación de una eximente incompleta de enajenación mental.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Como bien se sabe, para que pueda hablarse de ensañamiento es preciso que concurren datos evidenciadores de haber ocasionado padecimientos que exceden ostensiblemente de los que habría llevado consigo la clase de acción generalmente idónea —en la perspectiva de la relación medio/fin— para la ejecución del tipo objetivo del delito de que se trate. El autor realiza, pues, no sólo el mal del delito, sino otros adicionales, asimismo queridos, y se complace en el plus de sufrimiento que deparan a la víctima. A esto se debe que su conducta sea valorada como expresiva de un injusto de mayor gravedad: si todo delito conlleva un intolerable grado de injusto en el modo de tratar a otra persona, en tal género de supuestos ese coeficiente de injusticia concurre con una especial intensidad.

Alguna jurisprudencia ha asociado mecánicamente el modo de operar propio del ensañamiento a la frialdad de ánimo. Pero, en realidad, no cabe afirmar que exista una relación necesaria entre uno y otra. La calidad de las acciones depende, en última instancia, de la textura moral del sujeto; pero la manera de administrar las propias reacciones a los diversos estímulos y de dosificar su incidencia sobre terceros, es un rasgo de la personalidad que tiene mucho que ver con el carácter. Así, dos individuos de una falta de humanidad equivalente y de similar capacidad de crueldad proyectarán su abyección de distinta manera en función de la diversidad de sus temperamentos. De este modo, una acción perversa podrá desarrollarse, con

más o menos excitación o autocontención, con morosidad o de manera impulsiva, según el perfil psicológico de su protagonista.

En el caso de que aquí se trata, la sala ha apreciado la concurrencia de indicadores objetivos inequívocos de un propósito que iba más allá de la simple privación de la vida; y también ha entendido, con toda razón, y así lo expresa en la sentencia, que el acusado causó de forma intencional ese excedente de daño. Llegando a esta conclusión —de forma procesalmente correcta— a partir de las peculiaridades y el número de las lesiones, de algunas manifestaciones del propio interesado, y de la suposición, nada arriesgada en términos empíricos, de la intensidad del horror que hubo de experimentar la víctima en los que fueron sus últimos momentos.

Es cierto que se apreció en el acusado un trastorno de conducta y que por eso se le ha aplicado una exención incompleta de responsabilidad penal. Pero del mismo modo que ese trastorno no eliminó el dolo de matar alevosamente, tampoco tendría por qué excluir el de causar de forma deliberada un excedente de sufrimiento, sin perjuicio de que esa circunstancia modificativa tuviera que valorarse, como ha sido valorada, en la graduación de la pena.

Por lo demás, la compatibilidad del ensañamiento con la eximente incompleta de enajenación mental puede registrarse en distintas sentencias de esta sala (así, en las de 27 de septiembre de 1983, 28 de mayo de 1984, 20 de febrero de 1986 y 27 de febrero de 1992).

Sentencia 284/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de febrero de 2001

MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES: LÍMITES.

Arts. 650, 732 y 793.7 LECrim.

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

SÍNTESIS

Por ser las conclusiones definitivas y no las provisionales la calificación de que ha de partir el Juzgador, se casa la sentencia de instancia que no atendió a la petición de responsabilidad civil modificada en conclusiones definitivas so pretexto de que podría causar indefensión. La Sala expone los límites a la modificación de conclusiones dimanantes del principio acusatorio, que no se traspasaron en el caso de autos, negando cualquier eventual indefensión, máxime cuando no se hizo uso de la facultad de pedir el aplazamiento de la vista que prevé el 793.7.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el curso del procedimiento, el Ministerio fiscal había solicitado en conclusiones provisionales elevadas a definitivas, la correspondiente indemnización a cada uno de los trabajadores perjudicados que era precisamente la cuantificación que efectuó la jurisdicción social; la acusación particular, sin embargo, aun habiendo insertado esa petición en conclusiones provisionales, al comienzo del acto del juicio oral ya planteó como cuestión previa la petición de las nulidades de contratos citadas y la incorporó a sus conclusiones definitivas. Sin embargo, la Sala de instancia, (...) no accede ni siquiera a analizar esta petición, “por cuanto que si bien existe una petición expresa por parte de la acusación particular la misma fue efectuada, como ya se le puso de manifiesto en el momento de efectuarla, de forma extemporánea, pues se solicitó tanto con carácter previo al acto del juicio como poste-

riormente al modificar sus conclusiones provisionales, pero no en el propio escrito de acusación donde debe efectuarse, como corresponde a toda pretensión civil, el petitum de la demanda, y no puede ser atendida la pretensión por cuanto que la misma, que no se había formulado con anterioridad, resulta sorpresiva para la defensa al haberse efectuado en el mismo acto del juicio sin que se hubiera podido debatir y sin posibilidad de contradicción”.

(...)

Segundo.—El problema que se plantea en este recurso es el del momento procesal idóneo para solicitar determinado aspecto de la responsabilidad civil, como en el caso se trata de la restauración del orden jurídico perturbado mediante la nulidad de los contratos civiles por los cuales se instrumentaliza el fraude para los acreedores laborales.

(...)

Tercero.—Es doctrina consolidada la de que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, habiendo de resolver la sentencia penal sobre tales conclusiones de las partes y no sobre las provisionales; de ahí que se constate que los escritos de calificación comprenden, entre otros extremos, la calificación legal de los hechos, determinando el delito que constituyen (art. 650 de la LE-Crim), y éste como los otros puntos de dichos escritos, puede ser modificado después de practicadas las diligencias de prueba en el juicio oral (art. 732 de la LECrim), suponiendo ello que el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica. De ahí que toda pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificación provisional privaría de sentido al art. 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral. Así viene a resumirse en las SSTC 12/1981, de 10 de abril, 20/1987, de 19 de febrero y 91/1989, de 16 de mayo.

(...)

La posibilidad de modificación de conclusiones al formularse la calificación definitiva a la vista del resultado probatorio viene ofrecida por el artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo en esta definitiva calificación donde queda fijado el objeto del proceso y se establece la exigencia de correlato entre acusación y fallo. Ahora bien, dice la Sentencia de esta Sala de 20 de julio de 1998: cuando las conclusiones provisionales se modifican y en las definitivas se formula acusación por un delito (o subtipo agravado) por el que no se hubiera acusado en aquéllas, el principio acusatorio ha de entenderse satisfactoriamente cumplido cuando haya «identidad de hecho» entre una y otra clase de conclusiones, como dice la Sentencia de 24 de noviembre de 1993, ya que en tal caso no cabe la menor duda de que el inculcado tuvo perfecto conocimiento de los hechos por los que se le acusaba y la posibilidad de utilizar todos los elementos probatorios que estimase pertinentes (Sen-

tencia de 20 de septiembre de 1994). Por otra parte, si las acusaciones varían sustancialmente en las conclusiones definitivas respecto de las provisionales lo que puede suceder es que las defensas no se consideren preparadas para responder y oponerse con eficacia a los nuevos temas, y en tales circunstancias lo procedente es solicitar del Tribunal un aplazamiento de la continuación de la vista, lo que se contempla expresamente en el artículo 793.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado, pero que tiene, sin duda, vocación de generalidad porque responde al principio constitucional de proscripción de toda indefensión (Sentencia de 27 de abril de 1993).

En punto a esta cuestión concretamente de la responsabilidad civil, la Sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 1996, acepta que pueda ser modificada la responsabilidad civil en trámite de conclusiones definitivas, desde la perspectiva de la posibilidad de lesionar el derecho de defensa de las personas a quienes se refiere, y siempre que no haya habido modificación sustancial de los hechos ni de la calificación jurídica ni de los fundamentos de la petición de responsabilidad civil; en todo caso —añade— “la parte recurrente conoció la nueva petición de responsabilidad civil y pudo decidir si se acogía a lo establecido en el art. 793.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solicitando un aplazamiento de la sesión para poder aportar nuevos elementos probatorios y de descargo o si, por el contrario, disponía de prueba suficiente para combatir la nueva petición”; no habiendo hecho uso de esta opción, ni realizó advertencia alguna, dio a entender, por tanto, que estaba en condiciones de contestar dialécticamente a las pretensiones de la acusación.

(...)

Esto mismo ocurre en el caso sometido a nuestra consideración: el único límite que tiene la modificación de las conclusiones provisionales en definitivas es la inmodificabilidad en la sustancialidad de los hechos debatidos en el juicio oral, operando las

conclusiones definitivas como marco definitivo de los temas que deben ser objeto de resolución en la sentencia, marcando así los límites de la congruencia, evitándose la indefensión mediante el mecanismo dispuesto en el apartado séptimo del art. 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que tal regla no deba regir para la responsabilidad civil, por no haber precepto procesal que lo impida, ni haya razón para que el principio de rogación no se cumpla satisfactoriamente con la debida inserción de la petición en conclusiones definitivas, siempre a salvo el principio de defensa y contradicción, y de

que en conclusiones provisionales se haya ejercitado tal acción civil, si bien que en forma provisional, lo que puede variar son sus contornos jurídicos y las cuantificaciones.

(...)

Por las razones expuestas, procede estimar el motivo y casando la Sentencia devolver las actuaciones al Tribunal “a quo” para que por los mismos magistrados se dicte nueva resolución judicial dando respuesta al contenido de la petición de la acusación particular en punto a la responsabilidad civil interesada (...).

Sentencia 311/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 2 de marzo de 2001

IMPUGNACIÓN INFORME PERICIAL.

Art. 24 CE

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

SÍNTESIS

Aplicando el criterio jurisprudencial unificado en el Pleno de la Sala 2.^a de 21 de mayo de 1999 y ratificado el 23 de febrero de 2001, se declara que impugnado un dictamen pericial realizado en la instrucción necesariamente ha de practicarse la prueba pericial en el juicio oral sin que en ningún caso corresponda al acusado la carga de su proposición. (Vid. en igual sentido STS 1993/2000, de 24 de febrero de 2001).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Aun cuando la práctica de la prueba en el juicio oral admite salvedades excepcionales, y entre éstas se han incluido jurisprudencialmente los supuestos de análisis realizados durante la Instrucción por laboratorios oficiales, esta excepción a la regla general únicamente procede cuando la defensa no haya cuestionado el resultado de

los análisis, es decir cuando la naturaleza, cantidad y pureza de la sustancia analizada sea una cuestión admitida y no sometida a debate, por lo que la práctica de la prueba en el acto del juicio oral no se hace necesaria.

Segundo.—Como la regla general es la de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral y como la naturaleza de la sustancia objeto de análisis constituye ordinaria-

mente un elemento del tipo que debe probar la acusación (especialmente en los delitos contra la salud pública, como el enjuiciado en el presente caso), no cabe imponer a la defensa la carga de justificar expresamente su impugnación del análisis efectuado como diligencia sumarial o de suplantar a la acusación proponiendo para el juicio la práctica de prueba pericial sobre un elemento típico que incumbe acreditar a aquélla. En consecuencia, basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción, o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento sumarial pierda su eficacia probatoria, y la prueba pericial deba realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y práctica de la prueba en el proceso penal (Sentencias de 10 de junio de 1999 y 5 de junio de 2000 que recogen el criterio unificado adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999, criterio ratificado en el Pleno de 23 de febrero de 2001).

No ha de olvidarse que la prueba pericial, de la que depende en muchas ocasiones como elemento probatorio único la acreditación de un elemento del tipo y en consecuencia la absolución o condena del acusado, constituye una prueba personal y no documental, que debe ser valorada ordinariamente por el Tribunal sentenciador previa percepción directa, con las ventajas y garantías que proporciona la inmediación. Valoración que exige asimismo que sea sometida a la oportuna contradicción que es lo que garantiza el ejercicio del derecho de defensa, pues como señala el art. 724 de la L.E.Criminal, referido a la práctica de la prueba pericial en el juicio oral, los peritos “contestarán a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan”.

Las deficiencias probatorias derivadas de la falta de proposición de la práctica de la prueba pericial para su celebración en el juicio, o de la falta de percepción por la acusación del hecho de que el dictamen sumarial no ha sido aceptado por la defensa, recaen

sobre la propia acusación conforme a las reglas generales sobre la carga de la prueba en el proceso penal, por lo que corresponde a dicha acusación adoptar las medidas oportunas para evitar este resultado. Únicamente cabe excepcionar, conforme a las reglas de la buena fe (art. 11.1 de la LOPJ), aquellos supuestos en que la impugnación o manifestación de no aceptación del resultado del dictamen practicado en forma sumarial se realice de modo manifiestamente extemporáneo, cuando ya ha transcurrido el período probatorio, por ejemplo en el informe oral o en este recurso de casación.

Tercero.—Aplicando dicha doctrina al caso actual se impone la estimación del recurso. En efecto en el presente caso la defensa no mostró su conformidad ni expresa ni tácita con la analítica realizada durante la instrucción, sino que expresamente interesó la práctica de otro análisis contradictorio, (...). Sin embargo dicho análisis contradictorio no pudo realizarse pues la droga se había destruido íntegramente, sin audiencia de las partes y sin dejar muestra alguna para control, incumpliendo, por tanto, lo legalmente prevenido en el art. 338.2 de la L.E.Criminal, lo que determinó la indefensión de la parte proponente de la prueba.

La sentencia impugnada reconoce expresamente que se ha vulnerado “el régimen de producción sumarial de la actividad de análisis, pesaje y valoración de las sustancias tóxicas intervenidas, al privar a la partes de la preceptiva audiencia previa a la orden de destrucción y al no prevenir la necesaria conservación de las muestras a que se refiere el art. 338 de la Lecrim”, reconociendo también que el laboratorio incurrió en un error al informar inicialmente sobre la cantidad de droga ocupada, lo que podría suscitar ciertas dudas. Ahora bien, considera que incumbía a la parte recurrente la carga de impugnar en el juicio dicho análisis, “pudiendo solicitar la declaración testifical de los funcionarios que recibieron la sustancia o la pericial de los que hicieron el análisis”. Este criterio es erróneo pues, como ya hemos in-

dicado, no incumbe a la defensa sino a la acusación, la carga de acreditar en el juicio la concurrencia de los elementos que integran el tipo.

Cuarto.—En el caso actual ni siquiera existe prueba de cargo válidamente practicada que nos acredite que efectivamente la sustancia ocupada consistía en droga, pues siendo notorio que la defensa no aceptó ni expresa ni tácitamente el resultado del análisis practicado durante la instrucción e incluso propuso un análisis contradictorio que no pudo practicarse, la acreditación de la naturaleza, cantidad y pureza de la sustancia ocupada necesariamente debió realizarse a propuesta de la acusación mediante prueba

practicada en el juicio oral, sometida en el mismo a la debida contradicción mediante interrogatorio cruzado de los peritos comparecientes que podían aportar los elementos de convicción de que dispusiesen, y cuya fiabilidad se valorase directamente por el Tribunal con las ventajas y garantías que proporciona la inmediación. No habiéndose llevado al juicio oral a los peritos, para que, al menos y ante la imposibilidad de practicar el contra-análisis, se realizase con garantía la única prueba pericial posible en el propio acto del juicio, ha de estimarse que no existe prueba de cargo válidamente practicada sobre la naturaleza de la sustancia ocupada, siendo obligada la estimación del recurso, dictando segunda sentencia absoluta.

Sentencia 311/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 2 de marzo de 2001

RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR.

Disposición Transitoria Única punto 6.º de la LORPM

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

SÍNTESIS

Lo dispuesto en el punto sexto apartado primero de la D.T. única de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor no es aplicable a los procedimientos ya juzgados y sentenciados que se encuentren pendientes de recurso de casación o de apelación. (Vid. en igual sentido STS 344/2001, de 6 de marzo, Ponente D. José Antonio Martín Pallín).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...)

(...) La disposición transitoria única de la Ley Orgánica reguladora de la responsabili-

dad penal de los menores, LO 5/2000, de 12 de enero (modificada por la LO 7/2000 y 9/2000, ambas de 22 de diciembre), que entró en vigor el pasado 13 de enero, establece en su punto sexto que “En los procedimientos en curso a la entrada en vigor de la pre-

sente ley, en los que haya imputadas personas por la comisión de hechos delictivos cuando aún no hayan cumplido los dieciocho años, el Juez o Tribunal competente remitirá las actuaciones practicadas al Ministerio Fiscal para que instruya el procedimiento regulado en la misma”.

Como se ha acordado en el reciente Pleno de esta Sala de 23 de febrero de 2001, esta disposición no es aplicable a las causas que se encuentren pendientes de recurso. En primer lugar porque así se deduce de su interpretación literal y sistemática: la norma se refiere a procedimientos en que existan personas “imputadas”, es decir que todavía no hayan sido condenadas o enjuiciadas, y ordena remitir la causa al Ministerio Fiscal para que “instruya” el procedimiento, lo que corresponde sistemáticamente a un momento procesal anterior al enjuiciamiento, pues tras éste ya no hay instrucción y la competencia para la ejecución corresponde al Juzgado de Menores. (art. 46 de la LORRPM y concordantes).

Pero son más relevantes las razones de orden constitucional que avalan esta conclusión. En primer lugar el derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye el derecho al recurso, e impide privar a las partes recurrentes del derecho a que el recurso interpuesto legalmente contra una resolución que no es firme sea legalmente resuelto por el Órgano Jurisdiccional competente. Si se cercena el derecho al recurso pueden resultar afectados, además, otros derechos fundamentales, como sucede en el caso actual con el derecho a la presunción de inocencia del menor, que no fue reconocido en la sentencia recurrida, pero sí en la dictada al resolver este recurso de casación.

En segundo lugar el principio de seguridad jurídica que impide dejar en una especie de limbo las sentencias impugnadas, que no son firmes porque han sido legalmente recurridas, y nunca podrían llegar a serlo al imposibilitarse la resolución del recurso por los Órganos legalmente competentes. Es claro que la Jurisdicción de Menores carece

de competencia para resolver los recursos pendientes, que la sentencia dictada no puede quedar sin efecto más que a través de la resolución de los recursos previstos en la ley, y que la ejecución definitiva de sentencias que no son firmes vulnera el principio de seguridad jurídica, por lo que no resulta conciliable con dicho principio la aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria única, punto sexto, apartado primero, a los procedimientos pendientes de recurso de casación.

Sexto.—Frente a ello se alega, en abstracto, el principio del interés del menor. Pero es claro, en primer lugar, que dicho principio no es absoluto y debe conciliarse con los demás derechos constitucionales afectados; en segundo lugar que el interés del menor puede consistir precisamente en que se resuelva el recurso, que puede determinar una resolución más beneficiosa para el mismo, como sucede en el caso actual al anular la sentencia de casación la condena por delito contra la salud pública, que se le había impuesto al menor en la sentencia recurrida, acordándose su absolucón con todos los pronunciamientos favorables en la segunda sentencia dictada por este Tribunal; y, en tercer lugar, que dicho interés nunca resultara afectado, en definitiva, porque en cualquier caso es plenamente aplicable durante la tramitación del recurso lo dispuesto en el párrafo segundo del citado punto sexto de la Disposición Transitoria Única —lo que determinará la inmediata excarcelación de quien se encontrase en prisión preventiva por un delito supuestamente cometido siendo menor, para lo que se adoptarán por la Audiencia o el Juzgado competente las medidas oportunas en la correspondiente pieza de situación, sin perjuicio de la continuidad del recurso—, y en el caso de que la sentencia definitiva mantenga o agrave la condena, será aplicable en todo caso en fase de ejecución lo dispuesto en los puntos tercero y cuarto de la disposición transitoria única de la ley, por lo que las penas impuestas se-

rán sustituidas por alguna de las medidas previstas en la propia Ley de Menores.

En consecuencia, lo dispuesto en el punto sexto apartado primero de la disposición transitoria única de la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, no es aplicable a los procedimientos ya juzgados y sentenciados que se encuentren pendientes de recurso —de casación o apelación— sin perjuicio, obviamente, de que en el su-

puesto de que la representación del menor o el propio Ministerio Fiscal lo estimasen procedente, valorando los intereses en juego, puedan desistirse del recurso interpuesto en cuyo caso la resolución impugnada puede adquirir firmeza de un modo conforme a la ley, y serán de aplicación las disposiciones transitorias prevenidas en los apartados tercero y cuarto, para la sustitución de las penas impuestas por las medidas prevenidas en la propia Ley de Menores.

Sentencia 315/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 3 de marzo de 2001

ALZAMIENTO DE BIENES.

Art. 519 Código Penal 1973

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

SÍNTESIS

Entre otros muchos aspectos analizados por esta sentencia, extractamos aquí la doctrina formulada en torno a los elementos que caracterizan el delito de alzamiento de bienes y la aplicación de esta figura a un supuesto de ocultación de la previa anulación de una venta consiguiendo, mediante la presentación en el Juzgado de la documentación que parece demostrarla, el alzamiento del embargo con que se garantizaba la ejecución de la sentencia en que se declaró la existencia de la deuda.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—La sucesión de hechos que acaba de ser expuesta nos sitúa claramente ante un delito de alzamiento de bienes. Este tipo delictivo ha sido configurado por la jurisprudencia —SS. de 7-4-91 y 13-4-92— como un delito de mera actividad, tendencia o riesgo, en que la concurrencia del elemento subjetivo del tipo, que es el propósito del deudor de menoscabar fraudulentamente su patrimonio para hacer ineficaz la acción de

los acreedores, anticipa el resultado, de suerte que éste no es la producción efectiva de un perjuicio sino el riesgo de que el mismo sobrevenga. Como se trata de un delito de estructura abierta —Sentencia del 4-10-90— se puede cometer con las más diversas maniobras siempre que todas ellas tiendan a hacer ilusoria la garantía que los acreedores tienen, de acuerdo con el art. 1911 CC, en el patrimonio del deudor. Cualquier acto cuya finalidad sea destruir, hacer desaparecer u ocultar el activo del

deudor puede convertirse en elemento objetivo del alzamiento de bienes, por lo que es indiferente —SS. de 21-5-90 y 19-12-93— que el acto de disposición, si es ésta la forma que adopta la dinámica delictiva, sea real o simulado, oneroso o gratuito, jurídico o sólo material, como asimismo es indiferente que finalmente el deudor haya quedado —SS. de 26-2-90 y 20-3-90— en situación de insolvencia real y efectiva o sólo aparente. A lo que cabe añadir —por ser este punto especialmente importante en el caso enjuiciado— que, aun siendo preciso que los créditos puestos en peligro sean preexistentes y generalmente vencidos, líquidos y exigibles —S. de 7-3-96, entre otras muchas— no debe entenderse que estas notas están ausentes por el mero hecho de que un crédito se encuentre en estado de litispendencia —S. de 6-11-84— puesto que la resolución judicial que declara la existencia de una deuda y condena a su pago no se constituye en fuente de la obligación. Es precisamente la conciencia de la preexistencia de la obligación la que lleva al deudor a realizar los actos enderezados a imposibilitar el cumplimiento de la misma cuando finalmente sea declarada.

En el caso sometido a enjuiciamiento, el acusado Sr. M.M., viéndose demandado para el cumplimiento de una obligación cuya realidad y cuantía le constaban, puesto que nacía de un préstamo recibido por él y su socio y abonado exclusivamente por éste, simuló primeramente vender por escritura pública los bienes más fácilmente realizables que tenía —las participaciones que le correspondían en la sociedad— aunque por documento privado de la misma fecha se cuidó de prever la anulación de dicha operación que, efectivamente, fue anulada pocos meses después por documento igualmente privado. Al mismo tiempo, hizo figurar en la escritura pública un precio de venta lo

suficientemente alto como para hacer desistir a su socio del ejercicio del derecho de tanteo, determinando que aquél le requiriese para que la fijación del precio se hiciese de acuerdo con lo que preveían los estatutos de la sociedad, sin que, tras este requerimiento, llegasen los interesados a consenso alguno ni comunicase el Sr. M.M. a su socio y acreedor que la compraventa había sido resuelta. Y una vez creada la apariencia de que ya no era titular de aquellos bienes, consiguió el Sr. M.M. que el Juzgado que conocía del pleito en que se reclamaba el cumplimiento de la obligación, alzase el embargo trabado tras el pronunciamiento de la Sentencia sobre las participaciones que tenía en la sociedad, impidiendo la ejecución y llegando incluso a expedir y presentar en autos una certificación de contenido falso, confeccionada por él mismo, en que afirmaba que los bienes embargados no le pertenecían por haber sido transmitidos en escritura pública. Estos hechos estuvieron claramente orientados a burlar los derechos del acreedor mediante un acto de disposición simulado, cuando tenía la certeza de que su obligación sería judicialmente declarada y, más tarde, cuando ya lo había sido por sentencia firme y el acreedor pretendía la ejecución de la misma, mediante la falaz insistencia en ocultar la irrealdad de la disposición, recurriendo incluso a la falsedad documental para que la deuda no pudiese ser hecha efectiva en los bienes supuestamente enajenados. Siendo así, poco importaba ya, para que quedase consumado el delito de alzamiento de bienes, que posteriormente y como consecuencia de la interposición de una querrela y el comienzo de un procedimiento penal, llegase a conocerse la verdad, a trabarse de nuevo embargo sobre los bienes hasta ese momento ocultados y a satisfacerse, al menos en parte, el derecho de crédito que con tanta contumacia intentó burlar el acusado.

Sentencia 164/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 5 de marzo de 2001

DETENCIÓN ILEGAL. VIOLENCIA DOMÉSTICA.

Arts. 153 y 163 Código Penal

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

SÍNTESIS

Dejar atada a una persona a un árbol, aunque después logre desasirse, integra el tipo de las detenciones ilegales. Por otra parte, en el delito denominado de “violencia doméstica” (art. 153 CP) no encuentra aplicación, por ser inherente, la circunstancia agravante de parentesco.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La jurisprudencia de esta Sala —véase, entre otras muchas, la S. de 11.9.98— ha consolidado una doctrina en torno al delito de detención ilegal según la cual este tipo de ilícito es, de un lado, de ejecución instantánea, a cuya consumación no empece que la víctima consiga evadirse poco después de ser privada de libertad y, de otro, de morfología dual pues tanto se comete encerrando como deteniendo al sujeto pasivo. “En ambos casos se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si ‘encerrar’ supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de unos determinados límites espaciales, ‘detener’, en cambio, implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad”. De acuerdo con esta conocida interpretación, que es por lo demás rigurosamente fiel al sentido gramatical de las palabras empleadas en la definición legal del tipo, no puede ser cuestionada la subsunción

de la conducta del acusado en el art. 163.2 CP. El mero hecho de atar a la espalda las manos de su esposa pudo constituir un simple delito de coacciones que es la forma genérica de atentar contra la libertad de una persona, pero atarla después a un árbol y abandonarla en tal situación integró, sin duda alguna, la forma específica y más grave de dicho atentado que es la detención ilegal, pues a partir del momento en que la mujer quedó sujeta al árbol se vio absolutamente privada de libertad para desplazarse, no teniendo relevancia alguna, en orden a la consumación del delito, que lograrse romper con los dientes la cuerda que la sujetaba y salir a un camino donde un vecino le desató las manos. No era en el tipo de coacciones, como pretende la parte recurrente, sino en el de detención ilegal donde procedía incardinar la acción a que se refiere este motivo que, por lo expuesto, ha de ser rechazado.

Quinto.—(...) la parte recurrente denuncia la indebida aplicación de la circunstancia de parentesco prevista en el art. 23 CP., en su condición de agravante, porque, al entender de dicha parte, la relación conyugal entre el acusado y su esposa estaba destrui-

da cuando el primero cometió los hechos por los que ha sido condenado. El motivo debe ser parcialmente estimado aunque no por la razón en él alegada. No existe en la declaración de hechos probados dato alguno que permita afirmar la destrucción previa de la relación matrimonial. (...) No obstante lo dicho, la mencionada circunstancia, justificadamente apreciada en el delito de detención ilegal y en las faltas de lesiones y malos tratos, no ha debido agravar la responsabilidad criminal del acusado en el delito de violencia doméstica al que es claramente inherente. Siendo un elemento obje-

tivo del tipo previsto en el art. 153 CP., que la violencia física se ejerza, entre otros posibles sujetos pasivos, sobre el cónyuge o los hijos, es claro que esta relación parental no puede servir al mismo tiempo, sin mengua del principio "ne bis in idem", para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad, a lo que se opone, por lo demás, el mandato del art. 67 CP. Con este limitado alcance y haciendo abstracción de la razón invocada por la parte recurrente, procede estimar el tercer motivo del recurso.

Sentencia 328/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 6 de marzo de 2001

MOMENTO PRECLUSIVO PARA PROPOSICIÓN DE PRUEBA. INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO.

Arts. 656, 728 y 729.2 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

Se abordan en la sentencia dos cuestiones relativas a la prueba. De una parte, el momento para su proposición, constituido por regla general, por los escritos de calificación provisional, aunque no precluye con ellas cuando se trata de prueba preconstituida unida a las actuaciones ni la solicitud de lectura de diligencias sumariales. Por otra, se analiza la facultad concedida al Tribunal en el art. 729.2 de la LECrim. debiendo ser entendida como un admisible impulso procesal no lesivo del principio acusatorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En su escrito de calificación provisional, (folio 68 del Rollo de Sala), el Ministerio Fiscal se limitó a interesar como prueba para el acto del juicio oral el interrogatorio de los acusados, la testifical sin de-

signación de testigos y la documental sin más adiciones. Posteriormente trata de subsanar la omisión (folio 83), una vez dictado por la Sala el Auto a que se refiere el artículo 658 LECrim., proponiendo determinados testigos y extendiendo la documental a todos los folios. Tras diversos incidentes pro-

cesales se dicta resolución por la Sala provincial (sin foliar en el Rollo) de fecha 4/2/2000 rechazando la testifical y admitiendo la pertinencia del interrogatorio de los acusados y de la documental propuesta en tiempo y forma por el Ministerio Fiscal, señalándose fecha para el inicio de las sesiones del juicio oral. Recurrido en súplica el particular relativo a la prueba documental por la defensa de los acusados, se inadmite el recurso por providencia de 15/2/2000, formulándose la correspondiente protesta por aquéllos.

(...)

Del juego de los artículos 656 y 728, ambos LECrim., se desprende, en relación con el procedimiento ordinario, que es el momento de la calificación cuando el Ministerio Fiscal y las partes deben manifestar en sus respectivos escritos “las pruebas de que intenten valerse, presentando listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia”, precluyendo, por ello, en dicho trámite, la posibilidad de solicitar más pruebas. La razón de ello no es otra que preservar el equilibrio entre las partes. En el procedimiento abreviado, no obstante, el artículo 792.1.2 autoriza que hasta el inicio de las sesiones del juicio oral “podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportunos y el Juez o Tribunal admitan”, estableciendo igualmente que las pruebas ya propuestas en los escritos de calificación y denegadas pueden ser objeto de nueva petición, lo que significa que sólo la prueba documental y documentada es susceptible de introducirse “ex novo” en el momento de iniciarse el juicio oral. En cualquier caso, en el procedimiento abreviado el legislador suaviza la rigidez que se deriva en el ordinario del tenor del artículo 728 LECrim. en relación con el momento de la proposición de las pruebas.

Ahora bien, no se infringe el artículo 656 LECrim. cuando, como sucede en el presente caso, se trata de una diligencia de entrada y registro practicada con todas las formalidades legales bajo la fe del Secretario Judi-

cial, pues constituye una verdadera prueba preconstituida y como tal se incorpora a las actuaciones en fase de instrucción a través del acta correspondiente, es decir, forma ya parte del acervo probatorio y por ello no está comprendida en el alcance del artículo citado que se refiere a nuevas pruebas no existentes procesalmente en dicho momento, por lo que las preconstituidas unidas a las actuaciones por ser tales no se sujetan a la exigencia de una nueva proposición. Y en relación con el principio sentado en el artículo 728 LECrim., relativo a que la práctica de las diligencias de prueba se debe constreñir a las propuestas por las partes, de ello no se sigue que la introducción en el juicio oral mediante su lectura de las diligencias practicadas en el sumario, al objeto de preservar el principio de contradicción y el derecho de defensa, deba ceñirse a las consignadas en los escritos de calificación provisional, precluyendo la petición en dicho momento, sino que el artículo 730 LECrim., a continuación del 729 que constituye una excepción al principio del 728 citado más arriba, lo autoriza sin sujeción a la previa petición incorporada en los escritos citados, sin perjuicio de la norma del artículo 726 LECrim. que autoriza al Tribunal el examen por sí mismo de los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad. Por ello, no sólo no se ha vulnerado derecho fundamental alguno del acusado, sino tampoco los preceptos de legalidad ordinaria mencionados más arriba.

(...)

La segunda cuestión se refiere a la infracción del principio acusatorio y, por alcance, según el propio recurrente, también al de igualdad, legalidad penal y el relativo al Juez imparcial. Todo ello lo hace depender de haber infringido la Sentencia los artículos 728 y 729 LECrim. por cuanto la Sala “a quo” habría asumido una iniciativa en materia de prueba no propuesta por la acusación cual es la lectura en el juicio oral de las actas de las diligencias practicadas en el Sumario

(entrada y registro) cuyo contenido ha servido para enervar la presunción de inocencia del acusado.

El artículo 729 LECrim. que permanece inmodificado desde la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por el Real Decreto de 14/9/1882, produjo ya una cierta polémica, por lo que hace a su número 2.º, entre los primeros comentaristas, acallándose posteriormente, hasta que en diciembre de 1993 la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó dos sentencias (de fecha 1/12/1993) que marcaron una inflexión en la interpretación y alcance de la norma del número 2.º del artículo 729 LECrim. La razón de ello es entender que el precepto atenta contra el sistema acusatorio, convirtiendo al Tribunal en acusador o defensor, según los casos, de posibilitar la subsanación de errores y omisiones de las partes mediante la introducción de medio de prueba no propuestos en tiempo y forma por las mismas, afectando, por ello, a la imparcialidad e independencia del Tribunal. Por contra, sus defensores siempre han subrayado la necesidad de la búsqueda de la verdad material en el proceso penal y el logro de la justicia.

En cualquier caso, partiendo del juego ya señalado más arriba de los artículos 656 y 728 LECrim., el 729 constituye una excepción a la regla general y por ello de siempre se ha estimado que no puede ser objeto de interpretación extensiva por los propios Tribunales, hablándose de pruebas complementarias que se justifican por la propia naturaleza de los valores presentes en el proceso penal que no se compatibilizan con verdades formales. También es cierto que los supuestos excepcionales regulados en dicho precepto no son homogéneos: el primero no implica verdaderamente la existencia de una prueba autónoma e independiente puesto que se trata de confrontar declaraciones y testimonios ya realizados; el tercero atiende al supuesto de la verificación de la prueba testifical; y el segundo, —las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere

necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación—, es el que constituye el verdadero núcleo del problema.

De acuerdo con el sistema acusatorio, hay una acotación previa del objeto de la prueba autorizada en el número 2.º del artículo 729 LECrim., la de referirse a “cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación”. Esta delimitación objetiva es sumamente trascendente por cuanto presupone una manifestación correctísima del alcance y contenido del principio acusatorio, es decir, se refiere a los hechos y su imputación de una persona, delimitándose así el objeto del proceso, sin que el Tribunal tenga potestad alguna en materia de aportación fáctica. Una segunda acotación, también objetiva, se refiere a los medios probatorios empleados, “las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes”. Si hubieren sido propuestas en tiempo y forma el Tribunal tendría que haber preveído sobre su admisión o denegación antes de la celebración del juicio oral. Pero el supuesto verdaderamente relevante para la inteligencia de este inciso, es el relativo a haberse denegado previamente y una vez practicadas en el juicio oral las admitidas aquella que se negó “a prior” resulta necesaria para complementar las realizadas, hipótesis que no encaja en la literalidad del precepto y cuya respuesta estaría en función de la proposición que se adopte frente al fondo del problema que suscita el precepto que comentamos, y en última instancia no se trata tanto de preservar el principio acusatorio propiamente dicho como garantizar la imparcialidad del Tribunal. Por último, el Tribunal debe considerar necesaria la práctica de la diligencia en cuestión.

Recientemente el Tribunal Constitucional se ha ocupado del artículo 729.2 en su sentencia 188/2000, de 10/7, a propósito de su interpretación conforme a la Constitución, declarando que en “la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparciali-

dad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal del impulso probatorio, por ejemplo, respecto a los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la finalidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el artículo 729.2 LECrim., no puede considerarse “per se” lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (artículo 741 LECrim.) en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propio (artículo 117.3 CE). (...) De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto”.

La propia jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha vuelto a reconocer el juego del artículo 729.2 con posterioridad a las restrictivas SS de 1/12/1993. Por todas la de 28/6/2000, con cita de las de 21/3/1994, 23/9/1995, 4/11/1996, 27/4 y 11/11/1998, 7/4 y 15/5/1999, sienta la dis-

tinción entre carga de la prueba e impulso probatorio, afirmando que la iniciativa que al Tribunal atribuye el artículo 729.2 LECrim., puede ser considerada como “prueba sobre la prueba” que no tiene por finalidad probar hechos favorables o desfavorables sino verificar su existencia en el proceso, “por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación”.

Con independencia de atender al caso, lo cierto es que el supuesto contemplado en el precepto tantas veces citado no constituye “per se” vulneración del principio acusatorio, ni del derecho a la imparcialidad objetiva del Tribunal, pudiendo ejercitarse dentro de los límites definidos anteriormente.

En el presente caso no sólo no ha habido exceso por parte del Tribunal en la iniciativa que se le reprocha, lectura en el Plenario de los documento designados, sino que en relación con la diligencia de entrada y registro se trata de verdadera prueba proconstituida cuya proposición incluso ex artículo 656 LECrim. ya hemos señalado que era innecesaria. Se trataba de verificar los hechos ya constatados en el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal, que expresamente se refiere a la diligencia de entrada y registro llevada a cabo en el sumario, lo que en realidad constituye el impulso probatorio a que se refiere la Jurisprudencia Constitucional y de esta Sala, compatible con el respecto a los principios y derechos que se dicen vulnerados por el recurrente.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado en su integridad.

Sentencia 343/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 7 de marzo de 2001

ACUMULACIÓN DE CONDENAS.

Arts. 76 Código Penal y 206 RP

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

SÍNTESIS

Cuando la pena total a cumplir sea excesiva por no poderse acumular las distintas condenas, es preciso agotar los mecanismos legales que impidan que nos encontremos “de facto” ante una prisión perpetua. Propone la sentencia acudir, en tales hipótesis, a la modalidad de indulto previsto en el art. 206 del Reglamento Penitenciario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

2. Haciendo un repaso de las condenas, cuya acumulación se solicita, podemos constatar que la primera sentencia lleva fecha de 12 de diciembre de 1985 y tiene su base en un delito de asesinato por el que se imponen veintidós años de reclusión que no han sido revisados. La segunda es de 3 de noviembre de 1989, por un delito de homicidio y se le imponen 20 años de prisión que no han sido revisados. La tercera sentencia es de 27 de mayo de 1991 por un delito de homicidio cometido el 6 de mayo de 1989 por el que se le impone una pena de diez años de prisión al haber sido revisada. La cuarta y última sentencia es de 22 de noviembre de 1996, por un atentado cometido el 17 de junio de 1992 y se le impone la pena de cuatro años y seis meses de prisión ya por el nuevo Código.

3. Es evidente que la pena impuesta por la primera sentencia, no puede atraer hacia sí ninguna de las posteriores, ya que todos

los hechos contemplados en las restantes sentencias se cometieron cuando la primera ya había adquirido firmeza. Ahora bien, los hechos enjuiciados en las sentencias de los años 89 y 91 pudieron ser objeto de tratamiento conjunto, ya que el homicidio de la tercera sentencia es anterior a la fecha de la firmeza de la segunda sentencia. Cabe por tanto la acumulación separada de estas dos condenas previa la revisión de la pena impuesta en la segunda sentencia lo que nos podía llevar a un tope de veinte años. Por último, el hecho al que corresponde la última sentencia, aparece totalmente desconectado de las anteriores y es de fecha posterior a la firmeza de todas las sentencias precedentes y la pena ya se ha actualizado conforme al nuevo Código Penal.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que la pena total resultante sería excesiva y superaría en todo caso la barrera máxima de veinticinco años que se le podría aplicar si todas las condenas pudiesen ser acumuladas.

4. Como ya se ha dicho por la jurisprudencia de esta Sala podemos reiterar que

una pena de esta extensión no cumple ya ninguna función preventiva general ni preventiva especial, ni tiene virtualidad para producir efectos reeducadores o resocializadores. Por ello es necesario, como apunta el Ministerio Fiscal, buscar fórmulas que permitan dar una respuesta adecuada a las circunstancias personales y penitenciarias que concurren en el recurrente. Creemos que el uso debidamente combinado de los mecanismos previstos en la legislación penitenciaria, permiten solucionar la indeseable consecuencia de una pena que, por su extensión, se podría asimilar a la cadena perpetua, lo que chocaría con los principios constitucionales en cuanto que resultaría no sólo

inhumana y degradante sino que perdería cualquier posibilidad resocializadora.

Teniendo en cuenta la positiva evolución del recurrente y la modificación de su conducta, creemos que la solución más adecuada y justa, pasa por agotar todas las posibilidades del sistema Penitenciario y más concretamente de la previsión contemplada en el artículo 206 del Reglamento Penitenciario, que permite a la Junta de Tratamiento, previa propuesta del equipo técnico, solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular en cuantía tal que permita dar por cumplida la pena, si se observa que concurren las condiciones precisas para alcanzar tal efecto.

Sentencia 1511/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 7 de marzo de 2001

IMPUGNACIÓN (FICTICIA) DE INFORME PERICIAL. BUENA FE Y ABUSO DE DERECHO.

Art. 11.1 y 2 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

Con cita de la STS 956/2000, de 5 de junio, (reproducida en el núm. 2.º —enero 2001— de la Revista de Derecho Penal), la Sala considera inaplicable el criterio jurisprudencial unificado aprobado en Sala General de 21 de mayo de 1999, por tratarse de un caso en que la declaración impugnatoria del informe pericial sumarial emitido por Laboratorio Oficial es mera ficción, vulneratorio de las reglas de la buena fe que deben respetarse en todo tipo de procedimiento (cfr. con la STS 311/2001, de 2 de marzo, reproducida en este núm. 4.º de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El apartado A), apoyado por el Ministerio Fiscal en su escrito de instruc-

ción del recurso, se endereza a impugnar la declaración fáctica relativa a la naturaleza, peso y valor de la sustancia intervenida según análisis llevado a cabo en el Laboratorio

del Servicio de Restricción de Estupefacientes del Ministerio de Sanidad y Consumo. (...) se especifica que los informes del Servicio de Restricción mencionado obrantes a los folios 27 y 35 de las actuaciones fueron expresamente impugnados en el escrito de calificación provisional de la defensa.

Del examen de las actuaciones efectivamente se desprende la existencia del informe, en rigor prueba pericial documentada, a los folios 27 y 35 del procedimiento abreviado. Más adelante, folio 90, al evacuar la defensa su escrito de conclusiones provisionales, tras mostrar su disconformidad con el relato de hechos del Ministerio Fiscal y solicitar la libre absolución de la recurrente, en el apartado relativo a la prueba se limita a declarar por lo que hace a la cuestión controvertida “..... impugnándose expresamente los folios 27 y 35”. Celebrado el juicio oral, la sentencia hoy impugnada, fundamento de derecho primero, razona que la defensa impugnó los folios citados y que “sus conclusiones fueron elevadas a definitivas, pero sin exponer en ningún momento las razones que justificaron la impugnación. Es en el informe oral cuando la defensa argumenta que los documentos impugnados carecen de valor, ya que en el momento procesal correspondiente, ciñéndonos a la fórmula consabida, la prueba documental se dio por reproducida, sin que se diera lectura a la impugnada expresamente”.

Tercero.—(...) La Jurisprudencia de esta Sala al respecto, alcance y validez de la prueba pericial documentada y consecuencias de su impugnación, se manifiesta efectivamente en el acuerdo de Sala General de 21/5/1999. En desarrollo del mismo la STS de 5/6/00 afirma que “en atención a las garantías técnicas y de imparcialidad que ofrecen los Gabinetes y Laboratorios Oficiales se propicia la validez “prima facie” de sus dictámenes e informes sin necesidad de su ratificación en el juicio oral siempre que no hayan sido objeto de impugnación expresa en los escritos de conclusiones en cuyo caso han de ser sometidos a contradicción en di-

cho acto como requisito de eficacia probatoria (con cita de las SS de 26/2/1993, 9/7/1994, 18/9/1995 o 18/7/1998, entre otras)”. Fundamento de lo anterior es la aceptación por el acusado del informe pericial emitido en fase de instrucción, bien sea expresa o tácitamente, “no siendo conforme a la buena fe procesal la posterior negación del valor probatorio del informe documentado si éste fue previamente aceptado”. En relación con el alcance de la impugnación la sentencia mencionada en primer lugar, que tiene en cuenta el criterio unificado aprobado en Sala General, también señala que “no cabe imponer a la defensa carga alguna en el sentido de justificar su impugnación del análisis efectuado” y que “al acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con esa aceptación tácita para que la regla general (comparecencia de los peritos en el Plenario) despliegue toda su eficacia”.

Cuarto.—Pues bien, sin desconocer la doctrina anterior, debemos señalar que una cosa es que la impugnación no esté motivada y otra distinta que la declaración impugnatoria sea una mera ficción subordinada a una preordenada estrategia procesal, cuyo contenido ni siquiera se expresa en el trámite del informe subsiguiente a elevar las conclusiones a definitivas, es más, a través de dicho cauce se revela la falta de fundamento y seriedad de la impugnación cuando se aduce algo en rigor ajeno a su contenido como es la regularidad o irregularidad procesal de su introducción en el juicio.

El artículo 11.1 y 2 LOPJ, —en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe y los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal—, permite corregir dicho abuso procesal, como hace la Sala de instancia, cuando ex artículo 726 LECrim. introduce la prueba, pericial documentada, como acervo probatorio capaz de enervar la presunción de inocencia, pues lo que se revela de los hechos anteriores, impugnación

ficcia, es la aceptación tácita de la validez del informe emitido por el Organismo Oficial, y siendo ello así no es exigible la lectura cuya falta ahora se denuncia, siendo suficiente la aplicación del artículo 726 citado. La Sala Provincial indaga el alcance o verdadera intención de la declaración de voluntad impugnatoria teniendo en cuenta los actos no sólo coetáneos sino posteriores del

recurrente (artículo 1282 CC), llegando a una conclusión interpretativa razonable. Por otra parte, aquél confunde, en el fondo, la impugnación de un documento con el contenido del informe pericial, cuya oposición en rigor debería tener su cauce bien mediante una impugnación absolutamente incuestionable o a través de la proposición de la correspondiente contraprueba pericial.

Sentencia 376/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 12 de marzo de 2001

ALZAMIENTO DE BIENES.

Art. 257 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se expone la doctrina jurisprudencial en torno a los elementos que caracterizan al delito de alzamiento de bienes, insistiendo sobre todo en el problema del resultado típico.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...) 2. El delito de alzamiento de bienes constituye una infracción del deber de mantener íntegro el propio patrimonio como garantía universal en beneficio de cualquier acreedor (artículo 1911 del Código Civil). Aparece sucintamente definido en los artículos 519 CP, 73 y 257.1 CP de 1995 que utilizan dos expresiones muy ricas en su significación, conforme han sido reiteradamente interpretadas por la Doctrina y por la jurisprudencia de esta Sala: “alzarse con sus bienes” y “en perjuicio de sus acreedores”.

Prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición

de su persona y de su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentra dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse.

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore dónde se encuentra, o de modo más sofisticado, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen o se sustrae algún elemento del activo patrimonial de modo que se impide o dificulta la posibilidad de realización ejecuti-

va, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión “en perjuicio de sus acreedores” que utilizan los mencionados artículos ha sido siempre interpretada por la Doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores.

De tal expresión así entendida se deducen tres consecuencias:

1.^a Han de existir uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.^a La intención de perjudicar al acreedor o acreedores constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.^a Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal vigente al incluir todos ellos en el mismo Capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación “De las insolencias punibles”, de modo semejante al CP de 1973.

Conviene precisar que como resultado de este delito no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (sentencias de 28-5-79, 29-10-88 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

Desde luego no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (sentencia de 6-5-89), ni menos aún que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Volvemos a repetir: lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstacule razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un

resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia de este delito.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo pa-

trimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio. En definitiva, algo que se encuentra insito en el mismo concepto de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y que no puede constituir un elemento del tipo nuevo a añadir a la definición del artículo 257.1.1 del Código Penal actual (519 CP anterior), salvo que se entienda en la forma antes expuesta.

Sentencia 408/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 12 de marzo de 2001

VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.

Arts. 24 CE; 158 y 741 LECrim.; 238.3 LOPJ

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

SÍNTESIS

Por concurrir a dictar sentencia un magistrado que no había asistido a las sesiones del juicio oral sustituyendo a quien sí lo había hecho, se vulneró el principio de inmediación produciendo la nulidad insubsanable de la resolución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el rollo de Sala 108/1998 (...) incorporado al presente recurso de casa-

ción consta que la sentencia recurrida aparece dictada por una Sala integrada por los Ilmos. Sres. D. José Francisco C.S., D. Juan Manuel F.M. y D.^a Blanca G.A., mientras

que a la vista del juicio oral asistieron, según la correspondiente certificación, los dos primeros de los tres magistrados mencionados y el Ilmo. Sr. D. Juan José G.P., que actuó de Presidente, pero no asistió la Ilma. S.^a D.^a Blanca G.A.

Tercero.—Como se recuerda en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de febrero de 1983 —caso Albert y Le Compte—, el art. 6.1 del Convenio Europeo en cuanto recoge el derecho de toda persona a que su causa se escuche de forma pública y equitativa, dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, está definiendo el derecho a la jurisdicción que es la primera manifestación y por tanto el primer contenido del derecho a obtener la tutela judicial efectiva (Sentencia del Tribunal Constitucional 124/1984 de 18 de diciembre), que tiene por presupuesto y fundamento la inmediación del tribunal, es decir, que el tribunal que resuelva, sea aquel ante el cual se han desarrollado las alegaciones de la acusación y defensa y se ha practicado la prueba, de donde se deduce que el juez que no ha escuchado no puede juzgar, pues la inmediación es el presupuesto indispensable del derecho a la jurisdicción.

Este derecho a la jurisdicción se encuentra reconocido en el art. 24.1 de la Constitución y, por lo que ahora importa, exige inexcusablemente que el juez que resuelva sea el mismo que el juez que ha conocido del asunto. Sólo así puede interpretarse el art.

741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que somete a la valoración en conciencia por el Tribunal de las pruebas practicadas “en juicio”, precepto que quedaría vacío de contenido si tal valoración fuese efectuada por quien ha carecido de la imprescindible inmediación, y por tanto juzga sin haber visto y oído. (SSTS 1515/1998, de 27 de noviembre y 136/1999, de 8 de febrero).

Cuarto.—Es claro, por lo expuesto, que se está ante una nulidad insubsanable en los términos previstos en el apartado 3º del art. 238 de la LOPJ, porque evidentemente quien no ha presenciado el juicio oral y dicta sentencia incurre en un total apartamiento de las normas esenciales del proceso penal en cuanto al principio de inmediación judicial que conlleva el de oralidad, contradicción y audiencia y es llano que en esta situación se produce una grave indefensión para el condenado cuya subsanación sólo puede ser conseguida con la nulidad de la sentencia pronunciada en tales términos para que el mismo tribunal ante el que en su día —10 de marzo de 1999— se celebró la vista dicte la correspondiente sentencia.

Por lo expuesto procede la declaración de nulidad de la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Pamplona de 16 de marzo de 1999, y que por la Sala integrada por los mismos magistrados que presenciaron el juicio el día 10 de marzo de 1999, se proceda, sin necesidad de celebrar nueva vista, a dictar la sentencia correspondiente.

Sentencia 415/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 12 de marzo de 2001

REINCIDENCIA.

Art. 22.8 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se exponen pormenorizadamente los datos que deben figurar en la sentencia en orden a apreciar la circunstancia agravante de reincidencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Octavo.—Los datos que figuran en la sentencia, y sobre los que el Tribunal a quo sustenta la aplicación del art. 22.8 citado, se limitan a señalar que el acusado ahora recurrente fue “... condenado ejecutoriamente en fecha 28 de junio de 1995 a 4 meses y 1 día de arresto mayor por un delito de robo”.

No indica la fecha en que quedara extinguida la condena; ni el abono de la prisión preventiva que hubiera podido sufrir; ni los beneficios de la redención laboral; ni la eventual concesión de la remisión condicional....., datos todos ellos relevantes para determinar el momento de cumplimiento de la pena para, desde ahí, efectuar el cómputo de los plazos de cancelación, a pesar de lo cual, el Tribunal a quo estima que ese antecedente genera la agravante de reincidencia.

Pues bien, cuando la sentencia dictada en la instancia adolece de tales carencias de elementos fácticos necesarios para efectuar un pronunciamiento certero sobre la eventualidad de la rehabilitación, deberá aplicarse la doctrina que esta Sala Segunda ha establecido para tales situaciones y que se compendian, entre otras, en la STS de 11 de noviembre de 1998: 1º Las circunstancias

modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (SS. de 23 de octubre y 23 de noviembre de 1993 y 7 de marzo de 1994). 2º. En los casos en que la acusación cuente con una condena por una Sentencia que permita la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse de aportar a la causa certificado de la extinción de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete, pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación (SS. de 3 de octubre de 1996 y 2 de abril de 1998). 3º. En la sentencia de instancia deben constar todos los datos de los que resulte la reincidencia, sin que, por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del art. 849.1, pueda esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del art. 899 LECr pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirectamente al reo (sentencia de 26 de mayo de 1998). 4º. Como dicen entre otras las SS. de 25 de marzo

y 29 de febrero de 1996, todos esos datos —como la fecha de la firmeza de las sentencias, penas impuestas, fecha de cumplimiento de las penas que en su caso tendría en cuenta la redención de penas por el trabajo en el ámbito del Código anterior, fecha de acaecimiento de los hechos, abonos de prisión preventiva, y remisión condicional o período de suspensión también en su caso— han de constar en el “factum” por cuanto la aplicación “contra reo” de cualquier precepto sólo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los derechos fundamentales del art. 24 CE (SS. de 12 de marzo y 16 de mayo de 1998). 5º. Si no constan en los Autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, reden-

ción, indulto, expediente de refundición (SS. de 11 de julio y 19 de septiembre de 1995; 22 de octubre, 20 de noviembre y 16 de diciembre de 1996; 15 y 17 de febrero de 1997), expresando la STC 80/1992, de 28 de mayo, que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva. 6º Por consiguiente, a falta de constancia de la fecha de extinción, que es la del día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (art. 118.3 CPD y art. 136.3 NCP) deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia (STS de 22 de febrero de 1993; 27 de enero y 24 de octubre de 1995; 6 y 9 de mayo y 24 de septiembre de 1996) (véanse también SSTS de 17 de enero de 1997 y 26 de mayo y 23 de septiembre de 1998, entre muchas más).

Sentencia 382/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 13 de marzo de 2001

COAUTORÍA.

Art. 28 Código Penal

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la coautoría. No es precisa la ejecución por cada coautor de actos típicos de modo que en el caso enjuiciado, se condena a los tres intervinientes como coautores de un homicidio pese a que sólo uno de ellos asestó las puñaladas mortales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—Consta en el hecho probado que los tres acusados viajaban en un vehículo cuando avistaron a su víctima que cami-

naba por la calle. Los dos recurrentes, que mantenían profundas discrepancias con el agredido, decidieron detener el vehículo y encararse con él, lo que así hicieron, dirigiéndose los tres, armados con cuchillos y

un bastón o cayado (“cachaba”), rápidamente hacia su víctima, mientras el acompañante de ésta lograba huir. Los tres acorralaron al posteriormente fallecido, que se encontraba desarmado y aturdido por el consumo de estupefacientes, contra la puerta de un garage, y encontrándose en dicha situación, rodeado por los tres acusados (Mariano esgrimía un cuchillo, José Antonio la “cachaba” y Marcos Sergio otro cuchillo), este último le asestó varias cuchilladas que le afectaron el tórax, brazo izquierdo, ceja izquierda, región pectoral derecha y otra en la región dorsal que, entre otras lesiones, le seccionó las arterias femoral y braquial y le ocasionó la muerte inmediata.

Atendiendo a este relato debe confirmarse el criterio del Tribunal Superior de Justicia que condena como coautores del delito de homicidio a los dos recurrentes.

La doctrina de esta Sala en materia de autoría conjunta (sentencias de 14 de diciembre de 1998, núm. 1177/1998, 14 de abril de 1999, núm. 573/1999, 10 de julio de 2000, núm. 1263/2000, 11 de septiembre de 2000, núm. 1240/2000 y 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000, entre otras), señala que la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del Código Penal 1995 como “realización conjunta del hecho” implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, y concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

En consecuencia, a través del desarrollo del “pactum scaeleris” y del co-dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo

del tipo como la realizada en el caso actual por los recurrentes que aun cuando no materializaron de manera directa y personal el apuñalamiento de la víctima sí se integraron desde el primer momento en el plan común realizando conjuntamente las acciones necesarias para encararse con ella, perseguirla por la calle, acosarla con armas, ahuyentar a su acompañante y acorralarla en grupo en un lugar sin salida, de tal modo que así acorralada y aislada la víctima, la acción final de su apuñalamiento, realizada por uno de los actuantes mientras los demás la amenazaban con sus armas e impedían cualquier posibilidad de fuga o defensa, es imputable a todos ellos en concepto de coautores.

Lo único que podría discutirse es el encuadre de dicha conducta en la coautoría en sentido propio, como se califica por el Tribunal sentenciador, o en la cooperación necesaria que en cualquier caso está asimilada punitivamente, estimándose correcta la calificación de coautoría por las razones expuestas. La coautoría, como señala la sentencia de 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000, aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, subordinado o no, del partícipe a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será condominio funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

En el caso actual es claro que todos los acusados actuaron de común acuerdo, a iniciativa de los recurrentes que eran precisamente los directamente enemistados con la víctima según el relato fáctico, acosándola y persiguiéndola hasta su muerte, aportando

su esfuerzo común en la fase ejecutoria, con condominio del hecho y con reparto de funciones, pues asegurándose conjuntamente con su actuación y con sus armas de que la

víctima no tenía salida ni defensa, no se hacía necesario que todos ellos le asestaran el golpe mortal.

Sentencia 382/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 13 de marzo de 2001

REVISABILIDAD EN VÍA DE RECURSO DE LOS JUICIOS DE INFERENCIA SOBRE ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO.

Art. 849.1 LECrim.

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

SÍNTESIS

Con cita de la STS 439/2000(reproducida en el núm. 2.º de la Revista de Derecho Penal) se reitera la posibilidad de revisar en vía de recurso los juicios de inferencia o pronunciamientos sobre elementos subjetivos del tipo (el “animus necandi” en el caso de autos) contenidos en el relato de hechos probados de una sentencia de instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El segundo motivo de este recurso, también por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la Lecrim. denuncia la falta de aplicación de los arts. 142 y 147.1 del CP de 1995, en relación con el de 1977 del mismo Código. Alegan los recurrentes que aunque el Jurado les declaró culpables de la muerte de la víctima también manifestó que no tenían intención de darle muerte, por lo que el hecho debe ser sancionado como un delito de homicidio imprudente en concurso con otro delito doloso de lesiones, afirmando que de los hechos no cabe deducir la concurrencia de “animus necandi” sino a lo sumo de asustar, amedrentar o lesionar. Sin embargo el Tribunal Superior de Justicia, apreciando la concurrencia de un

dolo eventual en cuanto al resultado de muerte, les condenó como autores de un delito de homicidio.

Es cierto que en el veredicto del Tribunal del Jurado cabe apreciar una cierta contradicción, al declarar que los recurrentes son culpables de haber dado muerte al Sr L.C. y sin embargo estimar que no tenían intención de hacerlo, contradicción que llevó inicialmente al Tribunal Superior de Justicia a anular el juicio, en resolución que fue casada por este Tribunal.

(...)

La sentencia del Jurado declaró probados unos hechos incontrovertibles que permiten una correcta y completa subsunción, como señaló la sentencia anterior de esta Sala. Bien por no estimar concurrente el “animus necandi” o bien por equiparar la “intención”

por la que se les preguntaba con una premeditación o un dolo directo que no estimaban concurrente, lo cierto es que los jurados no apreciaron dicha intencionalidad en estos dos recurrentes. Pero como ha señalado reiteradamente esta Sala la concurrencia del dolo directo o eventual de causar la muerte, sin dejar de ser un hecho subjetivo, constituye un juicio de inferencia revisable en casación por la vía del número primero del art. 849 de la Lecrim., por lo que en dicha materia, que entremezcla cuestiones fácticas con conceptos y valoraciones jurídicas, el criterio del Jurado no es vinculante, como tampoco lo es el de una Audiencia Provincial.

Cuarto.—Como señala la sentencia de 26 de julio de 2000, núm. 439/2000, las cuestiones propuestas al Jurado en el veredicto sobre los hechos deben contener proposiciones fácticas, y no jurídicas, evitando en todo caso la introducción de conceptos jurídicos que predeterminen el fallo. Entre estas proposiciones fácticas pueden introducirse, cuando sea necesario, las relativas a elementos subjetivos del tipo, como el “animus necandi”, que en todo caso deben deducirse de datos objetivos sobre los que se efectúan pronunciamientos anteriores (art. 52.1.a) de la Ley del Jurado, apartado final). Estos elementos subjetivos tienen en realidad una naturaleza mixta fáctico-jurídica, en el sentido de que su valoración o apreciación está íntimamente vinculada a valoraciones o conceptos netamente jurídicos (por ejemplo la consideración o no como doloso del resultado de muerte incluye una valoración fáctica sobre la intencionalidad del sujeto, pero también una valoración jurídica o conceptual sobre la naturaleza y requisitos del dolo y específicamente del dolo eventual). Es por ello por lo que este tipo de pronunciamientos, que la Jurisprudencia denomina “juicios de inferencia”, son revisables en casación por la vía del núm. 1 del art. 849 de la Lecrim., tanto si se incluyen en el rela-

to fáctico de una sentencia dictada por una Audiencia Provincial como en una sentencia dictada por un Tribunal del Jurado (STS 31 de mayo de 1999, núm. 85/1999).

(...)

En definitiva la doctrina de esta Sala (SSTS 31 de mayo de 1999, núm. 85/1999, 24 de julio de 2000, núm. 956/2000 y 26 de julio de 2000, núm. 439/2000, entre otras) estima que el Jurado puede pronunciarse sobre elementos intencionales (ánimo de matar), pero esta decisión constituye un juicio de inferencia que tiene que tener su base objetiva en datos externos que se declaren expresamente como probados en una propuesta previa obrante en el objeto del veredicto, y además es revisable por vía de recurso.

Quinto.—En el supuesto actual, en consecuencia, el hecho de que el Jurado no haya apreciado intención de matar constituye un juicio de inferencia revisable, como tal, en vía de recurso, por lo que no existe extralimitación alguna por parte del Tribunal Superior de Justicia al revisar dicho criterio en apelación, respondiendo además a la cuestión que le fue devuelta para pronunciamiento expreso por parte de esta Sala.

El análisis efectuado por el Tribunal superior al revisar la concurrencia de dolo de muerte en la acción de los recurrentes es plenamente coherente. En la medida en que los recurrentes participaron voluntariamente en el acoso y acorralamiento de la víctima con la que estaban fuertemente enemistados y aceptaron que su acompañante la apuñalase reiteradamente en zonas vitales del cuerpo mientras ellos la amenazaban e impedían su fuga o defensa también armados, es claro que conocieron que la vida del agredido estaba siendo puesta en serio peligro por la acción conjunta en la que participaban y aceptaron el resultado previsible de dicha agresión, por lo que son responsables de su muerte al menos a título de dolo eventual.

Sentencia 389/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 13 de marzo de 2001

ENTRADA Y REGISTRO: JUEZ COMPETENTE.

Art. 550 LECrim.

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

SÍNTESIS

La Sala declara que, conforme lo prevenido en el art. 550 LECrim., la competencia para ordenar una diligencia de entrada y registro la tiene el Juez instructor de la causa, sea cual fuere el territorio en que se halle el domicilio a registrar. Declara además la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen del hallazgo obtenido en un registro judicialmente autorizado en función de otro delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el inicial motivo de impugnación, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia vulneración del artículo 18.2 de la Constitución Española.

El recurrente mantiene que no hay en las actuaciones resolución alguna de Juez competente, al estimar que éste es el del domicilio.

En el supuesto que se examina, aparece que en el Sumario 3/1995 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Alcalá de Henares, incoado por homicidio, se dicta auto el 10 de mayo de 1995 acordando la entrada y registro en su domicilio, pero al estar situado en territorio fuera del partido judicial, se expide, en ejecución de ese auto, exhorto al Juez de ese territorio, para que practique la correspondiente diligencia y así se efectúa.

El artículo 550 de la LECR., atribuye al Juez Instructor de la causa, la competencia para ordenar la entrada y registro, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él,

que constituya el domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, en virtud de auto motivado, si no presta su consentimiento el interesado. Es, pues, competente el Juez que conociere de la causa, para decretar la entrada y registro en un domicilio, cumpliendo las formalidades expuestas, sea cualquiera el territorio en que se halle el domicilio que se acuerde registrar.

Ahora bien, el artículo 563 de la propia Ley Procesal citada, distingue que el edificio o lugar cerrado estuviese en el territorio propio del Juez Instructor, en cuyo caso, y si él no lo realiza personalmente, podrá encomendar la entrada y registro al Juez Municipal del territorio en que dicho edificio radique. Y en el párrafo segundo del propio artículo se establece que cuando el edificio o lugar cerrado estuviese fuera del territorio del Juez, encomendará —lo que se expresa con carácter imperativo—, la práctica de las operaciones, al Juez de su propia categoría del territorio en que aquéllos radiquen.

Y esto último, es lo que efectuó el Juez de Alcalá de Henares, que al no encontrarse

el edificio a registrar en su territorio, encomendó su práctica al Juez de Instrucción de Arganda, en cuya demarcación se hallaba aquél, con el resultado que consta en autos. Por eso, el auto motivado lo dictó el Juez competente, el de Alcalá de Henares, y mediante el auxilio judicial, que regula nuestro ordenamiento jurídico, lo llevó a cabo el Juzgado de Arganda.

En consecuencia, no existe vulneración alguna, (...)

Por último, respecto al hallazgo casual de la droga, cuando se efectuó el registro del domicilio del acusado, el que aparezcan efectos o instrumentos que se refieren a conductas delictivas distintas, no supone que queden desamparados de la autorización judicial que cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio. Se ha im-

puesto en la doctrina de esta Sala una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado. Así se han pronunciado, entre otras, las SS de 4 de octubre de 1996, 25 de abril de 1996 y 3 de octubre de 1996, y en esta última se expresa que el delito nuevo es algo añadido al delito investigado, al haber dado la investigación sobre éste resultado positivo, aplicándose las normas de conexión de los artículos 17.5 y 300 de la LECR., por lo que no existe novación del objeto de investigación, sino simple adición a éste. Menciona la citada sentencia otras dos de 18 de febrero de 1994, 4 de octubre de 1994 que siguen la misma posición, y la corrobora la de 18 de junio de 1999.

El motivo, debe rechazarse.

Sentencia 427/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 13 de marzo de 2001

REGISTRO DOMICILIARIO AUTORIZADO POR DETENIDO SIN ASISTENCIA LETRADA.

Arts. 17.3, 18 y 24.2 CE; 545 LECrim.

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

SÍNTESIS

Frente al criterio jurisprudencial de que ha de reputarse nula la autorización para la práctica de un registro dada por persona detenida sin asistencia de letrado, la Sala considera que en caso de autos no debe producirse tal consecuencia de nulidad en virtud de que en actos posteriores y ante la autoridad judicial se reconoció haberse concedido sin merma alguna para su libertad decisoria.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) alega el recurrente que el acusado autorizó, efectivamente, a los fun-

cionarios policiales la entrada y registro de su domicilio, pero que dicha autorización se otorgó estando aquél en situación de detenido en Comisaría y sin la presencia del Letra-

do de Oficio que había sido solicitada al informársele de sus derechos. En estas condiciones, el motivo invoca la doctrina de esta Sala que declara la nulidad del consentimiento prestado al tratarse de un consentimiento viciado y carente de eficacia por cuanto la presencia de Abogado garantiza los derechos del detenido y se configura como elemento de legitimación de la autorización concedida y garante de la libertad decisoría del interesado y de su información sobre esa decisión. En consecuencia, interesa, la declaración de nulidad de la diligencia policial así como la invalorabilidad de su resultado como prueba de cargo en contra del acusado: el hallazgo e incautación de una bolsa oculta en el reloj de la cocina que contenía 14,012 gramos de cocaína de una pureza del 12%.

Segundo.—La invocada por el recurrente es, en efecto, la doctrina que esta Sala ha mantenido en numerosas resoluciones, (...). Se ha afirmado por este Tribunal que, funcionalmente, el derecho a la asistencia letrada del detenido tiende a “asegurar (con la presencia personal del Letrado) que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico en la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con su presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma” (STC 196/1987). (...)

Tercero.—El resultado de esta doctrina habría de ser, en principio, la estimación del reproche formulado por el recurrente, declarando que el resultado del registro efectuado carece de validez para ser valorado como prueba de cargo susceptible de enervar la presunción de inocencia del acusado al haberse obtenido con vulneración de las garantías que la Constitución otorga a aquél.

No obstante, ese inicial pronunciamiento debe ser depurado a la vista de los relevantes hechos que concurren en el caso presente, pues que, según consta en las actuaciones, el mismo acusado ratificó ante el Juez de Instrucción, asistido de Letrado y con observancia de todas las garantías, la autorización a la Policía sin exponer queja, reparo o reticencia alguna a la concesión de dicha autorización efectuada en las circunstancias antedichas (folio 99). Lo mismo acaece en el acto del Juicio Oral donde (folios 6 y 7 del Acta Oficial) el acusado repetidamente responde a las diversas preguntas que le fueron formuladas sobre esta cuestión, reiterando que concedió libremente la autorización para el registro de su domicilio, precisando que “no se sintió intimidado, ni nada...” cuando dio su consentimiento para el registro, y confirma, además, “que sí se halló cocaína”.

Si la finalidad perseguida por el constituyente y por el legislador ordinario al promulgar los artículos 17.3 CE y 520 LECrim. es promover la asistencia letrada al detenido como garantía del respeto a sus derechos fundamentales y, en lo que aquí interesa, sirviendo el Abogado defensor como aval y escudo disuasorio de eventuales presiones, coacciones o meros actos de inducción sobre el detenido que vicien la libertad del consentimiento prestado; si ello es así, cabe preguntarse si en el caso presente, tal y como ha quedado dibujado, debe reputarse nula la autorización concedida por el acusado para la entrada y registro de su domicilio. Al entender de esta Sala la respuesta debe ser negativa por cuanto el acusado, como directamente interesado, no sólo no ha insinuado siquiera una mínima coacción que enturbiara la plena libertad del consentimiento prestado, sino que, por el contrario, en todo momento ha sostenido ante la Autoridad Judicial que la autorización fue concedida sin merma alguna de su libertad decisoria.

Por lo que el motivo debe ser desestimado al no haber sido vulnerados los preceptos constitucionales invocados.

Sentencia 399/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 14 de marzo de 2001

APROPIACIÓN INDEBIDA.

Art. 252 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se absuelve del delito de apropiación indebida, por inexistencia de ánimo apropiatorio, a quien no devuelve el automóvil alquilado en el plazo pactado, recuperándose el vehículo en su garaje particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...) 2. El relato fáctico nos sitúa ante el alquiler de un turismo que habría de devolverse al día siguiente según lo pactado, afirmando a continuación que el recurrente se quedó con dicho turismo hasta un mes después en que fue recuperado por agentes de la policía en el garaje de su domicilio.

La Sala sentenciadora ha considerado que los hechos que se declaran probados, deben ser calificados como constitutivos de un delito de apropiación indebida ya que la conducta del acusado no revela una simple prolongación en el tiempo del uso del vehículo, lo que carecería de relevancia penal, sino una transmutación de la originaria posesión lícita, adquirida mediante el contrato de arrendamiento, en una titularidad ilícita. El goce del vehículo se adquirió por veinticuatro horas y el propietario no vuelve a saber más de él hasta transcurrido un mes y no porque el acusado lo restituyese sino porque la policía pudo localizarlo en un garaje de su propiedad.

3. Como se viene manteniendo por la jurisprudencia y la doctrina, el bien jurídico

protegido en la apropiación indebida es la propiedad cuando, como sucede en el caso presente, se transmite la posesión de una cosa no fungible como es un automóvil, que debe ser devuelto una vez realizado el uso para el que había sido entregado. Precisamente este dato característico de la obligación de devolver “in natura”, exige que para la existencia del delito concurra un evidente ánimo de lucro apropiatorio que evidencie el propósito del autor de transformar aquella posesión originariamente transmitida en virtud de un negocio jurídico lícito, en una propiedad definitiva que arranque la cosa del patrimonio de su titular para integrarla en el patrimonio del sujeto activo del delito. Solamente mediante la concurrencia del ánimo apropiatorio es posible incluir las conductas en las previsiones del tipo penal de la apropiación indebida.

A la vista los hechos, que constituyen los antecedentes básicos de la conducta enjuiciada nos encontramos de manera clara e inequívoca cómo aparece el elemento objetivo que supone el desplazamiento material de la cosa desde el patrimonio del sujeto pasivo a la disponibilidad o tenencia por parte del sujeto activo. Ahora bien debemos exa-

minar la totalidad del relato fáctico para comprobar si además nos encontramos con el elemento subjetivo básico de atentar contra la propiedad pretendiendo incorporar el automóvil definitivamente a su patrimonio.

Los hechos probados no perfilan de manera nítida la existencia de este ánimo apropiatorio en cuanto que el acusado después de alquilar el automóvil nunca abandonó su domicilio, que era perfectamente conocido por el titular de la agencia, y siempre se movió en el ámbito natural de su existencia co-

tidiana, sin dificultar la localización de la cosa arrendada que guardaba en el garaje de su propiedad anejo a su domicilio. Si además examinamos la causa haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podemos comprobar —en el rollo de la causa—, que el acusado consignó, antes de celebrarse el juicio oral, ciento sesenta mil pesetas en la cuenta de depósitos y consignaciones, cubriendo de manera suficiente la deuda originada por el retraso en la devolución del automóvil.

Sentencia 432/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 16 de marzo de 2001

CACHEO.

Arts. 24 CE; 11.1 g) LO 2/1986, 13 de marzo, reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

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

SÍNTESIS

El cacheo no constituye una diligencia de detención de la persona por lo que para su práctica no es precisa la asistencia de letrado ni información de derechos y del hecho imputado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el motivo 1.º, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. No porque no existiera prueba de que transportaba la droga antes referida, pues ella esto siempre lo reconoció ante la evidencia de los hechos, sino porque dice que esa prueba fue ilícitamente obtenida al haberse practicado el cacheo, mediante el cual se descubrió el referido alijo de hachís, sin la asistencia de letrado y sin haber sido informada de sus derechos como exige el art. 520.2 LECr. En definitiva, como si el

cacheo fuera una detención, hecha por la policía, sometida a los requisitos que para tal diligencia exigen nuestras normas constitucionales y procesales.

Afortunadamente, en nuestra jurisprudencia y en la del TC, y es también algo asumido ya en la práctica ordinaria de nuestros juzgados y tribunales, han quedado superadas las dudas acerca de la naturaleza del cacheo como diligencia practicada por las fuerzas de orden público para detectar si una persona esconde entre sus ropas algún objeto que pudiera revelar la existencia de un delito. No es que la policía tenga facultad de

cachear cuando hay sospechas de la comisión de una infracción penal, es que está obligada a hacerlo en cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo a fin de “investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal”, como literalmente dice el art. 11.1.g) de la LO 2/1986, de 13 de marzo, reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En términos semejantes se pronuncian el art. 282 LECr y otras normas relativas a las funciones de los órganos policiales, con un evidente amparo constitucional en el art. 126 CE.

La aludida jurisprudencia (STS de 11.1.1997 y de 31.3.2000, entre otras muchas) deja claro que el cacheo no es una diligencia de detención de la persona cacheada. Se trata de una restricción de la libertad de menor intensidad y de escasa duración en el tiempo, justificada por su finalidad, que ha de practicarse con moderación y con el má-

ximo respeto a la persona cacheada y sólo cuando sea necesario y hasta donde lo sea en aras de tal finalidad de obtener los instrumentos o efectos de una actividad delictiva, que por todo ello no se encuentra sometida a los requisitos constitucionales y procesales necesarios en tal diligencia de privación de libertad propiamente dicha (la detención). Las normas de la CE (arts. 17.2 y 3) y de la LECr (art. 520) no son aplicables a estas medidas que sólo afectan al derecho a la libertad personal en grado menor. Concretamente para el cacheo no se exige asistencia de letrado ni información de derechos y del hecho imputado, a que se refiere este motivo 1.º del presente recurso que ha de rechazarse.

El cacheo policial que permitió el descubrimiento del hachís que poseía la recurrente no violó ningún derecho fundamental. Nos encontramos ante una prueba lícita. No fue violado el derecho a la presunción de inocencia.

Sentencia 453/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 16 de marzo de 2001

NULIDAD DE REGISTRO DOMICILIARIO; INEXISTENCIA DE DELITO FLAGRANTE.

Arts. 18.2 CE; 11.1 LOPJ

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

SÍNTESIS

La Sala declara la nulidad del registro domiciliario policial practicado sin autorización judicial al negar la existencia de delito flagrante por faltar la evidencia de su comisión no bastando un mero conocimiento fundado y deductivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El Tribunal de instancia se opone a la pretensión de nulidad del registro

ante él formulada por entender, (...) que se trata de un delito flagrante, con necesidad urgente de intervención policial, situación en la que no es necesario ni el consentimien-

to del titular del domicilio ni la previa resolución judicial.

(...)

Ante la falta de una actual definición legal del mismo, de acuerdo con la contenida en el antiguo artículo 779 de la Ley Procesal Penal, se considera como tal el que se está cometiendo o se acaba de cometer cuando el delincuente es sorprendido; considerándose también delincuente in fraganti a quien es sorprendido inmediatamente después de la comisión del delito, con efectos o instrumentos que infundan la vehemente sospecha de su participación en él.

Según la doctrina son notas propias del delito flagrante las siguientes:

1. Inmediatez, es decir, que la acción delictiva se esté desarrollando o se acabe de realizar.
2. Relación directa del delincuente con el objeto, instrumentos o efectos del delito.
3. Percepción directa, no meramente presuntiva, de la situación delictiva.
4. Necesidad urgente de la intervención para evitar la consumación o agotamiento del delito, o la desaparición de los efectos del mismo.

Estas dos últimas notas adquieren especial relevancia cuando, de acuerdo con el artículo 18.2 de la Constitución, se invoca el delito flagrante para legitimar un registro domiciliario efectuado sin consentimiento del titular y sin resolución judicial.

Tercero.—Respecto al tercero de los requisitos es de señalar que la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de noviembre de 1993 declaró inconstitucional el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, por entender que las expresiones “conocimiento fundado” y “constancia” referidas a situaciones que legitimaban la entrada y registro de un domicilio por Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en cuanto no constituían necesariamente un conoci-

miento o percepción evidente, iban más allá de lo que es esencial o nuclear en la situación de flagrancia.

Por tanto es requisito indispensable para la entrada en un domicilio sin la debida autorización que la situación de comisión del delito sea “evidente”, entendiendo por tal lo que es cierto, claro, patente y sin la menor duda.

En este sentido debemos citar la sentencia de esta Sala 472/1997, de 14 de abril.

En el caso presente hay que puntualizar que según resulta de las manifestaciones prestadas por los Policías Locales intervinientes, de las 67 unidades con un peso aproximado de 250 gramos cada una intervenidas, únicamente de dos a cuatro se encontraban sobre la cama de la habitación, estando las restantes en el interior de un petate. Y que dichas unidades, según manifestó el Policía Local con carné 205 en el juicio oral (folio 147), eran envoltorios de color marrón no transparente.

En esta situación, vista desde la puerta de una habitación de unos envoltorios de color marrón de no gran tamaño, el que se trate de hachís no es una apreciación evidente, sino más bien un conocimiento fundado, racional y deductivo que, como ya se ha dicho, no legitima la intervención directa de los agentes policiales sin la debida autorización.

Como dice la sentencia de 4 de marzo de 1997, cuando la Constitución Española configura los supuestos de flagrante delito como una excepción a la necesidad de intervención judicial para la entrada y registro de domicilio esta excepción sólo puede entenderse como aquella situación fáctica en que queda excusada la autorización judicial precisamente porque el delito se percibe con evidencia y exige de manera inmediata la intervención policial, como sucede, por ejemplo, cuando los agentes de seguridad perciben que se está atentando en un domicilio contra la integridad física de una persona y el riesgo para la vida de ésta hace su intervención ineludible y urgente, sin poder esperar a la solicitud y concesión de autorización judicial.

Se trata por tanto de supuestos excepcionales no equiparables al ahora analizado.

Cuarto.—Respecto al último de los requisitos, necesidad de una inmediata intervención de las fuerzas de seguridad, esta Sala ha señalado la necesidad de no confundir la situación de tenencia de una sustancia estupefaciente como permanencia delictiva, con la flagrancia entendida como acto concreto que se está cometiendo o se acaba de cometer.

(...)

Por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no pueden surtir efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, mediante la entrada sin la debida autorización en la habitación de la pensión en la que se alojaban los acusados, por haberse vulnerado con ella el derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución.

Sentencia 479/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 20 de marzo de 2001

ALEVOSÍA. ABUSO DE SUPERIORIDAD.

Art. 22.1 y 6 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece doctrina jurisprudencial en torno a la concurrencia de las circunstancias agravantes de alevosía y abuso de superioridad, matizándose los supuestos de eventual compatibilidad entre ambas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Tiene declarado esta Sala (Cfr. sentencia de 22 de junio de 1993) que la alevosía requiere de un elemento normativo que se cumple si acompaña a cualquiera de los delitos contra las personas; de un elemento instrumental que puede afirmarse si la conducta del agente se enmarca, en un actuar que asegure el resultado, sin riesgo para su persona, en algunas de las modalidades que doctrina y jurisprudencia distingue en el asesinato alevoso; y de un elemento culpabilístico, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima

posibilidad alguna de defensa. En cuanto a los modos, situaciones o instrumentos de que se valga el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y consiguiendo riesgo para su persona, la doctrina de esta Sala distingue tres supuestos de asesinato alevoso. La alevosía llamada proditoria o traicionera, si concurre celada, trampa o emboscada; la alevosía sorpresiva, que se materializa en un ataque súbito o inesperado; y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que impide cualquier manifestación de defensa.

Y es asimismo doctrina de esta Sala, como es exponente la Sentencia de 11 de diciembre de 2000, que el abuso de confianza exige, como circunstancia agravante, una relación especial subjetiva y anímica, entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas, nacidas de diversas motivaciones, bien sean relaciones laborales, amistosas, convivencia de vecindad, razones familiares o cualquier otra, que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza. La agravante requiere además que el autor se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo. Y esa confianza ultrajada se manifiesta como un plus de culpabilidad, al revelar una mayor perversión en la ejecución de unos actos constitutivos de unos delitos que no llevan implícito el abuso de la confianza como elemento esencial o constitutivo de la figura delictiva de que se trate.

Esta Sala igualmente ha examinado la compatibilidad o no de la agravante de alevosía con la de abuso de confianza. Así en la sentencia de 31 de marzo de 1990 se inclina por la incompatibilidad, aunque otras sentencias ven necesario precisar la modalidad alevosa que se ha tenido en cuenta antes de pronunciarse sobre esa compatibilidad. Con ese criterio, la Sentencia de esta Sala 1443/2000, de 20 de septiembre, señala que la alevosía proditoria o a traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza con el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación de confianza existente, una agresión como la efectuada, y nos recuerda otra, la 210/1996, de 11 de marzo en que se declara que “la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor”. En el mismo sentido la STS

343/2000, de 7 de marzo, en la que se afirma que la modalidad de alevosía proditoria “requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor”.

En el caso que examinamos en el presente recurso, indudablemente existía una relación afectiva entre el acusado y Laura, con la que había tenido el hijo cuya muerte violenta igualmente causó, y la convivencia que ambos mantenían es lo que a juicio del Tribunal del Jurado y del Tribunal Superior de Justicia justifica la agravante de abuso de confianza por haberse aprovechado, se dice por este último, de los lazos de lealtad y confianza que tenía con la víctima. Sin embargo, conforme a la doctrina jurisprudencial antes expresada, hay que destacar que la apreciación de la agravante de alevosía, según razona el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, surge por la inexistencia de reacción defensiva al encontrarse la víctima durmiendo o que al menos hubo una agresión súbita e inesperada que impide la reacción y permite rematar a la víctima, actuación alevosa en cuanto se aprovecha la sorpresa para asegurar el resultado y eliminar el riesgo de una eventual defensa de la ofendida. Y estos razonamientos de la sentencia recurrida en casación permiten sostener que, en este caso, ha sido esa especial relación personal y de convivencia que la víctima mantenía con su agresor la que le indujo a quedarse dormida o mantener una actitud de confianza que fue aprovechada por su agresor para causar la muerte sin ofrecerle posibilidad alguna de defensa.

Así las cosas, apreciada la agravante de alevosía, en este caso no puede aplicarse, asimismo, la de abuso de confianza en cuanto responde a una mayor facilidad comisiva que está implícita en aquélla, y la apreciación de ambas supondría penar dos veces el aprovechamiento por el agresor de la ausencia de reacción defensiva basada en una relación de confianza que inhibe la sospecha frente a una posible agresión.

Sentencia 367/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 22 de marzo de 2001

IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR.

Arts. 54.12 LECrim.; 24 CE

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

SÍNTESIS

Con cita de la más reciente jurisprudencia emanada del TEDH y del TC, la Sala en el caso de autos considera que la revocación en vía de recurso de un auto de sobreseimiento y archivo no menoscaba la imparcialidad objetiva del Juzgador.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. Ponen de relieve los recurrentes que el órgano juzgador, integrado por los mismos Magistrados, había revocado el Auto de sobreseimiento dictado por la Juez de Instrucción que tramitó las Diligencias Previas, argumentando ampliamente sobre la naturaleza delictiva de los indicios aflorados en la investigación, descartó la existencia de causas de justificación y ordenó la práctica de dos diligencias, así como la continuación del procedimiento, para posteriormente no abstenerse, entrar a juzgar y dictar la sentencia que ahora se impugna.

Invocan la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y, más concretamente, la sentencia de este último órgano de 17 de abril de 1999 en la que se resume la doctrina jurisprudencial y que concluye afirmando que una mera confirmación de un auto de procesamiento apelado, no contamina al Tribunal resolutor a efectos del posterior enjuiciamiento de la causa, pero sí se produce, en cambio, tal contaminación, generando parcialidad objetiva, cuando dicho Tribunal lo que hace es procesar, en los casos en que el Juez de Ins-

trucción no lo estimó procedente, por lo que supone de inmersión en la causa y de generación de inevitables prejuicios. Estiman que trasladando al Procedimiento Abreviado tal doctrina, la mera confirmación de un Auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado no contaminaría al Tribunal, pero la revocación de un auto de archivo, por no ser los hechos constitutivos de delito, equivale a un procesamiento de los imputados reconociendo indicios de criminalidad que no vio el Juez de Instrucción. Esta actuación genera parcialidad objetiva, obligando a los Magistrados a abstenerse en el posterior enjuiciamiento tras la apertura del juicio oral.

La revocación del Auto de Archivo, mediante la resolución que lleva fecha de 10 de mayo de 1996 hace incurrir a los Magistrados en “contaminación objetiva”, también denominada “contaminación inquisitiva”, que ha originado en su ánimo prejuicios e impresiones respecto de los acusados, que han influido en el momento de enjuiciar y sentenciar.

(...)

Descartados todos los supuestos de recusación que puedan afectar a la imparcialidad

subjetiva, las partes recurrentes, centran su esfuerzo impugnativo en la alegación de circunstancias procesales que afectan a la imparcialidad objetiva y que se derivan de actuaciones procedimentales anteriores al momento de dictar sentencia. Siguiendo una línea jurisprudencial consolidada, de la que pueda ser ejemplo la Sentencia de 3 de noviembre de 1995, el conocimiento de las actuaciones, a través de los respectivos recursos establecidos contra las resoluciones del Juez de Instrucción, no puede ser considerado como actividad instructora, por lo que no entrarían en juego, las previsiones del artículo 54.12 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece, como causa legítima de recusación, la de haber sido instructor de la causa.

Es evidente que los Magistrados que formaron la Sala sentenciadora, en ningún momento ostentaron la condición de instructores de la causa, por lo que resulta imposible incardinarlos en las previsiones del artículo 54.12 de la Ley Procesal Penal, anteriormente mencionado. No obstante, cabría la posibilidad de que, sin ser los instructores de la causa, hubieran indirectamente realizado o acordado actividades instructoras, lo que podría ser considerado, por lo menos hipotéticamente, como un supuesto homologable al contemplado en la ley.

Para establecer una conclusión cierta sobre este extremo, debemos examinar el incidente específico que se presenta a nuestra consideración, siguiendo con ello una línea jurisprudencial de la que es reflejo la Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1991 en la que se dice que: "es el examen de lo actuado, en cada caso concreto, lo que determinará la apreciación de si el Juez que decidió la causa, realizó verdadera actividad instructora". Como pone de relieve la sentencia recurrida, la Sala solamente acordó que se incorporasen a la causa unas cintas de cassette con grabaciones, que ni siquiera estaban en ese momento a disposición del Tribunal, por lo que es obvio que no podía conocerlas. Asimismo decidió que se tomara declaración a uno de los implicados, para

reforzar su derecho de defensa, puesto que, hasta ese momento no había declarado.

En todo lo demás el material investigador del que se ha dispuesto ha sido, el que se había acopiado por la Juez de Instrucción hasta el momento de dictar el Auto de Archivo. Una decisión tan superficial y descomprometida, como la que tomó la Sala sentenciadora, en ningún caso puede ser considerada como actividad investigadora encaminada a concretar una responsabilidad criminal, aunque sea indiciaria.

4. Descartada la participación de la Sala en funciones instructoras, nos queda por comprobar si, de alguna manera, ha podido incurrir en causa de abstención y consiguiente recusación derivada de haber formado criterio, en detrimento de la debida imparcialidad, sobre el objeto del pleito o causa, al haber conocido por la vía de los recursos, sobre el auto de procesamiento, auto de prisión o sobre decisiones de sobreseimiento acordados por el Juez de Instrucción.

En primer lugar hemos de señalar, como ha hecho la Sentencia de esta Sala de 27 de febrero de 2001, que no constituye motivo suficiente para cuestionar la imparcialidad de los miembros de un Tribunal Colegiado, el hecho de que hayan resuelto recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del Juez Instructor (En este mismo sentido la Sentencia de 30 de junio de 2000).

La imparcialidad, como dice la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de diciembre de 1998 (Caso C.-A.), debe apreciarse, según un criterio subjetivo, que trata de averiguar la relación personal de un Juez concreto en una determinada ocasión, o según un criterio objetivo, tendente a asegurar que ofrece garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto. En este mismo sentido, Sentencia Incal contra Turquía de 9 de junio de 1998 (STEDH).

Para determinar si existe o no existe imparcialidad objetiva, no es suficiente con su alegación por la parte que desconfie o impuete la parcialidad, ya que es necesario exami-

nar, caso por caso, para saber si los temores del interesado, pueden considerarse objetivamente justificados (STEDH Hauschildt contra Dinamarca de 24 de mayo de 1989). El simple hecho de que un juez haya tomado decisiones, antes del proceso, no puede, en sí mismo, confirmar las sospechas, en cuanto a su imparcialidad.

(...)

La doctrina emanada del TEDH en el Caso C.-A., se ha visto matizada y en cierto modo corregida por la más reciente sentencia de 2 de marzo de 2000 (Caso G.G. contra España), en la que se llega a mantener que, el simple hecho de que un juez haya participado en ciertos actos de investigación como Juez Instructor, en la fase de juicio, no puede, por sí mismo, justificar los temores en cuanto a su imparcialidad. Con mayor motivo, la revocación de un Auto de sobreseimiento y archivo, por estimar la Juez de Instrucción que concurría una causa de justificación, para nada afecta a su imparcialidad objetiva ni le impide participar, posteriormente, en el enjuiciamiento de los mismos hechos que había dado lugar al sobreseimiento.

Como señala acertadamente el Auto de 8 de julio de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al resolver el incidente de recusación planteado contra los componentes de la Sección XV de la Audiencia Provincial de Madrid, sólo puede sostenerse que una Sala no es objetivamente imparcial, cuando suplantando al Juez de Instrucción, se subroga en las atribuciones de éste y pasa a dirigir las actuaciones, ordenando la investigación procesal y protagonizando el acopio de material probatorio, para conformar la acusación. Pero sucede que, en el caso que nos ocupa, la decisión de revocar el auto de sobreseimiento y archivo de unas diligencias previas se basa exclusivamente en el material probatorio que ya existía en la causa y en las dos decisiones adoptadas en orden a la práctica de otras pruebas complementarias, que para nada afectaban a la estructura fáctica de las investigaciones reali-

zadas por la Juez de Instrucción. Los datos de hecho se han mantenido incólumes y han sido, en todo momento, la base de los escritos de acusación sobre los que ha versado el objeto del proceso y el debate contradictorio realizado sobre las pruebas que se llevaron a efecto en el acto del juicio oral.

En este punto concreto de la revocación de un auto de sobreseimiento y archivo, podemos citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11/2000 de 17 de enero, en la que se hace una recopilación de toda la doctrina jurisprudencial sobre los cánones de inconstitucionalidad aplicables a las previas intervenciones de los juzgadores, en los procesos penales en los que ellos dictan las sentencias. Así se consideró la incompatibilidad entre las funciones de resolver, o dictar fallo, con las previas de acusación o de auxilio a la acusación. Recuerda que se ha estimado que eran constitucionalmente incompatibles las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento, sin embargo no se ha considerado que pierde la imparcialidad objetiva el juez que decide la admisión de una querrela o de una denuncia.

Centrándose en un supuesto semejante al caso que nos ocupa, el Tribunal Constitucional entiende que la decisión de levantar un sobreseimiento y ordenar proseguir un procedimiento penal, no incluye necesariamente una imputación que tenga que transformarse luego en un juicio de culpabilidad, por lo que concluye que no se conculcó al recurrente el derecho a la imparcialidad objetiva del juzgador.

No puede olvidarse que el juicio de culpabilidad se ha obtenido, en la sentencia recurrida, sobre la base fundamental de la prueba manejada en el juicio oral como se pone de relieve en la sentencia y, en todo caso, el material probatorio existente en la causa, es sustancialmente, el mismo que había acopiado la Juez de Instrucción sin participación alguna del órgano decisor.

Por lo expuesto todos los motivos deben ser desestimados.

Sentencia 442/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 22 de marzo de 2001

LESIONES (DEFORMIDAD).

Arts. 149 y 150 Código Penal

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

SÍNTESIS

Analiza la sentencia los criterios para la separación entre deformidad simple y grave, que no se deciden en función de si es o no principal el miembro afectado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—1. La Audiencia ha sostenido en el Fundamento Jurídico 5º de la sentencia recurrida que el concepto de deformidad es un concepto jurídico indeterminado y que “el referente objetivo del concepto (de deformidad) es la relación de equivalencia miembro principal (grave deformidad), miembro no principal (deformidad)”. De ello ha deducido que la pérdida de dos tercios del pabellón auricular no es equiparable a la pérdida o inutilidad de un miembro u órgano principal.

2. Cualquiera sea el valor que en la actualidad se pueda asignar a la teoría de los “conceptos jurídicos indeterminados”, lo cierto es que no resulta trasladable al derecho penal, en el que una de las exigencias del principio de legalidad es la “lex stricta”, evidentemente incompatible con la indeterminación. En el derecho penal se reconocen los elementos normativos del tipo, que no se equiparan a los conceptos jurídicos indeterminados del derecho administrativo, pues tienen un régimen interpretativo especial. Por lo tanto, el concepto de deformidad en el delito de lesiones debe ser tratado como

un elemento normativo del tipo, requerido de una ponderación judicial de las circunstancias de cada caso.

3. Aclarado lo anterior es evidente que los arts. 149 y 150 CP hacen referencia, entre otros, a dos elementos comunes de naturaleza formal: los miembros u órganos del cuerpo y la forma del cuerpo. Con respecto a los primeros la ley establece un criterio para graduar la gravedad de la lesión, según sean principales o no. Por el contrario no establece —como otras legislaciones que hablan de deformación del rostro— un criterio de la misma especie. Ciertamente, y en ello se debe dar la razón a la Audiencia, debe existir una equivalencia valorativa entre las pérdidas de miembros y la deformación dentro de los tipos penales de los arts. 149 y 150 CP respectivamente. Se trata de las consecuencias del principio de proporcionalidad. Pero ello no significa que si la lesión ha recaído en una parte del cuerpo que no constituye un miembro principal no pueda ser considerada grave. Si ese criterio se llevara a sus últimas consecuencias, en realidad, sólo sería posible considerar como deformidad grave la pérdida misma del miembro principal, que indudablemente produce tam-

bién deformación. Si esto fuera así el concepto de deformidad grave se superpondría con el de pérdida de un miembro principal.

En consecuencia, los criterios de la gravedad de la deformación se deben elaborar de manera independiente, aunque guardando, como acertadamente lo dice la sentencia recurrida, la proporcionalidad. Por lo tanto la gravedad de la deformación dependerá de la manera en la que la fisonomía corporal del sujeto pasivo haya sido afectada por la lesión. Es indudable que cuando se trata de pérdida de materia corporal que afecte el rostro de la víctima de una manera irreversible y con importantes consecuencias estéti-

cas la lesión será subsumible bajo el concepto de grave deformación del art. 149 CP. En tales casos la proporcionalidad de la pena prevista en el art. 149 CP no se podrá poner en duda, dado que si bien el rostro no es un miembro principal, tiene en la configuración formal de la persona un significado equivalente y, según el caso, hasta inclusive mayor, pues constituye un factor básico de la identidad personal.

Sobre la base de estas consideraciones resulta claro que la pérdida irreversible de dos tercios de una oreja afectan de una manera sustancial el rostro del sujeto pasivo y su identidad personal.

Sentencia 461/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 23 de marzo de 2001

APERTURA PAQUETE POSTAL Y VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

Arts. 17.3 y 18.3 CE; 11 LOPJ

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

SÍNTESIS

La Sala declara que la falta de asistencia letrada invalida el consentimiento prestado por el interesado detenido para la apertura de un paquete postal y ocasiona la nulidad de la diligencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—A) El paquete postal abierto el día 2 de mayo de 1997, bajo el control de la Guardia Civil, integraba correspondencia, conforme a jurisprudencia iniciada tras el Pleno de la Sala de lo Penal de 4 de abril de 1995, y manifestada en las Sentencias de 13 y 16-3-1995, 15-3, 3-6 y 22-12-1995, 20-11-1996, 881/1996, de 14-11 y 4-3-1997. Dicho paquete estaba sujeto a las normas garantizadoras de la invio-

labilidad de la correspondencia establecidas en el art. 18.3 de la CE y en los arts. 579 a 586 de la LECrim.

B) Al haberse prestado por el recurrente su consentimiento a la apertura del paquete en presencia de los Guardias Civiles, cuando estaba en situación de detenido, y no estaba asistido de Letrado, la diligencia de apertura supuso la vulneración de los arts. 17.3 y 18.3 de la CE.

(...)

El consentimiento dado a la apertura del paquete en presencia de los Guardias Civiles se hallaba viciado por la situación de detención de Manuel G.S., y por no hallarse asistido de Letrado, y por ello la apertura supuso una intromisión en el derecho al secreto de la correspondencia que consagra el art. 18.3 de la CE. Téngase en cuenta, además, que inicialmente se negó a su apertura, y únicamente accede a ello una vez que está detenido en el Cuartel, sin presencia ni asesoramiento de letrado; tal falta de asesoramiento jurídico en la diligencia policial de apertura del paquete y en la prestación de consentimiento para la misma, integró la vulneración del art. 17.3 de la CE, que preceptúa la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales;

siendo de aplicar al caso la doctrina establecida en la Sentencia 1585/1997, de 18-12, de esta Sala, que entendió transgredido el art. 17.3 de la CE, en el supuesto del detenido que autoriza a la policía el registro domiciliario, sin estar asistido de Letrado.

C) La nulidad de la diligencia policial de apertura del paquete postal y la vulneración de los derechos fundamentales que la misma ocasionó, determina, también la invalidez de las pruebas posteriores que traen causa de aquélla, conforme a doctrina jurisprudencial consolidada y art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por consiguiente, procede casar la Sentencia y dictar otra más ajustada a derecho, absolviendo al recurrente.

Sentencia 469/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 26 de marzo de 2001

VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA.

Art. 24 CE

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

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva, a consecuencia de que la renuncia del letrado de la acusación particular en vísperas del juicio únicamente dio lugar al requerimiento para designación de nuevo letrado, pero sin concederle a éste un plazo adecuado para preparar su actuación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Nos encontramos ante un recurso de casación frente a una sentencia que absolvió a trece acusados de diferentes delitos porque la acusación particular, única parte que había mantenido el ejercicio de la

acción penal (folios 405 y 410) —el Ministerio Fiscal había solicitado el sobreseimiento de las actuaciones (folio 401 vto.)— había incumplido el requisito de la postulación procesal, imprescindible para mantener su acción penal, como consecuencia de que

el letrado de tal parte acusadora no había acudido al acto del juicio oral.

(...)

Segundo.—Cuando la Audiencia Provincial, en la víspera del día señalado para la celebración del juicio, recibió el fax del letrado de la acusación particular diciendo que, por discrepancias insalvables, se había visto obligado a renunciar a la defensa de su cliente, la sala de instancia no debió dictar la providencia antes referida para requerir al querellante a que designara nuevo letrado, y si así lo hizo no podía exigir que ese nuevo letrado actuara al día siguiente, para ese juicio oral (no olvidemos que se trataba de un asunto singularmente completo: 13 acusados por diferentes delitos, alguno de ellos realmente graves como el tráfico de drogas o la detención ilegal). Ciertamente necesitaba el plazo, al menos de algunos días, para poder preparar la defensa de su cliente con las debidas garantías.

La Audiencia Provincial pudo contestar al letrado renunciante diciéndole su obligación de comparecer, junto con su cliente, en el juicio oral señalado desde varios meses atrás, para en tal acto haber dado las explicaciones oportunas respecto de esas discrepancias que habían motivado su renuncia y en particular del momento en que se habían producido, pues ante tales explicaciones quizá el tribunal pudiera haber considerado extemporánea esa renuncia, por haberse realizado ya sin tiempo para que pudiera haberse designado nuevo abogado con plazo suficiente para preparar su actuación antes de la fecha señalada para dicho juicio. Tal y como se resolvió el asunto en un caso examinado

por la sentencia de esta Sala de 23.11.96, que desestimó un motivo de un recurso de casación por el que un condenado pretendía que había sido lesionado su derecho a la defensa por no haber accedido el tribunal de instancia a suspender el juicio oral para cambiar de letrado que había perdido la confianza del acusado.

Véanse también las sentencias de esta sala de 14.5.92 y 20.1.95, también referidas a casos de no suspensión del juicio oral ante una renuncia de la parte a su letrado.

En el caso presente es posible que hubiera existido una actuación irregular por parte del letrado en tal renuncia; pero no hay dato alguno de que pudiéramos deducir que hubiera habido alguna deficiencia en el comportamiento del propio querellante, ni tampoco que hubiera obrado en convivencia con el letrado en esa posible actuación irregular de éste. Y sin embargo este último, el propio cliente, es el que sufre las consecuencias al verse privado de su derecho a actuar como parte acusadora en el proceso. Nada hizo éste que mereciera tal sanción.

En resumen, advertimos que no existe la debida coherencia entre ese requerimiento hecho al querellante para que designara nuevo letrado, realizado el día antes de la celebración del juicio, y el hecho de no haberse concedido al nuevo letrado un plazo adecuado para preparar su actuación, casi siempre necesario, pero más aún en un caso complicado como el presente.

Por vulneración del derecho de defensa y del relativo a la tutela judicial efectiva, hay que anular la sentencia recurrida para que por la Sala de instancia se proceda a señalar de nuevo para juicio oral.

Sentencia 473/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 26 de marzo de 2001

ENTRADA Y REGISTRO EN BUQUE MERCANTE EXTRANJERO.

Arts. 561 y 567 LECrim. y 18.2 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell**

SÍNTESIS

Analiza la sentencia de instancia los requisitos que han de observarse para proceder a la entrada y posterior registro de barco mercante extranjero (doble autorización del Juez de Instrucción y de las autoridades del país del pabellón), especificando que en lo relativo al contenido de la autorización judicial y dadas las particularidades en que se procede a la entrada (abordaje en el mar) no es precisa la especificación de la fecha y momento concreto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El artículo 18.2 de la Constitución exige para la entrada y registro de un domicilio permiso de su titular o resolución judicial. Por su parte, el artículo 561 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que para la entrada y registro de buques mercantes extranjeros se precisa la autorización del capitán o, si este la denegare, la del cónsul de su nación, que se ha de entender ser la del pabellón ostentado por el barco, y el artículo 97 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de Montego Bay, de 1982, señala que son las autoridades del pabellón de la bandera del barco las que pueden autorizar abordajes y apresamiento del mismo, lo que complementa el artículo 17 de la Convención de Naciones Unidas de represión del tráfico de estupefacientes, de Viena, de 1988, al decir que el estado del pabellón podrá autorizar a abordar e inspeccionar una nave. Ambos tratados han sido ratificados y debidamente publicados con carácter oficial.

Aplicando al caso presente anteriores normas se observa que procedía en aplicación de las mismas que se dictara por el juez de instrucción resolución motivada para la entrada en el lugar de que el titular, en este caso, el capitán de la nave pudiera denegar la autorización y, por otra parte, contar para el abordaje y registro con la autorización del estado del pabellón, que en este caso es Antigua y Barbuda, que al no tener consulado en España, fue solicitada previamente vía fax por las fuerzas policiales encargadas de los servicios aduaneros. (...) Pues bien, las dos autorizaciones existen y se complementan recíprocamente. (...) Lo aportado no es una fotocopia, sino el contenido del fax tal como son recibidas esas formas de comunicación telefónica, sin que la carencia de traducción al español de dicho documento, aunque hubiera procedido efectuarla, pero que no se hizo por renuncia a practicar la solicitada por los mismos acusados permita dudar de su autenticidad de contenido y procedencia de la autoridad encargada de dar la autorización del estado remitente que en el mismo se expresa para abordar el navío

“Miami Express”, tanto en aguas internacionales como nacionales, conforme se había solicitado por el Ministerio del Interior del Reino de España. Por ello, aunque parece que por el capitán y tripulación no se accedió inicialmente a permitir el abordaje y registro del barco, tal falta de consentimiento quedó obviada ante las autorizaciones, anteriormente temporales a su realización, que habían obtenido las fuerzas encargadas de la vigilancia aduanera, a prevención de que no se les diera voluntariamente por quien el barco rigiera. No aparece por tanto infringido el artículo 18.2 de la Constitución ni tampoco las normas de legalidad ordinaria referentes a las prescripciones precisas a adoptar para la entrada en naves mercantes extranjeras.

El motivo ha de ser desestimado.

(...)

Décimo.—Plantea este recurso un motivo por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y alega falta de resolución en la sentencia recurrida de la cuestión de nulidad planteada por la defensa en su informe del final del juicio oral. Se trataba de la nulidad del auto del Juzgado de Instrucción Central número 5, de 10 de octubre de 1998 que autorizaba el abordaje del “Miami Express” por no fijar el período de duración de la entrada en el buque y el tiempo que debía durar.

En la sentencia recurrida, en el fundamento jurídico primero se reseñan las condiciones impuestas en el citado auto del Juzgado de Instrucción, concluyéndose que el abordaje y entrada se realizaron de acuerdo con lo establecido en los artículos 561 y 567 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No se dice en esa resolución si la entrada debería hacerse tan sólo de día como establece el artículo 558 de la misma Ley, pero los alevos de la navegación marítima que deberían influir en determinar la fecha y momento concreto de la entrada permiten comprender que esas concreciones no eran posibles y, dada la amplitud de las precauciones que en la resolución cuestionada se adoptan, que deberían determinar también posibles dilaciones temporales, es lógico comprender que la entrada podría hacerse tanto de día como de noche y que era imposible, al adoptarse la resolución, concretar una fecha para la realización del abordaje. En consecuencia ni la resolución de la cuestión planteada al final del juicio era relevante ni afectaba a derechos fundamentales de los implicados en la causa, ni cabría hacer otra interpretación de la autorización judicial que la realización del abordaje se hiciera cuando se contara con la autorización de las autoridades del país de su pabellón y fuera conveniente para asegurar las finalidades que con tal diligencia se pretendían.

Sentencia 520/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 26 de marzo de 2001

SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL Y VALOR DE LA PRUEBA. TESTIMONIO DE REFERENCIA.

Arts. 793.4, 710, 718 y 719 LECrim.; 24.2 CE

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

SÍNTESIS

Tras pronunciarse la Sala sobre la inicial corrección en la actuación del Tribunal de instancia al suprimir del elenco probatorio que sustentó su convicción fáctica diligencias de prueba practicadas en una inicial sesión del juicio oral anterior en más de 30 días a la definitiva, anula la sentencia al estar basada en un testimonio de referencia sin haber existido una auténtica imposibilidad de haber podido recibir declaración a testigo directo (Vid. asimismo STS 447/2001, de 21 de marzo, y 519/2001, de 31 de marzo, sobre el testimonio de referencia).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primer motivo del recurso denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia proclamado en el art. 24 de la Constitución. Alega el recurrente que no pueden valorarse como prueba de cargo las declaraciones de la víctima del hecho, prestadas en la primera sesión del Juicio Oral por cuanto entre ésta y la siguiente sesión transcurrió más de un mes y, por tanto, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 293.4 L.E.Cr. las pruebas practicadas en aquélla solamente conservan su validez durante el expresado plazo legal, pero no una vez transcurrido éste.

(...)

Segundo.—Revisadas las actuaciones, hemos comprobado que la primera sesión del Juicio Oral se celebró el 19 de noviem-

bre de 1998, prestando declaración tanto el acusado como el testigo-víctima del hecho, suspendiéndose la vista ante la incomparecencia de los agentes policiales que habían sido citados por la acusación pública como testigos de cargo y convocándose en ese mismo acto su continuación para el día 3 de diciembre (folio 9 v.). Iniciada esta sesión, fue también suspendida a solicitud del Fiscal —con anuencia de la defensa— al no haber comparecido el acusado. Finalmente, el juicio oral se reanudó y concluyó en la sesión celebrada el día 11 de enero de 1999.

Resulta patente, pues, que la tercera y definitiva sesión del juicio tuvo lugar superado el plazo de treinta días no sólo con referencia a la primera sesión, sino también a la segunda, razón por la cual las diligencias de prueba practicadas en aquélla pierden su validez, según dispone el art. 793.4 L.E.Cr. Así debió entenderlo el Tribunal a quo cuando acordó

la citación de la víctima del delito para que volviera a testificar en la sesión convocada para el día 11 de enero de 1999, lo que indica claramente que el juzgador advirtió la necesidad de repetir la prueba practicada en la primera sesión, que había quedado invalidada por el transcurso del plazo legal. Y asimismo se ratifica esta consideración a la vista de que, ante la incomparecencia de dicho testigo, la sentencia impugnada excluye del elenco probatorio que sustenta su convicción fáctica aquel inicial testimonio inculpatorio y limita el material probatorio de cargo a las declaraciones de los agentes policiales que detuvieron al acusado.

Decisión ésta plenamente correcta porque la previsión legal establecida en el art. 793.4 L.E.Cr. está fundada en la necesidad de señalar un límite razonable que permita conservar la validez de lo actuado en caso de suspensión del juicio, de suerte que, cuando la reanudación de éste tenga lugar después de los treinta días de la suspensión, la prueba ya practicada debe repetirse, pues —como sostiene la doctrina científica— la valoración jurisdiccional debe realizarse sobre el resultado conjunto de la actividad probatoria en términos tales que no vacíen de contenido el principio de concentración procesal, que correría un grave riesgo de ser quebrantado si el Tribunal valora una prueba practicada meses atrás, prescindiendo de las ventajas de una intermediación diluida y olvidada por el transcurso del tiempo.

Tercero.—Así las cosas, debemos ahora pronunciarnos sobre el segundo aspecto de la censura casacional. Argumenta el recurrente que tampoco puede ser valorada como prueba de cargo suficiente para destruir el derecho a la presunción de inocencia “los testimonios de los agentes de la policía municipal, que no presenciaron los hechos”, con lo que, en realidad, lo que el motivo plantea es la eficacia probatoria de los testigos de referencia para acreditar un hecho que no ha sido presenciado por aquéllos y del que únicamente tienen conocimiento por lo que les ha sido referido por quienes lo percibieron directamente.

En relación con los testimonios de referencia, tiene declarado el Tribunal Constitucional (véanse entre otras, SS. 217/1989, 303/1993 y 35/1995) que “la regulación de la Ley responde, como tendencia, al principio de intermediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste” (STC 217/1989), calificándose los testimonios de referencia como prueba “poco recomendable”, pues “en muchos casos supone el 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”, concluyendo que “la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en los casos de prueba sumarial anticipada o de incapacidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral” (STC 303/1993).

(...)

Entre estos casos cabe incluir los supuestos en que el testigo se encuentre en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación en forma legal (sentencias de esta Sala de 26 de noviembre y 29 de diciembre de 1992, entre otras muchas), o que se encuentre en el extranjero, fuera de la jurisdicción del Tribunal, no siendo posible lograr su comparecencia (SS.T.S de 15 de enero de 1991, 4 de marzo, 5 de julio y 16 de noviembre de 1992, entre otras) (véase STS de 20 de septiembre de 1996).

Cuarto.—En el supuesto presente resulta patente que no existe dato alguno que permita considerar la imposibilidad de la asistencia del testigo ante el Tribunal. (...) Por consiguiente, nos encontramos ante un supuesto en el que los testimonios de referencia no pueden suplir al testigo presencial para enervar la presunción de inocencia del acusado.

(...) la conclusión no puede ser otra que la estimación del motivo al no haberse practicado en la instancia prueba de cargo válida y suficiente capaz de hacer decaer el derecho a la presunción de inocencia.

Sentencia 492/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 27 de marzo de 2001

RETRASO EN EL TRASLADO DE LA IMPUTACIÓN E INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO.

Arts. 118 LECrim.; 114 Código Penal 1973; 24 CE

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

SÍNTESIS

Constatada la violación del art. 118 de la LECrim. por retrasarse en más de un año el traslado de la imputación, se declara no obstante que tal circunstancia no tiene efecto alguno en relación con la prescripción del delito al considerarse interrumpida desde la presentación de la querrela.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—1. En el motivo 1º, por la doble vía del art. 5.4 de la LOPJ y del nº 1º del art. 849 LECr, se alega infracción de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas y a ser informado de la acusación. Se funda en que hubo violación del art. 118 LECr por haber tardado el juzgado más de un año en recibir declaración al recurrente en calidad de imputado desde que se acordó admitir a trámite la querrela por los hechos aquí examinados, así como que la Audiencia Provincial tenía que haber declarado nulo todo lo actuado en la instrucción desde su iniciación hasta que se acordó poner en conocimiento del ahora recurrente la existencia del procedimiento y recibirle declaración. Tal acuerdo de nulidad tenía que haber producido como efecto la declaración como prescrito del delito de apropiación indebida, citando como infringidos los arts. 113 y 114 CP de 1973.

2. Se dice, y es cierto, que fue vulnerado el art. 118 LECr que manda poner en co-

nocimiento de los inculpados la admisión de la denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas. Porque hubo un retraso de más de un año desde que la Audiencia Provincial, al resolver recurso de apelación (3.5.95, folios 320 y ss.), ordenó admitir a trámite la querrela inicial en los extremos que luego han sido objeto del presente proceso penal, hasta que se le recibió declaración como imputado al ahora recurrente (el 12.6.96 —folios 399 y ss.—).

Tiene razón el escrito de recurso en cuanto a que existió tal vulneración de lo dispuesto en ese art. 118 LECr.

(...)

3. Pero, en contra de lo que pretende el recurrente, ello no puede tener consecuencia alguna en cuanto a la interrupción de la prescripción del delito, que ya se había producido antes por la interposición de la querrela el 24.12.94 (folios 3 y ss.).

(...)

Las sentencias de esta Sala de 26.7.99 y 6.11.2000, y las que en ellas se citan, no

dejan lugar a duda. Podemos leer en tales dos resoluciones: “La denuncia y la querella con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en las mismas aparecen ya datos suficientes para identificar a los culpables de la infracción penal correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a los efectos de interrupción de la prescripción, sin que sea necesaria, para tal interrupción, resolución judicial alguna de admisión a trámite. (...) Véanse en este sentido las sentencias de esta Sala de 30-12-97, 9-7-99, 16-7-99 y 4-6-97. Dice esta última en su Fundamento de Derecho 1º: “La prescripción del delito se interrumpe por la sumisión a procedimiento penal de los hechos integrantes del mismo, y por tanto por la presentación de la querrela o denuncia en que se dé cuenta de los hechos”, añadiendo después que “no es exigible por tanto para la interrupción de la prescripción una resolución por la que se acuerde, mediante procesamiento o inculpación,

la imputación a una persona del hecho delictivo que se investiga”.

Lo que ocurra después de haberse producido esa interrupción por la presentación de la querrela, aunque se trate de una dilación importante en la diligencia de recibir declaración al imputado, como ocurrió en el caso presente, no puede servir para que esa interrupción anterior quede sin su eficacia propia, que es en definitiva lo que pretende en este motivo el recurrente cuando denuncia que la infracción del art. 118 LECr, por los múltiples derechos fundamentales de orden procesal (del art. 24.1 y 2 CE) que se dicen lesionados, ha de producir como efecto una nulidad de actuaciones que sitúe el momento de interrupción de la prescripción no en ese de la presentación de la querrela inicial, sino en el posterior en que se acordó la citación para la declaración del imputado en calidad de tal que tuvo lugar el 12.6.96 (folios 399 y ss.), cuando ya había transcurrido el plazo para tal prescripción que es el de cinco años.

Sentencia 20/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de marzo de 2001

CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES.

Art. 8 Código Penal

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

SÍNTESIS

De las múltiples cuestiones analizadas en esta sentencia (relativa al denominado “caso Urralburu”), extractamos sólo la relativa a la absorción, con determinadas condiciones, del delito fiscal por el delito de cohecho (falta de declaración a la Hacienda Pública de las cantidades ilícitamente obtenidas).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vigésimo primero.—Por razones sistemáticas procede analizar a continuación los

motivos decimoséptimo a decimonoveno, que plantean desde diversas perspectivas la incompatibilidad de la doble condena por cohecho y por delito fiscal, dado que, como

se verá, la estimación de estos motivos dejará sin contenido los demás motivos de recurso referentes al delito fiscal.

La cuestión se plantea desde varias perspectivas. En primer lugar como infracción de ley por estimar que al condenar la sentencia al recurrente como autor de dos delitos contra la hacienda pública, cometidos al defraudar a la Hacienda Pública Navarra en el IRPF de 1990 y 1991 por omisión, entre otras, de la declaración del importe de los ingresos derivados del delito continuado de cohecho ya objeto de condena, deja indebidamente de aplicar el art. 8.3.º del Código Penal pues nos encontramos ante un concurso aparente de leyes penales en el que el delito de cohecho absorbe las infracciones consumidas en aquél.

Asimismo, y por las mismas razones, se denuncia la vulneración del principio "non bis in idem", inherente a los de legalidad y tipicidad proclamados en los arts. 9.3 y 25.1.º de la Constitución Española.

Por último se alega la vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, por estimar que este derecho fundamental ampara la facultad de negarse a incluir en las declaraciones de renta ingresos de procedencia ilícita que pudiesen revelar la realización de alguna actividad delictiva.

Vigésimo segundo.—La resolución de esta compleja cuestión requiere partir de la doctrina ya sentada por esta Sala en un supuesto similar (sentencia 1493/1999, de 21 de diciembre, caso R.), para analizar si dicha doctrina es aplicable íntegramente al supuesto actual o bien el caso ahora enjuiciado presenta aspectos peculiares que obliguen a matizar y especificar la referida doctrina, determinando una solución diferenciada.

Vigésimo tercero.—Comenzando por la última cuestión, señalábamos en la sentencia 1493/1999, de 21 de diciembre que ha de rechazarse la concepción de que el derecho fundamental a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo pueda configurarse

como una causa que justifique la defraudación fiscal. Como se deduce de la STC 161/1997 de 2 de octubre, en el análisis de los efectos del derecho a no declarar y del derecho de defensa constitucionalmente garantizados ha de distinguirse una diversidad de perspectivas en el propio seno del art. 24.2 CE. Mientras la derivada de los derechos a la no declaración y a la no confesión es, desde cierto punto de vista, más restringida, pues puede considerarse que comprende únicamente la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo, mayor amplitud tiene la prohibición de compulsión a la aportación de elementos de prueba que tengan o puedan tener en el futuro valor incriminatorio contra el así compelido, derivada del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia. Esta amplitud, sin embargo, debe someterse a un doble tamiz en el complejo equilibrio de garantías e intereses que se concitan en el procedimiento sancionador: las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio. Así, tal garantía no alcanza a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva. Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter,

o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio. (STC 161/1997).

Aplicando esta doctrina constitucional al supuesto enjuiciado ha de concluirse que el temor a que la declaración fiscal, al incluir ganancias de difícil justificación o bienes adquiridos con fondos de ilícita procedencia, pueda contribuir al afloramiento de actividades ilícitas no puede configurarse como una causa privilegiada de exención de la obligación de declarar, supuestamente amparada en un derecho constitucional y de la que se beneficiarían los ciudadanos incumplidores de la Ley en detrimento de los respetuosos del Derecho, pues no nos encontramos ante “contribuciones de contenido directamente incriminatorio”. (STS 1493/1999).

Vigésimo cuarto.—Pues bien, esta doctrina sentada en la sentencia citada 1493/1999 debe ser plenamente ratificada, pues tiene un carácter general. Como también se señalaba en dicha resolución el principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el Derecho que a quien lo respete. La procedencia ilícita de los ingresos no excluye por sí misma la obligación de declarar fiscalmente los incrementos patrimoniales de ellos derivados y las dificultades que pueda tener el contribuyente para aflorar fiscalmente sus ingresos reales sin desvelar sus actividades ilícitas únicamente son imputables al mismo, sin que puedan determinar una posición de privilegio que le exima de la obligación genérica de declarar a Hacienda o le haga inmune frente a la responsabilidad penal por delito fiscal.

Vigésimo quinto.—Ahora bien también es cierto que en la sentencia nº 1493/1995,

de 21 de diciembre, declarábamos en el fundamento jurídico trigésimoquinto que: *“Conviene precisar, para concretar estrictamente nuestra doctrina al supuesto ahora enjuiciado, que en el caso actual no nos encontramos ante una resolución que sanciona penalmente un mismo hecho desde dos perspectivas diferentes como sucedería en el caso de una actuación delictiva concreta que se sancionase como tal y asimismo como ocultación a la Hacienda Pública del provecho obtenido. Por el contrario en el supuesto actual la sanción por los delitos contra la Hacienda Pública se fundamenta en la defraudación derivada de formular declaraciones negativas, con reclamación de devolución, por parte de quien disfrutaba de un enorme patrimonio inmobiliario y mobiliario oculto, así como de unos inmensos ingresos obtenidos de una amplia pluralidad de fuentes, en parte lícitas, en parte directamente ilícitas, en parte indirectamente ilícitas, es decir procedentes de la reinversión de ganancias ilícitas y en parte procedentes de actividades, que podrían haber sido ilícitas pero no han sido enjuiciadas en este proceso, realizadas en una época anterior a los periodos fiscales analizados”*.

Vigésimo sexto.—En el caso actual, ratificando dicha doctrina, ha de estimarse sin embargo que nos encontramos precisamente ante un supuesto de los excluidos por la misma, en el que la doble condena recae sobre el mismo hecho delictivo ya sancionado penalmente como delito continuado de cohecho. Hecho que consiste en la indebida percepción de las dádivas derivadas del cohecho, ocultándose a Hacienda el provecho obtenido. Ha de recordarse que en la sentencia condenatoria se acuerda el comiso de todos los bienes muebles o inmuebles procedentes del pago de las comisiones ilegales por las constructoras, bienes que constituyen precisamente los incrementos patrimoniales que han dado lugar a las condenas por delito fiscal.

Vigésimo séptimo.—En consecuencia ha de estimarse que si bien debe mantenerse que la presunta ilicitud de la procedencia de los bienes no exime del delito fiscal, y que no existe incompatibilidad entre la condena por una serie de delitos que generan beneficios económicos y las condenas por delitos fiscales deducidas de incrementos patrimoniales derivados de una pluralidad de fuentes, incluidos los beneficios indirectos de los referidos actos delictivos, no sucede lo mismo cuando los incrementos patrimoniales que generan el delito fiscal proceden de modo directo e inmediato de un hecho delictivo que también es objeto de condena (con la consiguiente pérdida de los beneficios derivados del mismo por comiso o indemnización) dado que en estos concretos supuestos la condena por el delito que constituye la fuente directa e inmediata del ingreso absorbe todo el desvalor de la conducta y consume al delito fiscal derivado únicamente de la omisión de declarar los ingresos directamente procedentes de esta única fuente delictiva.

Vigésimo octavo.—En consecuencia, y para concretar la doctrina expuesta, ha de señalarse que para la aplicación del concurso de normas (art. 8º Código Penal 1995) en el que la sanción penal por el delito fuente directa de los ingresos absorbe el delito fiscal que se considera consumido en aquél, es necesario que concurren tres requisitos; a) que los ingresos que generen el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior. Cuando no suceda así y nos encontremos ante ingresos de una plura-

lidad de fuentes o que sólo de manera indirecta tengan un origen delictivo porque los beneficios del delito han sido reinvertidos y han dado lugar a nuevas ganancias, no cabe apreciar el concurso normativo (sentencia 1493/1999 de 21 de diciembre, caso R.). b) Que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena. Cuando no suceda así, por prescripción, insuficiencia probatoria u otras causas, debe mantenerse la sanción por delito fiscal, dado que el desvalor de la conducta no ha sido sancionado en el supuesto delito fuente (sentencia de 7 de julio de 1996, núm. 649/1996, caso “Nécora”, fundamento jurídico octogésimo cuarto, en la que se mantiene la condena por delito fiscal respecto de ingresos supuestamente derivados de receptación, precisamente porque “por estimación de otros motivos de estos mismos recursos, hemos acordado absolver del delito de receptación”). En consecuencia los delitos fiscales deducidos de incrementos patrimoniales que podrían tener origen delictivo deben ser en todo caso objeto de investigación y acusación, como delito contra la hacienda pública pues solamente si el delito del que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deberán ser autónomamente sancionados. La procedencia ilícita de los bienes no puede constituirse en un beneficio o privilegio para el defraudador. c) Que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil.

Sentencia 529/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 2 de abril de 2001

PROPIEDAD INTELECTUAL.

Art. 270 Código Penal

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

SÍNTESIS

Análisis en profundidad de las dos modalidades típicas previstas en el art. 270 del CP, que no son alternativas entre sí; por el contrario, la conducta prevista en el párrafo segundo se refiere inequívocamente al objeto material señalado en el párrafo primero. El art. 270 del CP sólo protege los derechos intelectuales y no las pretensiones de imponer un precio en el mercado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—1. Como se desprende de la síntesis realizada el recurso se estructura sobre cinco consideraciones:

a) El derecho del productor sólo se agota con la primera venta en un ámbito territorial determinado; por lo tanto, en otros ámbitos territoriales (en el caso de la UE) el derecho del productor no se ve afectado por la primera venta. (Exclusión de una regla de agotamiento internacional).

b) El derecho del productor excluye de la comercialización del fonograma en territorio español a todo el que, sin autorización del titular en España, lo haya adquirido fuera del ámbito de protección y, en particular, en este caso, fuera del ámbito de la UE, aunque se trate, como en el caso que aquí se enjuicia, de fonogramas cuya reproducción haya sido autorizada por sus titulares, la adquisición haya sido legal y la introducción en España también lo sea.

c) Por lo tanto, la importación sin autorización del productor de fonogramas provenientes de fuera del territorio de protección del derecho constituiría una defraudación del derecho de propiedad intelectual adecuada al tipo del art. 270 CP.

d) Carece de toda relevancia a los efectos de la aplicación del art. 270 CP, si los fonogramas importados estaban legalmente en el comercio dentro del territorio extracomunitario o si se trataba de copias ilegales (“piratas”), pues ni el artículo citado, ni la

ley 6/1987, art. 117.3, hacen ninguna distinción entre unos y otros objetos.

e) La alternativa típica del segundo párrafo del art. 270 CP sólo menciona fonogramas “legales”, porque, si éstos no lo fueran, los titulares del derecho intelectual no podrían autorizar su importación sin participar ellos mismos en el delito.

2. De estas cinco consideraciones, en realidad, sólo pueden constituir la materia de este recurso las que se refieren a la subsumición de la conducta del importador sin autorización bajo el tipo del art. 270 CP. Nadie podría discutir que el agotamiento del derecho de propiedad intelectual tiene efectos territoriales dentro de todos los Estados miembros de la UE, ni que el productor de un fonograma es titular de los derechos de distribución que le son reconocidos en el art. 117 L. 6/1987. El problema, sin embargo, consiste en saber si los derechos de exclusividad que pudieran corresponderle están penalmente protegidos hasta el punto que quien introduzca en el comercio español fonogramas legalmente puestos en el comercio con la autorización del mismo productor en territorios extracomunitarios, comete el delito del art. 270 CP. Dicho con otras palabras: debemos establecer si el derecho de exclusividad derivado de la propiedad intelectual se extiende a la posibilidad de limitar el derecho de otros a la concurrencia al mercado en el ámbito comunitario con los propios productos del propio productor. Brevemente: se trata de saber si el derecho de propiedad intelectual encierra también un

aspecto que justifica una limitación de la libre concurrencia al mercado.

(...)

4. Aclarado lo anterior, es preciso analizar la cuestión fundamental planteada por el art. 270 CP.: la relación entre las alternativas típicas del primer párrafo, estructuradas en las conductas de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente sin autorización del titular del derecho, y la alternativa del segundo párrafo de dicho artículo, que describe la importación de dichas obras sin tal autorización. La problemática ha sido correctamente presentada en la sentencia recurrida. Los recurrentes, por su parte, vienen a sostener que el segundo párrafo es independiente del contenido del primero y alcanza a toda importación no autorizada por el titular del derecho.

Esta tesis de la autonomía de ambas alternativas típicas es apoyada por los recurrentes en dos argumentos diversos: el primero se remite a la máxima latina “ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”. El segundo se refiere a la contradicción que se daría si el consentimiento del titular pudiera eliminar la tipicidad de la importación de obras reproducidas ilegalmente; tal consentimiento, se dice, no sería sino una forma de participar en el delito. Precisamente de ello se deduce, según los recurrentes, que el tipo del art. 270 CP se realiza inclusive cuando los fonogramas han sido legalmente adquiridos, en un marco legal y legalmente importados a España. Ambas cuestiones deben ser tratadas separadamente.

a) La falta de distinción legal que se afirma en el recurso, en realidad, no es tal. En efecto, en realidad, el argumento choca ante todo con el significado literal del texto del art. 270 CP., que se refiere al que “importe (...) dichas obras”. Las obras dichas son, precisamente, las obras mencionadas en el primer párrafo, es decir, las que son objeto del delito que describe la alternativa

típica del plagio, la reproducción y la distribución ilícita. Por lo tanto, el texto de la ley penal, en verdad, distingue, dado que no se refiere a todas las obras, sino a las que se mencionan en el primer párrafo, es decir, las que han sido plagiadas, reproducidas o distribuidas ilícitamente. Es evidente que de lo contrario el segundo párrafo carecería de sentido, pues en la primera parte de este párrafo no se menciona ninguna obra.

En el marco de una interpretación literal del texto no cabe excluir la adjetivación de los sustantivos “obras” literarias, artísticas o científicas resultante de las expresiones “sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos”, pues la función adjetiva y los sustantivos a los que se refiere constituyen la unidad de sentido que caracteriza la significación del texto. Dicho brevemente: el segundo párrafo cuando se refiere a dichas obras quiere decir las “obras reproducidas sin autorización”.

Esta interpretación literal se ve corroborada por la de la L. 6/1987. En efecto: los arts. 138 y ss. de la LPI, bajo el título “De la protección de los derechos reconocidos en esta ley”, contienen una serie de medidas para impedir prácticas que se estimen lesivas de la propiedad intelectual. Es evidente que si toda importación que pudiera lesionar un derecho de esta naturaleza fuera delictiva, los arts. 138 y ss. carecerían de sentido, pues en todos los casos la única vía sería la penal. Es decir, si la Ley 6/1978 prevé medidas cautelares que permiten hacer cesar la actividad presuntamente lesiva del derecho intelectual, es porque no toda presunta lesión del mismo tiene necesariamente carácter criminal.

De todos modos, cabe preguntar si esta distinción además de literal, es sostenible también desde un punto de vista teleológico. Los recurrentes alegan, en este sentido, que el daño patrimonial es idéntico en el caso de las copias “piratas” y las “copias legales” y que éste es el fundamento de la interpretación que proponen, que, por lo demás, con-

sideran ajustada al llamado principio de intervención mínima.

La Sala no comparte el punto de vista de los recurrentes. Ante todo se debe señalar que en los hechos probados no consta que los fonogramas importados hayan sido reproducidos en el mercado extracomunitario sin autorización de su titular (con apoyo en el art. 899 LECr, la Sala ha comprobado que en el escrito de querrela no se ha denunciado que los fonogramas importados hayan sido reproducidos en el lugar de adquisición sin la autorización correspondiente). Tampoco consta como probado qué daño patrimonial habrían sufrido las firmas que ejercen la acción penal. Pero, suponiendo —como hipótesis de trabajo— que hubieran experimentado un daño de carácter patrimonial, surgen ciertos obstáculos para la imputación al acusado del supuesto daño. Es dudoso, al menos, que en el marco institucional del art. 38 CE se pueda considerar daño patrimonial el que produce la competencia comercial que tiene su causa en los precios que el productor ha fijado en el territorio extracomunitario. Al parecer, son los propios acusadores particulares los titulares de los derechos intelectuales en el mercado extracomunitario y quienes han puesto en el mercado fuera de España, con un precio fijado por ellos el mismo producto que aquí desean vender a otro precio. Al menos, en los hechos probados no se establece lo contrario. Por lo tanto, si los acusadores particulares pusieran los fonogramas en el comercio en territorio extracomunitario al precio que venden en España la importación no tendría ningún sentido económico y tampoco tendrían necesidad de ninguna protección penal. Dicho de otra manera: se plantea aquí la cuestión de si la ley penal debe proteger el patrimonio de quien no se protege a sí mismo o, en todo caso, el patrimonio de quien crea las condiciones para la realización de los hechos que luego estima perjudiciales. Aunque el tema se haya planteado con mayor intensidad en el marco de las discusiones dogmáticas sobre el alcance del tipo penal de la estafa

(confr. STS 1285/1998, de 29-10-1998), es evidente que la cuestión está íntimamente vinculada con el carácter secundario del derecho penal, tan acertadamente subrayado por la representación de los recurrentes. Por lo tanto, si —como parece— estas firmas han decidido operar en varios mercados, produciendo en unos libremente a menor precio que en otros, no cabría imputar al acusado un perjuicio criminalmente relevante, pues el comprador ha comprado en el territorio extracomunitario al precio que el vendedor le ha querido vender, y el vendedor no sería ajeno a la situación.

Consecuentemente, la distinta significación jurídico-penal de la importación de fonogramas “piratas” y la de fonogramas legalmente adquiridos e introducidos en España, resulta confirmada por la interpretación teleológica del art. 270.2 CP. Es decir: la literalidad del art. 270 CP coincide con la finalidad objetiva de la ley.

Es evidente, en consecuencia, que el párrafo segundo del art. 270 del CP. tiene la función de cierre de todo el sistema de represión penal de las conductas ilícitas sancionadas en el primer párrafo, de modo que la protección penal se dispensa tanto contra el que reproduzca, plagie, distribuya, etc. las obras a las que se refiere el precepto, como también a todos aquellos que, en relación con las obras mencionadas en el primer párrafo, cometan las acciones ilegales que se describen a continuación (importar, exportar o almacenar ilícitamente), de manera que la protección penal es completa, al abarcar todo tipo de comportamientos atentatorios al derecho de propiedad de los productores, que el citado precepto penal protege.

La conclusión, por otra parte, está impuesta por el principio de proporcionalidad: no es idéntico el contenido criminal de la acción de quién importa conscientemente (“intencionadamente dice el texto legal) fonogramas provenientes de una usurpación de derechos intelectuales, que el disvalor de la conducta del que los compró en el extranjero legalmente al precio fijado libremente

en el mercado extracomunitario. Mientras en el primer supuesto el importador perpetúa los efectos de la acción delictiva y se introduce ilegalmente en el mercado, en el segundo simplemente se vale de las leyes de la oferta y la demanda. Brevemente: no puede ser lo mismo introducirse en el mercado ilegalmente que participar del mismo mediante medios socialmente adecuados. Ambos supuestos no pueden ser igualmente punibles como lo proponen los recurrentes, pues la diversa magnitud de las ilicitudes debe tener un reflejo paralelo en la magnitud de la pena ya en el momento de la inculminación, no sólo en la individualización judicial. Si esta diferencia no existe, ello es un dato más que revela la necesidad teleológica negada por los recurrentes de distinguir entre importaciones de obras "piratas" y obras lícitamente puestas en el mercado.

En suma: el texto del art. 270 CP distingue, tanto en la letra como en su espíritu, entre la importación de obras usurpadas, que son objeto de la alternativa típica de la importación y almacenamiento, y la importación de obras adquiridas lícitamente al precio fijado libremente en el mercado legal paralelo. El carácter criminal de las primeras justifica su punibilidad y es, además, político-criminalmente razonable.

b) El segundo argumento en el que los recurrentes basan su tesis de la independencia de la alternativa típica de la importación y almacenamiento respecto del supuesto de la usurpación de derechos mediante plagio, reproducción, distribución, etc., como se dijo, es el del consentimiento. Los recurrentes entienden que la autorización de la importación excluye su tipicidad pues tiene el efecto del consentimiento, y que, por ello, sólo cabría autorizar aquellas importaciones que no sean consecuencia de un delito previo cometido con o sobre los objetos importados, pues, en este caso, el sujeto que diera la autorización o prestara el consentimiento debería responder, al menos, como encubridor del delito del primer párrafo del art. 270 CP.

Tampoco este argumento es compartido por la Sala a pesar de la brillantez con la que ha sido expuesto por la representación de los recurrentes. En efecto, los derechos de propiedad intelectual son básicamente renunciables y transferibles. Por lo tanto, si el titular de los derechos sobre determinados fonogramas reproducidos sin autorización quisiera consentir expresamente en su importación no incurriría en ninguna responsabilidad criminal. Simplemente habría renunciado a sus derechos y ello no constituiría ningún encubrimiento, ni la menor participación en la reproducción usurpada. Es preciso tener en cuenta que el orden jurídico no podría impedir al titular del derecho usurpado autorizar la importación de los fonogramas reproducidos sin autorización, cuando tal autorización se acuerda, por ejemplo, por un precio que le resulta satisfactorio y compensador, dado que esta decisión entraría en la autonomía de la libertad. Por lo demás, tratándose de derechos renunciables la autolesión no puede ser punible. El que consiente "ex post" la entrada antes no autorizada en su propio domicilio no será en ningún caso un partícipe del allanamiento de morada, ni un encubridor de este delito. Por consiguiente, no es posible deducir de la autorización de la importación una confirmación de la tesis de los recurrentes, es decir, de que el art. 270 CP. se refiere a importaciones lícitas.

Por otra parte, si el segundo párrafo del art. 270 CP. sólo se pudiera referir a importaciones de obras lícitamente puestas en un mercado legal paralelo, su incompatibilidad con el principio de proporcionalidad sería todavía más acusada. En efecto: tendría la misma pena reproducir y distribuir una obra usurpando los derechos intelectuales, que adquirirla legalmente en dicho mercado e introducirla luego en territorio español.

c) Por consiguiente esta Sala llega a la conclusión de que el segundo párrafo del art. 270 CP. no contiene una alternativa típica autónoma respecto de la contenida en el primer párrafo. La importación prohibida en

el art. 270 CP. es la de obras cuyos derechos intelectuales han sido usurpados. El titular de derechos intelectuales puede defenderse de la importación de obras legalmente adquiridas en un mercado legal paralelo —si ello correspondiere— mediante las medidas cautelares y el sistema de responsabilidad que prevén los arts. 138 y ss. L. 6/1987.

5. La conclusión alcanzada se ve respaldada también, en otro orden de ideas, por el concepto del bien jurídico protegido en este tipo penal. El delito contra los derechos intelectuales no tiene la finalidad de proteger ni los precios de venta de las reproducciones de la obra, ni la de operar como una limitación de la competencia en el mercado de los respectivos productos. Esta materia corresponde al derecho sancionatorio no penal tanto en el ámbito comunitario como en el nacional (salvo el caso del art. 281 CP, no aplicable al caso). La diferencia específica entre el derecho de exclusividad y el derecho a fijar los precios de venta en el mercado, así como su repercusión en el ámbito del derecho penal, no puede ser puesta en duda. También aquí las nociones son paralelas a las que se dan en el ámbito de la propiedad tradicional, pues el delito de hurto no alcanza en su protección al precio de las cosas cuya propiedad protege. El objeto de protección del delito del art. 270 CP, por lo tanto, es la exclusividad de la explotación de una determinada obra y sus reproducciones, en el marco de una concurrencia leal en el mercado. Es evidente que el legislador podría —si quisiera— proteger las importaciones legales desde mercados paralelos, por ejemplo con medidas fiscales que desalentaran tales prácticas mercantiles. Esta sería precisamente una conclusión a la debería condu-

cir el principio de “intervención mínima” que subrayan los propios recurrentes. (pág. 27 del recurso). Pero si el legislador no ha tomado otras medidas, y sólo recurre a la criminalización de las importaciones no “piratas”, habría utilizado el derecho penal no como “última”, sino como “prima ratio” de la política social, algo que los recurrentes expresamente no postulan.

Lo dicho no significa —debemos insistir una vez más— que los derechos intelectuales queden desprotegidos ante ciertas prácticas de la competencia. Es claro que el ámbito del art. 270 CP. no es —como ya se dijo— el límite de la protección de todos los derechos del titular de un derecho intelectual. Como lo vienen reiterando autorizadas opiniones “la protección de los bienes jurídicos no sólo se realiza por medio del derecho penal; el instrumental de todo el ordenamiento jurídico tiene que cooperar a ello”. Por ello, se afirma que “el derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos y ésta no siempre en forma general, sino que a menudo (como en el caso del patrimonio) sólo contra especies individuales de agresión”.

El sistema de medidas de los arts. 138 y ss. de la L. 6/1987 y las leyes que protegen la competencia, completan la protección que el derecho penal sólo aporta para los supuestos de auténtico contenido criminal.

Resumidamente: el acusado no afectó criminalmente el derecho intelectual de los recurrentes, sino su pretensión de imponer un determinado precio en España. Esta pretensión, sin embargo, está fuera del ámbito de protección del delito previsto en el art. 270 CP., pues éste sólo protege los derechos intelectuales y no las pretensiones de imponer un precio en el mercado.

Sentencia 550/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 3 de abril de 2001

REGISTRO DOMICILIARIO: AUTORIZACIÓN POR DETENIDO SIN ASISTENCIA LETRADA.

Arts. 18.2 CE; 545 LECrim.; 11.1 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

Aunque se declara que el registro domiciliario vulneró el art. 18.2 de la CE al practicarse en virtud de autorización dada por detenido no asistido de letrado, no tiene como consecuencia la prohibición de valoración de pruebas derivadas (como en este caso la confesión del imputado) al no existir entre éstas y las originarias la denominada “conexión de antijuridicidad”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El artículo 18.2 CE garantiza la inviolabilidad del domicilio añadiendo que ninguna entrada y registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. No siendo este el supuesto, ni mediando autorización judicial, se trata de resolver si el consentimiento del titular del domicilio, privado de libertad y prestado sin asistencia Letrada, como es el caso, y admite la sentencia recurrida (fundamento de derecho primero), habilita la legalidad, no ya ordinaria, sino propiamente constitucional de la diligencia así practicada, es decir, si constituye verdaderamente vulneración del derecho fundamental del detenido.

La Jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado ya del presente supuesto, resolviendo casos similares en el sentido de entender necesaria la asistencia Letrada al detenido antes de otorgar el consentimiento del registro

policial en su domicilio, afirmando que dicha falta constituye una vulneración del artículo 17.3 CE con los efectos previstos en el artículo 11.1 LOPJ, esto es, la ineficacia total de dicho consentimiento y, por tanto, la imposibilidad de conferir validez al resultado de la entrada y registro efectuado, sin perjuicio de la posibilidad de acreditar por otros medios lo que se descubrió en el registro, cuya diligencia debe ser radicalmente nula (SSTS de 18/12/1997, 21/1/1999 o la muy reciente de 13/3/01, entre otras).

La razón de ello es que la manifestación de voluntad así prestada debe ser seriamente cuestionada teniendo en cuenta que el detenido puede sentirse condicionado o presionado por dicha situación, incluso desconocer la posibilidad de negarse a autorizar la entrada, así como las consecuencias que pudieran derivarse de dicho acto. En síntesis, el supuesto es similar al del artículo 520.1.c) relativo a la presencia del Abogado en las

diligencias policiales de declaración y reconocimiento.

El submotivo, que apoya el Ministerio Fiscal, debe ser estimado a los solos efectos de declarar conculcado el derecho fundamental del recurrente a la asistencia Letrada y a la inviolabilidad de su domicilio como consecuencia de lo anterior, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación.

(...)

Cuarto.—(...)A) Como señala la STC 8/2000, de 17/1, con expresa invocación de las precedentes 161 y 171/1999, ambas de 27/199, “la declaración de lesión del derecho constitucional sustantivo no tiene como consecuencia automática la prohibición constitucional de valoración de toda prueba conectada de forma natural con las directamente obtenidas con vulneración de derechos constitucionales”, lo que quiere decir que pueden valorarse lícitamente las pruebas que aun conectadas desde una perspectiva natural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes, “de manera que la prohibición de valoración de pruebas derivadas de las obtenidas inicialmente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos sólo se produce si la ilegitimidad de las pruebas originales se trasmite a las derivadas”. En palabras de la STC citada 161/1999, no pueden confundirse los planos fáctico y jurídico cuando se trate de declarar la lesión del artículo 18.2 C.E., pues una cosa es la prohibición de admitir como prueba de cargo el hallazgo de la droga o de otros objetos (consecuencia jurídico-constitucional) y otra distinta entender que por ello las sustancias u objetos encontrados carecen de existencia, estribando la cuestión en que sólo podrán darse judicialmente por acreditados mediante pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías, añadiendo “que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se pueda

proponer prueba porque haya de operarse como si el mismo no hubiera sucedido. La droga existe, fue hallada, decomisada y analizada”.

El criterio básico para entender cuándo las pruebas derivadas pueden ser valoradas y cuándo no, radica en determinar si entre las originarias y las derivadas existe o no la denominada conexión de antijuridicidad, (...)

Pues bien, como también ha estimado ya la Jurisprudencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (SSTS n.º 595/1995, de 26/4 y la muy reciente de 26/12/2000, n.º 2012/2000), la declaración del procesado admitiendo los hechos de la pretensión acusatoria puede constituir prueba jurídicamente independiente del acto lesivo de la inviolabilidad del domicilio, teniendo en cuenta lo siguiente: A) tanto al imputado como al acusado se le reconoce constitucionalmente el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, declaración que como detenido debe llevar a cabo con asistencia Letrada (artículo 17.3 CE) y en el juicio oral concurre idéntica garantía ex artículo 24.2 CE, siendo ello un eficaz medio de protección frente a cualquier tipo de coacción o compulsión ilegítima, y por ello el contenido de dichas declaraciones puede ser valorado como prueba válida capaz de enervar la presunción de inocencia; B) como también señala la tantas veces citada STC 161/1999 “la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material, que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. Las necesidades de tutela quedan, pues, suficientemente satisfechas con

la exclusión probatoria ya declarada”; y C) la validez de la confesión “no depende de los motivos internos del confesante sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención” (STC 86/1995), finalizando la 161/1999 afirmando que “de lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responda a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación”.

En el presente caso el hoy recurrente, que expresa su deseo de prestar declaración ante la autoridad judicial, no haciéndolo en sede policial (folio 27), declara con asistencia de Letrado ante el Juez de Instrucción el día 15/4/1996 (folio 43), es decir, tres días después de su detención y del registro llevado a cabo en su domicilio, reconociendo parcialmente los hechos imputados por la acusación, refiriéndose incluso a aquéllos que son anteriores al acto lesivo de la inviolabilidad de su domicilio. Es cierto que en el acto del juicio oral se retracta de lo confesado ante el Instructor, pero del acta se deduce la puesta de manifiesto de dicha contradicción, lo que determina la presencia de las condiciones necesarias para que el Tribunal pueda valorar cuál de ambas versiones le ofrece mayor credibilidad, como así expone en el fundamento de derecho segundo. Lo anterior conlleva: A) que se ha practicado prueba de car-

go suficiente con las garantías constitucionales exigibles, cual es la confesión del hoy recurrente, que ha valorado el Tribunal, lo que supone inexistencia de la conexión de antijuridicidad entre el acto lesivo y la prueba de confesión prestada libremente, teniendo en cuenta la doctrina constitucional a la que hemos hecho referencia más arriba, justificándose por medio de una prueba independiente los hechos imputados al acusado; B) que éste se refiere igualmente a los hechos anteriores al hallazgo de la droga y la pistola y no ha cuestionado nunca la cuantía de la sustancia ni el resultado de los análisis practicados; y C) que igualmente hay que tener en cuenta la declaración de los agentes policiales intervinientes en la vigilancia y seguimiento de los implicados, sustancialmente su ida a Marbella y su estancia en el bar del Camping a la que se refiere el hecho probado, todo ello anterior a la diligencia de entrada y registro y por lo tanto se trata de hechos incluso materialmente desconectados del posterior hallazgo.

En síntesis, prescindiendo del acta del registro y de las declaraciones de los testigos asistentes al mismo, la confesión del inculgado es suficiente prueba de cargo para enervar su presunción de inocencia, debiendo sumarse a ello lo declarado por los agentes policiales en relación con los hechos anteriores (ver acta del juicio oral, declaración de los testigos Policías Nacionales 48.790, 34.666 y 16.391).

Sentencia 380/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 4 de abril de 2001

AFORAMIENTO DE MAGISTRADO QUE HA CESADO EN SU CONDICIÓN DE TAL.

Art. 73.3.b) LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell**

SÍNTESIS

Habida cuenta de la imprecisión del art. 73.3 de la LOPJ que no aclara si el aforamiento a que alude se extiende a magistrados que han cesado en sus funciones, declara la Sala la existencia de aquél y, por tanto, la competencia de la Sala Civil y Penal de los Tribunales de Justicia para el enjuiciamiento y fallo de las causas penales contra tales magistrados siempre que se trate de delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Un único motivo se formula en este recurso introduciéndolo por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se cita y alega infracción de Ley, en concreto del artículo 73.3 b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por su indebida inaplicación al caso. Entiende el Ministerio fiscal recurrente que corresponde la competencia para instruir la causa y juzgar a un magistrado, renunciante voluntario de su pertenencia a la carrera judicial, por delitos cometidos durante el ejercicio de su cargo, a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde ejerció ese cargo judicial, frente al criterio adoptado en el auto de la Sala de lo civil y Penal del Tribunal Superior de Cataluña contra el que recurre, que, resolviendo en súplica, confirmó auto precedentemente dictado por la misma Sala declarándose incompetente para

la instrucción y fallo de diligencias penales por delitos atribuidos a un anterior magistrado que ejerció su cargo en Barcelona.

(...)

La norma rectora en la materia que se refiere a la responsabilidad penal de jueces y magistrados, es la recogida en el apartado b) del artículo 73.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. (...) Analizando la expresión gramatical de la norma del apartado b) del artículo 73.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se observa que la atribución de competencia a la Sala de lo Penal de los tribunales superiores de Justicia, en tanto que a la Sala de lo Penal, se encomienda la instrucción y fallo de causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal, añadiendo precisiones a tal atribución de competencia, como la de que no corresponda al Tribunal Supremo y circunscribiéndola a delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, y reduciéndola aún más, territorialmente, a que ese ejercicio se haya

realizado en la propia comunidad autónoma, que se ha de entender ser la de la sede del Tribunal Superior. Esta última precisión puede resultar ociosa en cuanto sólo en el territorio de la comunidad en que estén destinados pueden esos jueces, magistrados y fiscales desempeñar sus funciones, y también podrá suscitar problemas de atribución de competencia entre diversos tribunales superiores cuando el mismo delito que le fuera atribuible a un juez o magistrado lo hubieran cometido sucesivamente en el ejercicio de su cargo en diversos destinos correspondientes a diversas comunidades autónomas. Pero lo que no aclara este apartado es si la especialidad de fuero se extingue, aun para delitos cometidos en el ejercicio del cargo, cuando a quien se puedan imputar haya dejado de tener la condición personal de juez, magistrado o fiscal. Si la cesación en esa condición se presenta como irrecuperable (jubilación o renuncia expresa a ella) parece que la finalidad de proteger la independencia en el desempeño de sus funciones del individuo afectado no puede presentarse como argumento para mantener el aforamiento. Es precisamente en esta circunstancia en lo que difieren el auto del Tribunal Superior de Cataluña y los recurrentes, entre ellos el fiscal, en esta casación.

Vigente ya la dicha Ley Orgánica del Poder Judicial este Tribunal Supremo se ha pronunciado varias veces en casos de duda sobre el aforamiento penal de magistrados que han cesado en sus funciones. Sus resoluciones, aunque puedan parecer contradictorias, constituyen ya una guía apreciable. Recaen sobre casos en los que los magistrados afectados se habían jubilado, a los efectos, similar al del presente caso, pues tanto quien se jubila como quien renuncia a la condición de juez, deja efectivamente de tener tal condición. En auto de 13 de febrero de 1986 se dan bien claras reglas para decidir. Aun calificando el aforamiento de privilegio procesal, se dice inmediatamente después, que es un privilegio de carácter personal, en cuanto no tiene más finalidad que la de salvaguardar la independencia funcional

de quienes lo ostentan y, al constituir excepción concreta a la regla general del derecho al juez ordinario del artículo 24 de la Constitución, como ya había dicho, antes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el auto de 21 de marzo de 1984, su otorgamiento exige una interpretación taxativa y estricta de la Ley, ya que no tiene razón de ser la extensión de tal privilegio procesal a supuestos que no están comprendidos ni en la letra ni en el espíritu de la norma, como era el que se resolvía, en que se trataba de la atribución al magistrado de un delito común que ninguna relación tenía con el ejercicio del cargo. En auto de enero de 1987 adoptado por la Sala de este Tribunal prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se cita el dictamen fiscal favorable a que, en caso de imputación de un delito cometido en el ejercicio de sus cargos, la garantía, que no privilegio, debe perdurar más allá de la jubilación pues en otro caso se malograría la finalidad de la Ley. En auto de 28 de noviembre de 1988 se afirma que, cometida una infracción penal precisamente al ejercer el poder judicial, no parece ofrecer duda que la competencia ha de mantenerse aunque el juez o magistrado haya perdido su condición de tal, porque lo que está en juego es el correcto o incorrecto actuar de quienes titularizan ese poder, en el aspecto más grave y trascendente cual es la comisión de un delito cuyo descubrimiento afecta decisivamente a la sociedad entera. Y en el auto de esta Sala Segunda de 20 de diciembre de 1988 se declinó la competencia para conocer de un delito, no cometido en ejercicio del cargo, atribuido a un magistrado ya jubilado. Del conjunto de tales resoluciones se desprende como nota común a todas ellas que la perpetuación de la jurisdicción del Tribunal Supremo se propugna teniendo en cuenta antes que la cesación de la actividad profesional, la circunstancia de que los hechos se hayan realizado en el ejercicio del cargo, por la gran trascendencia social que una conducta delincente en el desempeño de funciones judiciales tiene para la sociedad. Si la razón para el aforamiento en los casos de delitos

cometidos por magistrados en el desempeño del cargo, cuando la competencia es atribuida a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es la trascendencia de esa función para la ciudadanía, en razón de la gravedad de tales hechos, atentatorios en el más alto grado para una función, la judicial, de extrema importancia, es claro que la competencia que en el desempeño de funciones penales se atribuye en el artículo 73.3 apartado b) a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores, cuando de reprimir delitos de magistrados cometidos en el ejercicio del cargo se trata, y que tiene el mismo fundamento que en los casos de atribución de la competencia a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, debe entenderse que la competencia se perpetúa y dura tras la cesación del magistrado en su cargo, y precisamente porque no se trata de un especial aforamiento derivado de privilegio personal alguno, sino porque lo que determina y justifica el aforamiento es el propósito de alcanzar una especialmente fundada y unificada resolución de casos penales de la más elevada relevancia para los ciudadanos. Con tal criterio no se puede afirmar que se constituye un privilegio personal y de por vida en favor de personas que hayan ejercido las funciones anejas al poder judicial, porque en casos de una posible comisión por esas personas de otros delitos no relacionados con esas funciones, la aplicación correcta del artículo 73.3 apartado b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige que sea la causa referente a esa otra conducta delictiva, no singularizada por su comisión en el ejercicio del cargo judicial, sometida a instrucción y fallo del juez ordinario cuya competencia se determina en

igual forma legal que cuando el delito se cometa por cualquier ciudadano. Desde esta perspectiva hay que afirmar que para la instrucción y fallo de causas por delitos cometidos por magistrados en el ejercicio del cargo, las mencionadas Salas de lo Civil y Penal son el juez ordinario predeterminado por la Ley sin que pueda considerarse esta atribución de competencia un privilegio, pues no presenta notas de desigualdad y excepcionalidad.

(...)

Hay que señalar también que esta interpretación obvia la posibilidad de que se produzca una grave disfunción en el sistema judicial, que sería que, a través del conocimiento por tribunales penales inferiores de causas por delitos cometidos por jueces y magistrados en el ejercicio de sus cargos, se llegara a revisar el contenido de actuaciones y decisiones judiciales adoptadas por órganos judiciales superiores. La corrección de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico hecha por otros tribunales está limitada a órganos judiciales jerárquicamente superiores y tan sólo por la vía de los recursos legalmente establecidos (artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), precaución adoptada para proteger la independencia de jueces y magistrados respecto a todo otro órgano judicial y a los órganos de gobierno del mismo Poder Judicial, independencia que es pieza fundamental del sistema judicial y está consagrada constitucionalmente (artículo 117.1 de la Constitución).

En consecuencia el motivo ha de ser acogido.

Sentencia 662/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 6 de abril de 2001

OMISIÓN DE LA ADVERTENCIA AL TESTIGO DE SU DERECHO A NO DECLARAR.

Arts. 416.1.º II LECrim. y 11.1 LOPJ

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

SÍNTESIS

El incumplimiento del deber de advertir al testigo de la existencia de una exención al deber general de declarar al amparo del art. 416.1 de la LECrim. genera la imposibilidad de valorar sus declaraciones por devenir ilícitas las pruebas obtenidas. (Cfr. con STS 665/2001, de 17 de abril, en que la omisión no era tal y no genera tales efectos al declarar el sujeto en calidad de imputado y no de testigo).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—1. El recurrente cuestiona la valoración realizada por el Tribunal a quo de la declaración de su hermano. El problema realmente planteado, aunque no precisamente expuesto, se refiere en realidad a si dicha prueba podía o no ser valorada por el tribunal a quo.

(...)

Al parecer como consecuencia de las informaciones obtenidas del hermano del acusado se montó el servicio de observación y vigilancia del que da cuenta la diligencia policial de 16 de abril de 1998 (f.º 18), que permitió la detención de dos personas a las que se ocupó drogas, que habrían sido compradas a dicho acusado. Como consecuencia de ello se practicaron las diligencias de entrada y registro que oportunamente contaron con la correspondiente autorización judicial.

El hermano del recurrente no fue citado a declarar durante la instrucción.

En sus conclusiones preliminares el Fiscal y la Defensa ofrecieron al hermano del acusado como testigo (ver folios 17 y 20 vto. del rollo de la Audiencia). La prueba fue admitida por auto de 7 de mayo de 1999.

El hermano del procesado compareció como testigo en la sesión del juicio que tuvo lugar el 5 de octubre de 1999. En dicha oportunidad no se le hicieron las advertencias que prescribe el art. 416.1, párrafo segundo, LECr. En su declaración no confirmó la declaración que se le atribuye al folio 19 del sumario y señaló que se encontraba detenido en dependencias policiales por la denuncia de agresión que formulara su hermana. Al folio 71/74 existen constancias documentales de la existencia de una denuncia que puede ser la mencionada por el testigo y que tuvo lugar el 4 de abril de 1998, es decir, en los días previos a la declaración que al folio 19 se le atribuye.

2. De lo anteriormente reseñado se desprende que ni la autoridad policial, que intervino en las actuaciones documentadas por el atestado, ni el Juez de Instrucción, que autorizó las diligencias que permitieron obtener la prueba decisiva para fundamentar la condena, han dado cumplimiento al art. 416.1, 2.º párrafo, LECr. Tampoco la Audiencia ha informado al testigo, hermano del acusado, de su derecho a no declarar contra el acusado y de las consecuencias que ello podría tener para la prueba de cargo contra el mismo. Si bien es cierto que dicho testigo en el juicio oral rectificó, de hecho, la declaración que la policía le atribuye haber realizado en comisaría, lo cierto es que la información de derechos al testigo no era superflua, pues en el juicio oral el testigo podría haber ejercitado el derecho que le confiere la ley de no declarar contra su hermano y, en ese caso, su primera declaración hubiera carecido de todo efecto, toda vez que había sido prestada sin la debida advertencia.

3. El incumplimiento del deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416.1 LECr. no sólo alcanza al Juez. La finalidad de la ley es

claramente defensiva y, por lo tanto, carecería de todo sentido que se excluyera a la Policía de las obligaciones que se imponen expresamente al Juez de Instrucción. Tal procedimiento dejaría prácticamente hueca la advertencia del 2.º párrafo del art. 416.1 LECr, pues permitiría utilizar como fundamento para la obtención de la prueba de cargo una declaración policial, pero impediría hacerlo con una declaración prestada ante el Juez de Instrucción. Es evidente, por lo tanto, que la garantía judicial sólo tendrá efectividad si se extiende a toda la prueba obtenida por la policía, dado que ésta actúa siempre por delegación o representación del Juez.

4. Consecuentemente, en tanto el testigo del cual proviene la información, que permitió la obtención de la prueba, se encontraba detenido en la comisaría por razones ajenas al hecho que motivó el proceso seguido contra el recurrente, la policía debió formularle la advertencia establecida en el art. 416.1, 2.º párrafo, LECr. Al no haberlo hecho se ha infringido la ley con la consecuencia de la prohibición de valoración de la prueba obtenida, es decir, con los alcances establecidos en el art. 11.1 LOPJ.

Sentencia 629/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 9 de abril de 2001

PRESCRIPCIÓN DEL DELITO.

Arts. 131 y 192.2 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se analizan minuciosamente los problemas que plantea el cómputo del plazo de prescripción en el caso de pena compuesta y facultativa, como sucede en el art. 192 del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Son varias las cuestiones que se plantean en el sólido y documentado recurso del Ministerio Fiscal. En esencia son tres que analizamos por el orden que aconseja su valoración jurídica.

1. La primera es si a efectos de la prescripción la pena que ha de tomarse como referente para establecer el plazo prescriptivo es la señalada en abstracto para cada tipo, o subtipo penal, o la que corresponde en concreto en cada caso.

El Fiscal recuerda con amplitud y rigor la compleja —y a veces vacilante— evolución doctrinal y jurisprudencial sobre la materia con cita expresa, y en ocasiones pormenorizada, de las sentencias más representativas de ambas tendencias desde la de 8 de julio de 1822 hasta las últimas de 1999, fecha del recurso, incluyendo la que denomina solución ecléctica en los últimos años de la vigencia del CP de 1973, para concluir acertadamente que la jurisprudencia mayoritaria se ha decantado por la tesis favorable a la pena abstracta, que fue el criterio adoptado por la Junta General de esta Sala el 29 de abril de 1997.

Así es, en efecto, y así resulta de una interpretación literal, lógica y finalista de lo dispuesto en el art. 131 del CP. Según dicho artículo en su apartado 1 la cuantía de la pena correspondiente al delito que se considera prescrito debe ser la máxima que la Ley señala y no la que el Tribunal sentenciador imponga en concreto. Al Tribunal le corresponde la individualización de la pena en el marco punitivo establecido por el legislador. La duración de la pena con la que se conmina a cada delito corresponde a éste.

“Lo contrario —como se dijo en la sentencia de esta Sala 1173/2000, de 30 de junio— conduciría al absurdo de que esta excepción prescriptiva “nunca podía ser alegada antes de dictar sentencia al desconocerse esa individualización, siendo precisamente

ese cauce anterior el más adecuado y más natural para su alegación. Esto, que es obvio, queda aún más reforzado con la doctrina jurisprudencial, constante y sin fisuras, de que en aquellos casos que se acusa de delito y, sin embargo, se condena por falta, no cabe aplicar el tiempo prescriptivo correspondiente a ésta, sino el señalado por la Ley al delito objeto de enjuiciamiento”.

En este primer tramo de la argumentación la del Ministerio Fiscal es inobjetable y se asume expresamente.

2. La segunda cuestión es precisar la naturaleza y alcance de la inhabilitación especial de seis meses a seis años, establecida en el art. 192.2 del CP. Se trata de una penalidad compuesta y facultativa.

El apartado 3 del art. 131 del CP dispone que “cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción”. Por su parte el art. 13.4 establece que “cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo (se refiere a los delitos graves y menos graves respectivamente) el delito se considerará, en todo caso, como grave”. Son penas graves, según el art. 33.2 c) “las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a tres años” y son “delitos graves las infracciones que la Ley castiga con penas graves”. Puede concluirse con naturalidad que el plazo prescriptivo, cuando puede aplicarse la inhabilitación prevista en el art. 192.2 es el de cinco años establecido para los “restantes delitos graves” y no el de tres años para los menos graves, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131.1 del CP.

No es óbice a esta interpretación que la pena de inhabilitación especial del art. 192.2 tenga carácter facultativo pues aunque no se impusiera en casos como el enjuiciado, no estaría prescrito el delito por ser grave, lo que arrastra el plazo de prescrip-

ción a los cinco años. Lo mismo puede decirse si se impone en extensión inferior a los 3 años. El delito sigue siendo grave y no muda su naturaleza.

Entenderlo de otro modo sería hacer depender la prescripción del uso discrecional que el Tribunal haga de su facultad de imponer, o no, la inhabilitación, lo que equivaldría a hacer depender también de su discrecionalidad declarar extinguida o no la responsabilidad criminal, lo que no es admisible.

Así lo sostiene convincentemente el Ministerio Fiscal en su recurso y hay que reconocer la razón que le asiste también en este segundo alegato.

3. Resta por examinar la última alegación impugnativa contra la sentencia recurrida por haber negado la posibilidad de aplicar la inhabilitación especial del art. 192.2 por ser mayor de edad la víctima y estar extinguida la patria potestad lo que hacía que fuera una pena de imposible cumplimiento. Lo impugna el Ministerio Fiscal porque la pena del art. 192.2, a su juicio “no implica únicamente la imposibilidad de ejercer las facultades propias de la patria potestad que en este caso ya estaba extinguida cuando se dicta la sentencia, sino que también comporta la “incapacidad para obtener nombramiento” para los cargos de tutor, curador, guardador o acogedor durante el tiempo de condena (art. 46 del Código Penal). La pena tiene por tanto una vertiente de futuro que no puede ser obviada.

Además, porque esa inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no ha de ceñirse necesariamente a la víctima del delito, sino como se deriva de la dicción y alcance del art. 46, puede y debe extenderse normalmente a todos los menores que estén o puedan estar bajo la patria potestad. La gravedad y naturaleza de los delitos a que se refiere el art. 192 se alía con la lógica para imponer esa interpretación: constatado el abuso por parte de un padre o un guardador respecto de uno de los menores confiados a ellos, no tendría sentido que la inhabilitación quedase exclusivamente referida a la

víctima, dejando confiada a la guarda o potestad del condenado el resto de los menores.”

La cuestión es ardua. El art. 46 del CP responde a la moderna concepción de la patria potestad y de las otras instituciones que menciona concebidas como deberes —función y no como privilegios propios de modelos arcaicos superados. La doctrina ha destacado con bastante coincidencia que la inhabilitación de la patria potestad se aproxima en el fondo a la suspensión pues su efecto es privar al penado, con carácter temporal, de los derechos inherentes a la misma, mientras que en los otros casos la inhabilitación los extingue. Se ha señalado también por un sector importante de la doctrina que la imposición de la pena de privación de la patria potestad queda limitada a los hijos sobre los que el delito guarda relación.

En cualquier caso no puede considerarse erróneo que la Audiencia haya estimado imposible la privación de la patria potestad respecto a su hijo Alejandro porque éste había alcanzado la mayoría edad (art. 315 C.c.). En línea de principio no se puede privar, suspender o extinguir por vía penal una institución ya fenecida según las normas extrapenales que la regulan. No se puede privar de lo que no existe.

El efecto negativo que tal circunstancia podía producir sobre la prescripción que es lo que, con razón, preocupa al Ministerio Fiscal vino a resolverse posteriormente por el legalizador en la reforma operada en el CP por LO 11/1999 de 30 de abril.

Son esclarecedoras, a este respecto, las palabras de su Exposición de Motivos cuando afirman que se había previsto “siguiendo un notable ejemplo de derecho comparado, que en los delitos sexuales relativos a menores los plazos de prescripción no empiecen a correr hasta el día en que la víctima alcance su mayoría de edad”. En consecuencia se añade un nuevo párrafo al art. 132.1 del CP que establece ahora que los términos para la prescripción en los delitos contra la libertad sexual (entre otros), cuando la víctima fuera menor de edad, se computará desde el día en

que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad”.

La posterior solución legislativa en este punto es diáfana, lo que quiere decir que antes no lo era. Como el propio Fiscal reconoce, de acuerdo con la imparcialidad constitucional de su función, esa nueva precisión normativa era inaplicable por ser más perjudicial para el acusado.

La oscuridad del precepto, antes de su reforma, no podía interpretarse en contra del reo. Este primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal no puede prosperar aunque la mayor parte de sus convincentes argumentos, analizados antes en los epígrafes 1 y 2 de este tercer fundamento jurídico, son suficientes para que el motivo siguiente —2º y último de su recurso— haya de ser estimado. Éste, por lo dicho, no puede serlo.

Sentencia 610/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 10 de abril de 2001

DETENCIÓN ILEGAL.

Art. 172 Código Penal

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la detención ilegal y su distinción frente a la simple coacción. No obsta a la existencia de aquel delito la breve duración de la privación de la libertad ambulatoria de la víctima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El delito de detención ilegal se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Es cierto que alguna duración temporal, incluso mínima, ha de darse en la vulneración del derecho a la libre deambulación de la persona proclamado por el artículo 19 de la

Constitución. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones del artículo 496 del Código, aunque esa distinción venga propiciada esencialmente en razón a la especialidad. El delito de coacciones es el género en tanto que la detención ilegal del artículo 163.1 es la especie, de suerte tal que la detención desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a través de los verbos encerrar y detener, al derecho fundamental del artículo 19 de la Constitución, naturalmente que con apoyo en aquel mínimo soporte temporal (Sentencias

de 1 de marzo de 1994 y 15 de diciembre de 1998).

El elemento subjetivo de este delito no requiere que el autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio hacia la víctima diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de la libertad ambulatoria de otra persona. Consecuentemente, comprobada la existencia de dolo, ningún propósito específico se requiere para completar el tipo subjetivo y, por lo tanto, la privación de libertad reúne todos los elementos del tipo —Tribunal Supremo Sentencia 16 de diciembre de 1997—.

La conducta típica de la detención ilegal se concreta en los verbos “encerrar” y “detener”, suponiendo el primero el mantenimiento en un espacio cerrado a una persona, mientras que el otro verbo “detener” admite la privación de libertad en lugar abierto, precisándose el empleo de fuerza física o violencia psíquica para privar al sujeto pasivo de la capacidad de traslado ambulatorio. (sentencia de 13 de febrero de 1991).

Se trata de una infracción de consumación instantánea, habiéndolo así entendido la jurisprudencia de esta Sala siempre, al estimar cometido el delito en el hecho de conducir a una persona a la fuerza privándola de su libertad aunque fuera por pocos momentos (sentencia 29 de mayo de 1974), considerándolo como un delito instantáneo que se consuma con el encierro, o con el encierro y detención (sentencia 21 de mayo de 1984), sin que opte a la consumación de la infracción el mayor o menor lapso de tiempo en que la víctima estuvo sometida a la voluntad del secuestrador, porque la per-

fección se alcanza en el instante mismo en que la detención se produce (sentencia 12 de junio de 1985).

La conducta descrita en el factum supone una clara detención ilegal en cuanto que se privó a la víctima durante un cierto tiempo de su libertad ambulatoria, es decir, de su capacidad para fijar por sí mismo su posición en el espacio, conducta más grave que la simplemente coactiva descrita en el artículo 172 del Código vigente.

En el relato no se concreta el tiempo que duró aquella detención, pues sólo se dice que la joven fue abordada en la calle Hilarión Eslava de Madrid y siguió caminando sujeta por el acusado y amenazada con un objeto punzante puesto en su espalda hasta la calle Fernando el Católico, en que pudo soltarse de él y darse a la fuga.

La liberación por lo tanto se debió a la conducta de la víctima, y no a un acto voluntario, espontáneo y libre del acusado que, además, se proponía continuar aquella situación en tanto no encontrara un lugar solitario y tranquilo en el que poder realizar el ataque sexual que anunció a la joven, por lo que habida cuenta que se trataba de una hora (las 20,30) del día 13 de junio, y de calles del centro de esta Capital, era previsible el transcurso de cierto tiempo hasta encontrar el lugar con las condiciones que quería.

En definitiva, el delito se consumó y con independencia de la mayor o menor duración de la detención, ésta se prolongó lo suficiente para estimar que se está en presencia de una detención ilegal y no cabe entrar a considerar una figura menos grave como la de las coacciones.

Sentencia 632/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 16 de abril de 2001

IMPRUDENCIA PUNIBLE. CONCURSO IDEAL. BAREMO.

Arts. 77; 621.2.º y 3.º Código Penal. Disp. Adic. 8ª LOSSP

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

SÍNTESIS

Con el sistema de “crimina culposa” del nuevo Código penal, los diversos resultados lesivos de una conducta imprudente concurren idealmente. Por otra parte, se ratifica la obligatoriedad del baremo. Quedan excluidos de la indemnización los hermanos que habían alcanzado la mayoría de edad cuando se produjo el fallecimiento de una víctima que, sin cónyuge ni hijos, convivía con sus padres y hermanos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—Es cierto que el sistema del “crimen culpae”, que mantenía el Código Penal derogado, considera que el delito imprudente es único y que el resultado sólo importa a efectos de penalidad. Entre la imprudencia del sujeto y este resultado debe existir una conexión causal. Así pues, para este sistema que el resultado sea único (por ejemplo, una muerte) o múltiple (por ejemplo, varias muertes, lesiones, daños, etc) carece de importancia, dado que todo conforma el «resultado» que será tratado de forma unitaria. En este sistema los supuestos imprudentes son “*numerus apertus*”.

Por el contrario, el sistema de los “*crimina culposa*”, que sigue el vigente Código Penal, trata al delito imprudente de forma similar al doloso. Parte de la base de que no han de existir cláusulas generales sino que solamente deben castigarse supuestos concretos. No cualquier imprudencia es relevante penalmente. Por el contrario, el legislador ha seleccionado aquellas impruden-

cias que deben incluirse en el ámbito penal. Ahora el resultado no se trata como un conjunto unitario sino que se tomará en consideración en su individualidad, y el enlace entre la acción y el resultado se observará conforme a rigurosos y exigentes criterios de imputación objetiva. El legislador, al concretar los supuestos imprudentes, sigue un sistema de “*numerus clausus*”.

El Código Penal vigente dispone en su artículo 12 que «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». De manera que el Código acoge un sistema de “*numerus clausus*”, por lo que únicamente existirán delitos imprudentes en aquellos casos que la propia ley indique. Se ha terminado con el sistema de la cláusula general o “*numerus apertus*”.

Entre las diferencias entre un sistema y otro presenta especial interés aquellos supuestos en los que se producen resultados múltiples.

Cuando a consecuencia de una infracción del deber de cuidado se producen diversos

resultados, con el sistema del “crimen cul-pae” se consideraba como un conjunto unitario y, en consecuencia, existía un único delito en el que la pluralidad de resultados únicamente se tenía en cuenta para cuantificar la indemnización.

Con el Código actual estos casos dan lugar a la aplicación de la teoría del concurso y si existe una unidad de acción, es decir si mediante la misma conducta se producen varios resultados tipificados individualmente, existirá un supuesto de concurso ideal previsto en el artículo 77 del Código Penal, como tiene reconocido esta Sala —cfr. Sentencia 1550/2000, de 10 de octubre—.

En el supuesto que examinamos, en el que se han producido pluralidad de resultados, al haberse ocasionado la muerte de uno de los ocupantes del vehículo y heridas graves a otro, como consecuencia del mismo accidente provocado por la negligente conducción del acusado, se ha producido un concurso de infracciones imprudentes, y al haberse presentado en unidad de acción, surge un concurso ideal que deberá sancionarse conforme se previene en el Código Penal, es decir, se impondrá la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior. En este caso el homicidio por imprudencia simple que está penado en el artículo 621.2 con multa de uno a dos meses, siendo, por consiguiente, procedente la pena ya impuesta en la instancia de cuarenta días de multa.

(...)

Son varias las sentencias de esta Sala en las que se ha planteado la cuestión de si el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación, conocido por baremo, introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, es o no obligatorio. La Sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2000 se ha pronunciado afirmando su obligatoriedad.

Ciertamente, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, expresa en su Exposición de Motivos, que entre otras modifica-

ciones, hay que destacar la determinación legal del importe de la responsabilidad patrimonial derivada de los daños ocasionados a las personas en accidentes de circulación y añade que ese sistema indemnizatorio se impone en todo caso, con independencia de la existencia o inexistencia de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio, y se articula a través de un cuadro de importes fijados en función de los distintos conceptos indemnizables que permiten, atendidas las circunstancias de cada caso concreto y dentro de unos márgenes máximos y mínimos, individualizar la indemnización derivada de los daños sufridos por las personas en un accidente de circulación. Constituye, por tanto, sigue diciendo la Exposición de Motivos, una cuantificación legal del “daño causado” a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil, y de la responsabilidad civil a que hace referencia el artículo 19 del Código Penal.

Y la Disposición Adicional Octava de dicha Ley introduce modificaciones en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, que pasa a denominarse “Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor” y en sus Disposiciones generales y en concreto en su artículo 1.2 dispone que “los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que haya dejado de obtener, previstos, previsibles o que conoci-damente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley y ciertamente, entre esas modificaciones incorpora, como anexo, un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, disponiendo el artículo 1º del citado anexo que el presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidentes de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso.

El Tribunal Constitucional, en sentencia 181/2000, de 29 de junio, vino a resolver varias cuestiones por supuesta inconstitucionalidad de preceptos de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor en la nueva redacción que le dio la disposición adicional 8ª de la Ley 30/1995, y en la citada sentencia se declaran nulos e inconstitucionales, por violación de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución, el inciso final y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla del apartado c) del criterio segundo (explicación del sistema), así como el total contenido del apartado letra B) “factores de corrección”, de la tabla V, ambos del Anexo al que antes se ha hecho mención. Si bien, precisa la sentencia, que esa declaración de inconstitucionalidad se limita en los términos expresados en su fundamento jurídico 21º, es decir, no se lleva a cabo “de forma absoluta o incondicionada, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas, dimanante de la “incapacidad temporal”, tenga su exclusiva causa en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo”.

A los efectos del presente recurso, resulta de interés reseñar algunos de los razonamientos jurídicos esgrimidos para alcanzar tal declaración de inconstitucionalidad.

Reconoce la sentencia que “la redacción del texto legal suscita alguna duda en torno al ámbito de su carácter vinculante: si éste se constriñe a los supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo, no produciéndose la vinculatoriedad del sistema legal cuando en el daño interviene culpa penal o civilmente relevante del conductor del vehículo, y si, correlativamente, la reparación tasada se limita al ámbito del seguro de suscripción obligatoria”. A continuación disipa tales dudas señalando que “el sistema legal se aplica también y produce plenos efectos, cuando en el evento dañoso concurre culpa, civil o penal, del conductor, es decir, fuera del ámbito de la responsabilidad objetiva o por creación del riesgo”. Sigue afirmando que

“por otra parte, el ámbito de aplicación del sistema legal tasado de valoración de los daños no queda limitado al del aseguramiento obligatorio, pues, como ha quedado expuesto, el sistema se desvincula de éste régimen forzoso de aseguramiento, según proclama la Exposición de Motivos...”.

Y las dudas suscitadas sobre el carácter o no vinculante del baremo son resueltas al afirmarse seguidamente que “ha de concluirse, en suma, que el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/1995 vincula, como es lo propio en una disposición con ese rango normativo, a los Jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor.

Queda pues resuelto, y en sentido afirmativo, el carácter vinculante del sistema legal de valoración tasada de los daños corporales causados en accidentes de circulación, superándose las opiniones doctrinales y jurisprudenciales que aludían a su carácter meramente “orientativo” o “indicativo” sin reconocer su obligado cumplimiento.

En el supuesto que nos ocupa, hay que partir, pues, de la premisa de que el baremo de valoración de daños de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos a motor resulta obligatorio y en la Tabla I, correspondiente a las indemnizaciones básicas por muerte, en su Grupo IV, se refiere al supuesto, como el que ahora examinamos, de víctima sin cónyuge ni hijos, con padres conviviendo con la víctima, e incluye entre los beneficiarios a los hermanos menores de edad que convivieran con la víctima y no se incluye, por el contrario, a los hermanos mayores de edad.

Así las cosas, procede estimar el motivo y se excluye a los hermanos que hubieran alcanzado la mayoría de edad, cuando el accidente se produjo, entre los que tienen derecho a percibir una indemnización por el fallecimiento de Fernando Miguel A.P.

Sentencia 640/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 16 de abril de 2001

ENTRADA Y REGISTRO: IRREGULARIDAD NO CONVALIDABLE DEL MANDAMIENTO JUDICIAL.

Arts. 18.2 CE; 11.1 LOPJ; 118 y 558 LECrim.

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

SÍNTESIS

Declara la Sala la vulneración de la presunción de inocencia en atención a dos circunstancias: de una parte la falta de coincidencia entre el domicilio identificado en el mandamiento judicial y el efectivamente registrado; de otra, la nulidad de la diligencia de identificación fotográfica de la imputada realizada sin citación de la defensa y en sustitución del precedente reconocimiento en rueda.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—Argumenta el recurrente, que según resulta de la causa, la policía en el atestado, da cuenta minuciosa de una observación directa a cargo de un agente que tiene como objeto, según precisa con todo detalle, el bloque número 4 de la calle (...), planta tercera. El testigo de cargo, en comisaría y en el juzgado, señala como lugar de venta de la cocaína el domicilio situado en la puerta izquierda de esa planta y bloque; y como vendedora a una tal Rosa o Rosita, que tendría allí su vivienda. También sobre la base de estos datos se solicita el mandamiento de entrada y registro y, en efecto, es a los que se atiene el auto que lo autoriza; y finalmente, son los que figuran en el acta de la diligencia realizada.

Ocurre, sin embargo, que el domicilio realmente allanado resultó ser el de la ahora recurrente, M. G. M., que habita en la calle (...), bloque 9, 3.º izquierda.

Dice la Audiencia Provincial en la sentencia que ese error carece de trascendencia, puesto que era realmente a la que acaba de citarse a quien se refería la resolución judicial; y, además, existe concluyente prueba lícita de la ejecución del delito objeto de acusación, puesto que el testigo de cargo dijo en el juicio que había sido la acusada la persona de quien obtuvo la droga.

Pero la cuestión de la prueba en este asunto no es tan simple y debe ser objeto de examen en todas sus implicaciones. De éstas forma parte también una circunstancia relevante y es que en las actuaciones figura una diligencia de identificación fotográfica, acordada a petición del Fiscal, mediante providencia de 13 de noviembre de 1997, que no se notificó a la letrada de la ahora recurrente, y que se practicó el 16 de febrero de 1998 sin que la misma tuviera, por tanto, oportunidad de estar presente. Se hizo, pues, de forma no contradictoria, no obstante existir imputación, y, en consecuencia, con

grave vulneración de la exigencia del art. 118 Lecrim. Ello, cuando lo procedente en derecho —dado el momento del trámite— habría sido un reconocimiento en rueda llevado a cabo con todas las garantías; algo que habría sido perfectamente posible, puesto que era bien conocido el paradero de la interesada.

De este modo resulta que todo el fundamento probatorio de cargo de la condena que se impugna tiene su origen en el registro de un domicilio no cubierto de forma determinada y precisa por el auto supuestamente habilitante; y en una identificación fotográfica, de la que se deriva realmente el señalamiento de la luego acusada como posible autora, pero llevado a cabo con quebrantamiento de su derecho a contradecir, a cuya efectividad —como ha declarado el Tribunal Constitucional (entre muchas, sentencia 233/1998, de 1 de diciembre)— se orienta el derecho a la asistencia letrada.

No obstante lo afirmado por la sala sentenciadora, lo primero no es en modo alguno indiferente. Es bien sabido que la intimidad domiciliaria, como bien jurídico, conecta directamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), de ahí su carácter personalísimo, su naturaleza de derecho fundamental y el rango constitucional de los aspectos esenciales de su tutela (STC 239/1999, de 20 de diciembre). Es lo que explica y justifica la minuciosidad del tratamiento dado por la legalidad ordinaria a la forma de realización de las intervenciones legítimas en ese ámbito, que impone actuaciones rigurosamente individualizadas y extremadamente cuidadosas, puesto que se trata de injerencias extraordinariamente perturbadoras para quien las sufre. Por ello, en materia tan relevante y central como es la identificación de la vivienda, no cabe aceptar ni propiciar la existencia de espacios de indeterminación, siempre abiertos al riesgo de extensiones arbitrarias y generadores de inseguridad jurídica. Así, es inaceptable por principio la idea del mandamiento relativamente en blanco, a integrar sobre la marcha por el encargado de ejecutarlo, como resultó

ser el de que aquí se trata; que, precisamente, por su llamativa irregularidad, no puede convalidarse en sus efectos. Por eso, hay que concluir que, en este caso, se produjo el allanamiento de un domicilio para el que no existía regular autorización, y, así, tuvo lugar con vulneración del art. 18.2 CE. De este modo, es obvio que la consecuencia ha de ser la ilegitimidad de su resultado a efectos probatorios, conforme impone el art. 11.1, segundo inserto LOPJ.

A tenor de lo razonado, el registro indebidamente realizado careció de trascendencia al efecto de una eventual condena. Otro tanto debe decirse de la identificación llevada a cabo de la forma igualmente irregular que se ha puesto de relieve, deparadora de indefensión material para la imputada. Esto se deduce de la trascendencia que tal diligencia ha demostrado tener en la causa, una vez que la otra fuente de prueba analizada carece, como se ha visto, de efectos utilizables. Y lo confirma el contenido de la declaración en el juicio del testigo señalado como comprador de la sustancia. Primero, porque insiste en que la adquirió donde dijo a la policía, es decir, en un domicilio que no es el de la inculpada; y, en segundo lugar, porque es patente que el señalamiento de ésta —en tal marco de irregularidades, hay que decir que como supuesta— vendedora, está procesalmente conectado de manera directa con la identificación fotográfica generadora de indefensión.

La conclusión necesaria es que con el modo de operar policial y judicial descritos produjeron, en un primer momento, vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria (art. 18.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la acusada. Y, luego, infracción del derecho a la presunción de inocencia, que, conforme a conocida jurisprudencia constitucional (por todas, sentencia de 2 de abril de 1998), se da cuando la condena se funda sólo en elementos de prueba obtenidos con vulneración de derechos fundamentales, como es el caso. Todo ello con la consecuencia prevista en el art. 11.1 LOPJ.

Sentencia 670/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 19 de abril de 2001

DELITO CONTINUADO.

Art. 74 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se analiza en la sentencia el controvertido problema de la separación entre la denominada “unidad natural de acción”, que da lugar a la existencia de un solo delito, y el “delito continuado”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Sala sentenciadora califica las diversas falsedades cometidas por los acusados como un solo delito cometido en “unidad natural de acción”, dado que “la suplantación de la firma del titular de la tarjeta en los diferentes resguardos de compra se llevó a cabo en el mismo establecimiento mercantil y en un escaso período de tiempo ante empleados, además, que tienen las mismas instrucciones sobre comprobación de firmas y otras circunstancias”. El Ministerio Fiscal impugna dicha calificación e interesa la condena como delito continuado de falsedad en documento mercantil (y no como delito unitario) por estimar que los acusados realizaron el mismo mecanismo defraudatorio en al menos cinco ocasiones distintas, en departamentos y con dependientes distintos, adquiriendo productos de diferentes precios y calidades. Realizaron siempre la misma acción, es decir, fingiendo ser titulares de la tarjeta, se hicieron pasar por verdaderos clientes de los Grandes Almacenes de “El Corte Inglés” adquiriendo distintos productos y, presentando para ello la tarjeta previamente sustraída, fingiendo en cada ocasión

la firma del legítimo titular de la tarjeta, suponiendo su intervención en cada acto cuando no la tenía.

Segundo.—El recurso debe ser estimado. En efecto en el caso actual nos encontramos ante un supuesto claro de delito continuado. Los acusados siguen un plan preconcebido y se aprovechan de idéntica ocasión (la disponibilidad de la tarjeta de compras sustraída) para realizar una sucesión de acciones distintas, cada una con su propia sustantividad, reiterando las operaciones de compra, en los mismos Grandes Almacenes pero ante distintos empleados, iniciando una nueva compra (y culminándola con una nueva falsedad al materializar el pago), de forma autónoma y después de concluida la totalidad del episodio de compra en el que se produjo la falsedad anterior. No existe, por tanto, unidad natural de acción sino una pluralidad de acciones independientes enlazadas por un nexo de continuidad e integrantes, en consecuencia, de un delito continuado.

Tercero.—El concepto de unidad natural de acción concurre cuando los mismos movimientos corporales típicos se reiteran en un mismo espacio y de manera temporalmente

próxima (varios puñetazos seguidos configurarían un único delito de lesiones y varias penetraciones seguidas un único delito de violación) de manera que para un observador imparcial el hecho puede ser considerado como una misma acción natural, careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos delictivos (sentencias de 15 de febrero de 1997, 7 de mayo, 19 de junio y 14 de julio de 1999, y 4 de abril, 2 y 18 de julio de 2000).

Este criterio se ha aplicado ocasionalmente al delito de falsedad (sentencia 7 de mayo de 1999, núm. 705/1999), pero en supuestos muy diferentes del ahora enjuiciado. El caso que fue objeto de la citada sentencia 705/1999, de 7 de mayo consistió en que en una sola ocasión y sin solución de continuidad, un policía del aeropuerto puso en siete pasaportes diferentes sendos sellos de entrada con fechas alteradas, considerándose una sola acción la materialidad de poner los sellos en los siete pasaportes.

Cabría estimar como unidad natural de acción inscribir dos firmas falsas en un mismo documento o suponer en un mismo acto la intervención de varias personas que no la han tenido, o incluso suscribir falsamente más de un documento en el curso de una única operación realizada simultáneamente.

Pero lo cierto es que dicho concepto no puede extenderse de tal forma que abarque lo que manifiestamente constituyen acciones autónomas (abonar un producto falseando la firma de la tarjeta de compra y seguidamente iniciar ante otro empleado de unos Grandes Almacenes una nueva operación de compra que culmine con la nueva presentación de la tarjeta para el pago y una nueva firma falsificada, suplantando en cada uno de dichos actos diferentes de pago la personalidad y la firma del titular de la tarjeta), pues en tal caso se vaciaría el concepto jurídico de delito continuado, forzándose de modo inadmisiblemente el concepto racional y natural de acción.

Sentencia 701/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 23 de abril de 2001

DELITO DE TORTURA.

Art. 174 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se analizan los requisitos que deben concurrir para apreciar —como lo hace la sentencia— delito de tortura, cuya punición es independiente de la de las lesiones simultáneamente concurrentes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El Código Penal de 1995 ha incorporado en su artículo 174 un delito au-

tónomo de tortura que lo define, siguiendo las pautas marcadas por los Tratados y Convenciones Internacionales y especialmente la Convención contra la Tortura y Malos

Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, expresando que comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral.

En su estructura típica concurren los siguientes elementos:

a) El elemento material constituida por la conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que se identifica con sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral.

b) La cualificación del sujeto activo que debe ser una autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

c) El elemento teleológico en cuanto sólo existe este delito de tortura cuando se persigue el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido.

El vigente Código Penal ha venido a ampliar este elemento teleológico al incorporar, junto a la llamada tortura indagatoria, la vindicativa o de castigo por lo que el sujeto pasivo hubiera cometido o se sospeche que hubiera podido cometer. Se persigue dar cobertura típica a aquellos casos en los que las autoridades o funcionarios actúan como re-

presalia a la conducta anterior del sujeto pasivo.

El delito de tortura coincide con el de atentado contra la integridad moral, del que acusa el Ministerio Fiscal, en varios de los elementos que lo conforman, especialmente en proteger la integridad moral constitucionalmente reconocida en el artículo 15 de la Constitución, pero difiere en cuanto no se requieren los objetivos específicamente previstos en el artículo 174, y se inflige sufrimiento por el mero hecho de humillar o agredir a la integridad moral del sujeto pasivo.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, el relato fáctico de la sentencia de instancia permite afirmar, sin duda que concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de tortura antes definido.

(...)

Así las cosas, la subsunción en el artículo 174 del Código Penal, como se interesa por las acusaciones particulares es correcta, conformándose tres delitos de torturas, uno por cada uno de los detenidos cuya integridad moral se ha visto agredida sometiéndoles a condiciones o procedimientos previstos en este precepto.

El artículo 174 diferencia entre tortura grave cuando el atentado a su integridad fuera igualmente grave o tortura no grave en otro caso, lo que determina una distinta duración de la pena de prisión a imponer. No debe atenderse exclusivamente al resultado lesivo, que por otra parte se sanciona separadamente, sino a las circunstancias de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral que puede presentarse extremo aunque no deje huella o no produzca lesión, para lo que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso.

En el supuesto que examinamos, aunque como tortura siempre es degradante de la dignidad humana, no puede afirmarse, sin embargo, que constituya un supuesto de especial gravedad de la integridad moral a los efectos de considerarlo acreedor del tipo

agravado. Por lo que procede aplicar la pena de un año por cada uno de los tres delitos de tortura en que ha incurrido la conducta del acusado.

La consideración del delito de tortura como delito autónomo, dotado de sustantividad propia y no como mera cualificación o agravación de otras conductas delictivas como sucedía en el Código derogado, permite, como expresamente se establece, en el artículo 177, el castigo independiente de las lesiones o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, con las penas que les corres-

ponda por los delitos o faltas cometidos.

En el supuesto que nos ocupa, el núcleo típico incorpora sufrimientos psíquicos o mentales u otros modos de atentar contra la integridad moral. Las faltas de injurias leves y maltratos de obra quedan absorbidas por la conducta en que se materializa la tortura y como configuradora de la agresión a la integridad moral. No sucede lo mismo con las dos faltas de lesiones de las que fueron víctimas Roberto H. C. e Ivan G. G. que mantiene su independencia y serán castigadas por separado, conforme se dispone en el artículo 177 mencionado.

Sentencia 345/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 25 de abril de 2001

DECLARACIONES POLICIALES.

Art. 714 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar**

SÍNTESIS

Analiza la Sala la posibilidad excepcional de introducir en el plenario por la vía del art. 714 de la LECrim. las declaraciones prestadas ante la policía cuando se observen contradicciones con las realizadas en el acto del juicio y, como consecuencia, poder otorgar valor a la inicial versión en sede policial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La cuestión es pues determinar si la declaración testifical prestada en sede policial puede integrarse en la prueba de cargo cuando el testigo sin haber declarado durante el Sumario, presta declaración judicial por primera vez en el Juicio Oral, y allí rectifica lo declarado ante la Policía, por

las razones y con las explicaciones interesadas por las partes durante su interrogatorio.

Tercero.—Sobre este particular la doctrina científica mayoritaria sostiene que el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente autoriza la lectura de las declaraciones sumariales, es decir las prestadas durante el Sumario ante el Juez de

Instrucción, pero no de las declaraciones policiales ni de aquéllas que puedan tener lugar ante el Ministerio Fiscal al amparo del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5 de su Estatuto. Por ello no se justifica la lectura de declaraciones no efectuadas en el Sumario del proceso en sentido estricto, con lo cual se rechaza implícitamente que se pueda dar lectura a las declaraciones prestadas ante los funcionarios policiales plasmadas documentalmente en el atestado.

Esta Sala no sólo ha negado valor probatorio a las declaraciones ante la Policía, por tener el atestado valor de denuncia (Sentencia de 21 de mayo de 1993, entre otras), sino que también ha rechazado que pueda el Tribunal valorar esas declaraciones, cuando el testigo depona luego ante la Autoridad judicial, en el procedimiento del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estar éste referido exclusivamente a las declaraciones sumariales, únicas que pueden ser leídas en el procedimiento previsto en dicho artículo (Sentencia de 20 de septiembre de 1993); y no ha admitido como prueba de cargo las declaraciones de los Policías sobre lo oído por ellos declarar en Comisaría a un testigo —que no ratificó luego su declaración a presencia judicial— ya que del mismo modo que no puede utilizarse como argumento inculpatario el atestado no se puede dar un superior trato a las declaraciones de los redactores del mismo (Sentencia de 2 de noviembre de 1993).

Cuarto.—No obstante lo anterior es lo cierto que el Tribunal Constitucional (Sentencias 55/1982, de 26 de julio; 137/1988, de 7 de julio; 98/1990, de 24 de mayo; y 80/1991, de 15 de abril) y el Tribunal Supremo (Sentencias de 14 de septiembre y 9 de noviembre de 1990; 25 de noviembre de 1991; 4 de junio de 1992; 10 y 22 de febrero, 11 de marzo, 15 y 27 de abril, 17 de junio, 10 de septiembre y 21 de diciembre de 1993; 23, 25 y 27 de mayo, y 23 de septiembre de 1994), han admitido la posibilidad de dar lectura a las declaraciones policiales

practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal penal establecen, pues aunque no hubiesen sido ratificadas ante el Juez de Instrucción, pueden introducirse en el acto del Juicio Oral por el procedimiento del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando se observen discrepancias o contradicciones con las declaraciones prestadas en ese acto.

Las Sentencias de 25 de noviembre y 7 de diciembre de 1993, 24 de marzo y 17 de mayo de 1994, autorizan al órgano judicial sentenciador para que pueda tener en cuenta todas las manifestaciones realizadas por los testigos o los acusados antes del acto de la Vista, tanto ante la Policía como ante el Juez de Instrucción, ya que lo relevante es que se dé efectiva oportunidad a quien declare en el acto de la Vista contrariamente a lo declarado en la fase de investigación para que explique las diferencias, al objeto de poder el Tribunal valorar las rectificaciones producidas teniendo en cuenta los datos o razones aportados. En igual sentido las recientes Sentencias de 8 de octubre y 1 de julio de 1999.

Quinto.—En el presente caso el acusado negó en todo momento el hecho imputado —vender droga estupefaciente— y la Sala no dispuso al respecto de más prueba que la de un testigo designado como “comprador nº 2”, que en el acto del Juicio Oral negó haber comprado al acusado la droga que le fue ocupada. Este testigo no había declarado en el Sumario, y sólo lo hizo en la Comisaría describiendo el lugar y los caracteres del vendedor. La Sala se apoya en esta declaración para condenar al acusado y no en la exculpatoria del Juicio Oral, a la luz de las explicaciones dadas por el testigo sobre la rectificación de su inicial versión.

Ahora bien: siendo excepcional otorgar prevalencia a la versión dada en declaración practicada ante la Policía frente a la del testimonio practicado en el Juicio Oral bajo los principios de inmediación y contradicción, tal valoración necesita apoyarse de datos

objetivos de corroboración y una suficiente explicitación del proceso lógico valorativo que permita el debido control casacional.

En este caso la declaración policial no puede considerarse un modelo: se trata de un simple formulario en el que la afirmación de haber comprado droga viene ya impresa en un papel cuyos espacios en blanco fueron rellenados indicando tipo de droga, cantidad, y precio, así como lugar de compra y designación del vendedor. En este último y esencial particular la declaración contiene una mera descripción física del vendedor, sin identificación por el nombre. A pesar de ello no se practicó rueda de presos para la posible identificación del hoy acusado. Y en el Juicio Oral el testigo, —que no declaró en el Sumario—, negó que el acusado fuese el vendedor. La Sala de instancia se explica esta declaración exculpatoria por el miedo que —según dice en el Fundamento Prime-

ro— suelen tener los compradores a decir la verdad en el Juicio Oral, dando así por supuesto que tal era el caso del testigo aunque no consta de ningún modo que realmente padeciera algún temor. Por otra parte, como dijo esta Sala en su Sentencia de 20 de septiembre de 1993, “las contradicciones de los testigos y de los acusados en diversas declaraciones por sí solas no son suficientes para determinar que la versión más perjudicial para el acusado sea la verdadera”.

En definitiva siendo la única prueba de cargo el testimonio prestado en sede policial y en Juicio Oral por el denominado “comprador nº 2” y siendo exculpatorio el contenido de la declaración prestada en el acto de la Vista, no resulta razonable la favorable valoración que la Sala concede a la declaración del testigo ante la Policía, dados los términos en que se hizo.

Sentencia 722/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 25 de abril de 2001

AGRESIÓN SEXUAL, USO DE ARMAS.

Art. 180.1.5.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Analiza detalladamente la sentencia cuál es la “ratio” de la agravación prevista en el art. 180.1.5.º del CP (uso de armas o medios peligrosos en el delito de agresión sexual) y a qué supuestos se limita su aplicación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El art. 180.5 del CP ha sido calificado por un sector de la doctrina de

perturbador y no precisamente por la cláusula concursal que establece en el último inciso. Dicha cláusula no plantea, en efecto, ningún problema y es en cierto modo super-

flua. El problema es la enorme dificultad, de establecer una interpretación general y válida para todos los casos que en la práctica se plantean en el subtipo agravado —que no simple agravante— cuya aplicación exacerbaba la pena hasta los niveles señalados para el homicidio aunque no se hubiere causado ningún daño concreto a la víctima con el arma u otro medio peligroso, siempre que éstos fueran susceptibles de producir la muerte o lesiones graves de las que el precepto menciona lo que obliga a tener en cuenta, en su análisis, la perspectiva de los principios de doble incriminación y de proporcionalidad, como ya hiciera la sentencia de 23 de marzo de 1999, que hizo dos afirmaciones importantes que se han reiterado en otra sentencias, la última de hace unos días como dictada el 4 de abril de 2001.

La primera es que en los delitos de agresión sexual de los arts. 178-179 del CP el uso de armas no implica automática y necesariamente con carácter general la aplicación del subtipo agravado del art. 180.5 del mismo texto legal (entre otras S. 1991/2000 de 19 de diciembre y 54/2001 de 25 de enero).

La segunda, que es su consecuencia, es la necesidad de ponderar en cada caso, con suma cautela, el instrumento utilizado por el agente, analizando no sólo las peculiares características del medio empleado, sino también la forma o manera en que éste es utilizado, así como las circunstancias que concurren en el episodio, porque lo que resulta claro es que el legislador, al emplear el término “especialmente”, está demandando una interpretación restrictiva del concepto “medio peligroso” de suerte que, en ocasiones, una navaja “de normales proporciones” podrá ser considerada como instrumento “especialmente peligroso”, pero no en otras, según sean las circunstancias del supuesto de hecho concreto. Lo que quiere decir que resulta sumamente arriesgado establecer un criterio unívoco al respecto, y que corresponde al Tribunal juzgador examinar en cada caso el supuesto de hecho al que se en-

frenta, evaluando todos estos factores para determinar lo procedente.

El Tribunal de instancia gracias a la intermediación se encuentra en inmejorables condiciones para discernir si la sola exhibición del arma excede de la intimidación propia de la agresión sexual y puede llegar a configurar el subtipo (SS 17-12-97 y 21-2-98). Su razonamiento, obviamente, es revisable en casación.

Tercero.—El art. 180.5, como se dijo, no establece una simple agravante sino un subtipo penal con las consiguientes consecuencias penológicas, que no se limitan a imponer la pena en su mitad superior sino a subir un escalón más que lo sitúa, en este caso, en un mínimo de doce años. Si no fuera así no se entendería que la sentencia de 23 de marzo de 1999, pudiera decir que “en realidad, el art. 180.5 CP no castiga el ataque a la libertad sexual, sino el riesgo contra la incolumidad física que supone el uso de medios especialmente peligrosos. Siendo ello así, el factor relevante para la aplicación de este precepto no lo sería “el instrumento”, sino “el uso” que el sujeto haga del mismo, de tal manera que la mera presencia del instrumento no integraría el subtipo agravado, si no se hace un uso de aquél que pueda poner en riesgo la integridad física del sujeto pasivo. Por consiguiente, si el bien jurídico protegido, por el precepto es la vida y la salud corporal de la víctima de una agresión sexual, parece razonable aceptar que el apartado 5.º del art. 180 CP lo haya establecido el legislador para los supuestos en los que el ataque sexual se ejecuta no con el empleo de intimidación, sino con el uso de violencia con medios “especialmente peligrosos”.

Puede decirse, en efecto, que desde la premisa de que el bien jurídico protegido en el tipo base (arts. 178 y 179 CP) es la libertad sexual, la porción de injusto que se añade en el subtipo, sin desligarlo de aquél, es el peligro que para la vida o integridad de la víctima implica el uso de armas u otros instrumentos peligrosos, abstracción hecha de

cualquier resultado, pues si del riesgo creado por el uso del arma se pasara a la lesión concreta de aquellos bienes se aplicaría la cláusula concursal.

La sola presencia del arma en manos del agresor sexual cuando asedia a su víctima es suficiente normalmente para atemorizarla y colma las exigencias del tipo. Para colmar las del subtipo se requiere algo más que es el uso peligroso del arma poniendo en peligro la vida o la integridad física de la víctima. Si los resultados lesivos se producen entra en juego el concurso.

Cuarto.—La exigencia de proporcionalidad de la reacción penal ha sido declarada en muchas ocasiones por esta Sala, por el Tribunal Constitucional y por el TEDH. El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo sino relacionado con otros derechos que la Constitución garantiza para evitar su sacrificio desmesurado, por ser excesiva la extensión o cuantía de la pena en relación con la entidad del delito, que es lo que se entiende por desproporción en sentido estricto.

El juicio de proporcionalidad corresponde, en principio, a la potestad exclusiva del legislador para establecer penalmente los bienes protegidos, los comportamientos reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que se intenta conseguirlo teniendo en cuenta, entre otros, los fines legítimos de prevención general y especial, la gravedad del comportamiento, la importancia de los bienes protegidos y hasta las percepciones sociales a la adecuación entre delito y pena (entre otras SSTC 55/1996 y 161/1997, fundamento jurídico 6.º y 9.º respectivamente).

En el subtipo del art. 180.5 en relación con los arts. 178 y 179 los bienes protegidos son eminentes y relevantes y la reacción penal es idónea y necesaria pero puede ser desproporcionada desde la perspectiva de la comparación concreta entre la entidad del delito y la entidad de la pena, si se interpre-

tan en el sentido de que la exhibición del arma peligrosa en el momento inicial del asedio produce, por sí sola, automáticamente y con carácter general la aplicación del subtipo aunque el arma, una vez cumplida su finalidad intimidatoria, no se utilizara con posterioridad en ningún momento.

Ello supondría que su simple exhibición sin generar riesgo concreto se sancionaría igual que si el arma se utilizara colocándola en zonas vitales en el cuerpo de la víctima con el riesgo consiguiente. La pena sería de 12 a 15 años de prisión que es superior a la de 10 a 15 años en la que se conmina al delito de homicidio consumado previsto en el art 138 del CP, lo que parece manifiestamente contrario al principio de proporcionalidad (S.431/1999), principio irrenunciable como dice la Exposición de Motivos de la L.O. 11/1999 de 30 de abril, que modifica el Título VIII del Libro II del CP y reforma los tipos delictivos de abuso sexual para endurecer la respuesta penal.

Quinto.—Un subtipo penal agravado no conculca obviamente, el principio de doble incriminación (STC 51/1989, de 22 de febrero, F.J. 1) pero en el supuesto contemplado por el art. 180.5 del CP hay que ser sumamente cuidadoso al considerar que un solo hecho como la exhibición de una navaja pudiera integrar, a la vez, la violencia típica de los arts. 178 y 179 y la peligrosidad del subtipo lo que aplicado sin matices y con carácter general podría suponer la vulneración del principio “non bis in idem”, que no obstante su omisión textual en el art. 25.1 de la CE está comprendido en él y en el principio de legalidad-tipicidad que el mismo consagra, como el Tribunal Constitucional proclamara tempranamente en la sentencia 2/1981, de 30 de enero (F.J.4).

(...)

Séptimo.—La LO 11/1999 de 30 de abril da nueva redacción al art. 180.5 del CP. Añade la palabra “armas” y sustituye el adverbio “especialmente” por el de “igualmente”. El precepto reformado estaba ya en vigor al producirse los hechos aquí enjuicia-

dos y dice: “Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas”.

Nada se dice en la Exposición de Motivos de la Ley sobre estas innovaciones mientras que sí se destacó la extraordinaria importancia del principio de proporcionalidad al que calificó de irrenunciable, como se dijo antes. Nada se dice tampoco en el recurso del Ministerio Fiscal ni en el del acusado.

Introducir la noción de “armas” como elemento de agravación parece responder al loable propósito de que no quedaran excluidas del vocablo “medios”, lo que no deja de ser difícil por la amplitud expresiva del mismo. Cuando se habla de “medios peligrosos”, sin distinguir, no hay duda de que las armas lo son tanto en su expresión vulgar como normativa, incluso antes de la reforma operada por la LO 11/1999.

En la doctrina de esta Sala se ha interpretado en un sentido omnicompreensivo y abierto la expresión “medio empleado” pues es precisamente “la experiencia judicial la que nos enseña que en la inmensa mayoría de agresiones sexuales mediante intimidación, el medio empleado por el autor del hecho para quebrar la voluntad de la víctima y someterla a sus deseos no es otro que la amenaza contra la vida o la integridad corporal de aquélla, utilizándose a tal fin ins-

trumentos como navajas, cuchillos, punzones, y un sinfín de objetos perfectamente aptos para causar la muerte o lesiones graves”. (STS 431/1999).

Más calado podría atribuirse a la sustitución del adverbio “especialmente” por “igualmente”, pues del primero, entre otros argumentos, se deducía la interpretación restrictiva del subtipo. Esos otros argumentos, principalmente los principios de proporcionalidad y legalidad (“non bis in idem”) siguen siendo fundamento para la no aplicación automática del subtipo sino con flexibilidad según el peligro concreto creado por la utilización del arma u otro medio peligroso, en cada caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias concretas del mismo.

Sustituir “medios especialmente peligrosos” por “medios igualmente peligrosos” a lo que obliga, según el sentido literal de la frase, es a establecer un criterio comparativo con la peligrosidad de las armas, que es ahora el sustantivo rector de ese inciso del precepto, mientras que antes la exigencia de peligrosidad de los medios se predicaba de sí mismos.

En lo esencial no afecta a la jurisprudencia consolidada de esta Sala aunque habrá que matizarla exigiendo una interpretación estricta del art. 180.1.5 del CP en vez de una interpretación restrictiva.

En el caso enjuiciado, por lo antes expuesto, no era de apreciar según la correcta interpretación de la sentencia impugnada. El recurso del Ministerio Fiscal no puede ser estimado.

Sentencia 360/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 27 de abril de 2001

ESTAFA.

Arts. 248.1 y 623.4 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar**

SÍNTESIS

Frente al criterio de la Sala sentenciadora, entiende el Tribunal Supremo que para fijar el “valor patrimonial” de la cosa, a los efectos de la distinción entre delito y falta de estafa, lo decisivo es el precio actual y no su costo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. La Sentencia recurrida describe en el hecho probado, entre otros particulares que no hacen al caso, cómo el acusado usando una tarjeta de compra de “El Corte Inglés” sustraída, y el D.N.I. de su propietario, adquirió en la sección de zapatería “efectos por un precio de venta al público de 53.000 ptas”, operación que no pudo culminar por infundirle sospechas al dependiente del establecimiento.

La Sala de instancia califica al hecho de estafa intentada, rebajándola a la condición de falta del artículo 623.4 del Código Penal al entender que el valor de la defraudación no superaba las 50.000 pesetas. A su juicio de las 53.000 indicadas había de descontarse por lo menos el margen comercial del establecimiento, que aun cuando no se conoce —dice la Sentencia— bastaría que fuese de un 10%, y sin duda es superior —añade— para que el valor de los efectos no superara la cantidad de 50.000 pesetas a partir de lo cual hay que calificar los hechos como delito y no como falta.

2. El criterio del Tribunal de instancia no puede compartirse. Identifica equivocada-

damente el valor económico patrimonial de las cosas con el valor de su coste, expresión económica fija y definitiva del esfuerzo invertido en el pasado para la producción o adquisición de la cosa. Criterio erróneo porque el valor relevante es el valor de cambio representado en cada momento por la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa en un hipotético intercambio. El valor de las cosas no está en su costo sino en su precio, puesto que éste refleja su equivalencia económica y por consiguiente el verdadero valor patrimonial de la cosa en el momento de cometerse el delito.

3. En este caso lo dicho es aún más evidente tratándose de mercaderías que no tenían más fin que el de ser vendidas por un precio de 53.000 pesetas; de modo que siendo éste su equivalente en el intercambio económico, y por ello su verdadero valor patrimonial en el momento de la acción —cualquiera que hubiese sido en su día el valor de coste—, es obvio que la estafa intentada superaba el límite del valor de las 50.000 pesetas establecido por el Código Penal para diferenciar el delito de la falta, por lo que procede estimar el motivo primero del Ministerio Fiscal.

Sentencia 698/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de abril de 2001

INTERVENCIÓN TELEFÓNICA: AUXILIO JUDICIAL; PLAZO.

Arts. 579.3, 580 y 784.1 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

Se ocupa la Sala, entre otras, de dos cuestiones relativas a la intervención de las comunicaciones telefónicas: una, la posibilidad de prescindir del auxilio judicial para su ejecución cuando del procedimiento abreviado se trate; otra, el “dies a quo” para el cómputo del plazo concedido para la intervención.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurrente aduce, además, dos cuestiones que podrían incidir en la legalidad de la autorización. La primera, cuando alega una a modo de falta de competencia territorial para la ejecución de la medida por el Juzgado de Instrucción de Ciudad Real, que debió acudir al auxilio judicial y no disponer por sí mismo su ejecución. Sin embargo, con independencia de que ello no compromete su competencia objetiva, olvida que en materia de cooperación jurisdiccional y por lo que hace al Procedimiento Abreviado el artículo 784.1 LECrim autoriza al Juez o Tribunal que ordene la práctica de cualquier diligencia a entenderse directamente con la autoridad o funcionario encargado de su realización, y en el presente caso así se hace dirigiéndose directamente al Delegado del Gobierno en la

Compañía Telefónica Nacional de España (folio 84). En segundo lugar, con mayor trascendencia “a priori”, se refiere a que las intervenciones de los días 1, 2 y 4 de marzo fueron realizadas sin autorización judicial por cuanto el Auto concedía la misma sólo hasta el día 29/2 anterior y es el 5/3 cuando se solicita la prórroga por la Policía Judicial. Pero examinadas las actuaciones resulta que el Auto de 1/2/1996 se refiere a la intervención, grabación y escucha del teléfono número (...) durante un mes, pero ello no significa que deba hacerse el cómputo desde la fecha de la resolución, sino desde que se inicia efectivamente la intervención telefónica, y a la vista de las actas que contienen la transcripción policial de las conversaciones se constata que la primera corresponde al día 12/2/1996 (folio 88), no pudiendo deducirse por lo tanto que los días señalados por el recurrente no estuviesen abarcados por la autorización judicial.

Sentencia 742/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 30 de abril de 2001

RECURSO DE ACLARACIÓN.

Arts. 5.4 y 267 LOPJ; 161 LECrim.

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

SÍNTESIS

Analiza la Sala los límites del recurso de aclaración, vulnerados en el caso de autos: un auto de aclaración que varió el título de condena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—Se plantea el recurso de casación, con invocación de los arts. 5.4 y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 24 y 9.3 de la Constitución y 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, arguyendo sobre extemporaneidad de la resolución que se dicta casi un año después del Auto aclarado, y sobre la extralimitación del contenido de la pretendida aclaración, confundiendo los términos “aclarar” con “sustituir”, al haber variado sustancialmente la parte dispositiva de la resolución que se pretendía aclarar, fijando como título de la condena el de quince años sustituyendo el anterior de 12 años y nueve meses.

2. El motivo se estima. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva presente como una de sus manifestaciones el que las resoluciones judiciales no puedan ser modificadas sino en los supuestos previstos, de forma taxativa, en el ordenamiento. Así esta Sala y el Tribunal Constitucional han proclamado la intangibilidad y la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes como efecto de la “cosa juzgada” integrada en el derecho fundamental aludido. Baste citar en este sentido las Sentencias de esta

Sala 753/1996, de 26 de octubre y la 1700/2000, de 3 de noviembre, y las del Tribunal Constitucional 170/1995, de 20 de noviembre, la 82/1995, 159/2000, de 12 de junio, por todas.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 82/1995 se afirmó, en este sentido que “se ha declarado por este Tribunal que la vía de aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación de la que adolece la resolución judicial aclarada (SSTC 138/1995 y 27/1994), ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica (SSTC 119/1988 y 16/1991) o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas (STC 231/1991). Y en lo que aquí interesa que esta vía aclaratoria es igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de fallo contrario (SSTC 352/1993 y 19/1995), salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, entre la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial. Esto es, cuando es evidente que el órgano judicial simplemente se equivoque

al trasladar el resultado de su juicio al fallo (SSTC 23/1994 y 19/1995)”.

El recurso de aclaración es un remedio extraordinario que, como tal, queda limitado a la específica función reparadora para el que está llamado, como aclarar algún concepto oscuro, suplir una omisión o corregir un error material manifiesto o aritmético, sin que pueda ser empleado para modificar, sustituir el sentido del fallo de una resolución firme (SSTC 112/1999 de 14 de junio y 159/2000, de 12 de junio).

El Auto de aclaración, dictado casi un

año después del Auto que pretendidamente aclara, por lo tanto fuera de los plazos previstos en el art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se limita a aclarar sino que sustituye el contenido de la resolución variándola en un aspecto sustancial, como es la fijación del título de condena fijando un límite superior como tiempo máximo de prisión para el cumplimiento de las penas acumuladas.

Consecuentemente debemos admitir el recurso, declarando la nulidad del Auto de fecha 22 de julio de 1998, restituyendo en su literalidad el Auto de 17 de julio de 1997.

Sentencia 679/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 30 de abril de 2001

DELITO CONTINUADO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.

Arts. 69 bis y 529.7.ª Código Penal 1973

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

SÍNTESIS

Se determinan los casos —excepcionales— en los que la caracterización de los hechos como un delito continuado de estafa o de apropiación indebida es compatible con la apreciación de la circunstancia agravatoria prevista en el art. 529.7.ª del CP 1973 (art. 250.6.º CP vigente), para los casos de especial gravedad de la defraudación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El motivo suscita el tema de la compatibilidad entre la continuidad delictiva y la agravante específica de gravedad de la defraudación del n.º 7 del art. 529 del anterior Código Penal, cuestión que mantiene su vigencia en el presente Código —ar-

tículos 74 y 250.6, si bien la agravante que se comenta haya perdido parte importante de su naturaleza objetiva como se constata con sólo comparar los textos de ambos Códigos—.

De acuerdo con la doctrina contenida en sentencias, entre otras, números 1558/1998

de 1 de octubre de 1999 y 482/2000 de 21 de marzo, en los delitos contra el patrimonio, las acciones plurales pero que responden a una unidad de propósito deben ser sancionadas de acuerdo con esa unidad interna aunque se exterioricen en diversas acciones que deben ser estimadas como ejecución parcial de una única intención, bien sea esta entendida como ejecución de un plan preconcebido —dolo conjunto o unitario— o aprovechamiento de una igual ocasión —dolo continuado en sentido estricto—, de suerte que incluso en el supuesto de tratarse de hurtos que aisladamente considerados pudieran por su cuantía ser constitutivos de falta, pierden esa condición al estimarse continuados y en atención al total del perjuicio causado se convierten en delitos con la consiguiente agravación penal justificadora del mayor reproche que suscita la continuidad delictiva —en tal sentido Pleno no Jurisdiccional de la Sala de 27 de marzo de 1998—.

En relación a la compatibilidad, además, de la agravante específica de gravedad de la defraudación del n.º 7 del art. 529 del anterior Código Penal, debe estimarse que en principio, tal compatibilidad sólo será posible en el caso de que las diversas acciones que vertebran el delito continuado, sean, además, aisladamente consideradas como merecedoras de tal agravación, en caso contrario ha de estarse por la incompatibilidad entre ambas, único caso en el que no se produciría una vulneración del principio “non bis in idem”, pues en los restantes, se valoraría dos veces el valor de la defraudación una para apreciar la continuidad delictiva atendiendo al valor de toda la defraudación y luego nuevamente se volvería a valorar

esta pena para apreciar la agravante específica del n.º 7 del art. 529.

En síntesis, las situaciones que se podrían presentar son tres.

a) Supuesto de delito patrimonial constituido por una sola acción, que atendiendo a los baremos jurisprudenciales que se establecieron para la apreciación de la agravante —fijado en millones de pesetas—, permite la aplicación de la circunstancia 7.ª del art. 529, supuesto de aplicación de la agravante sin continuidad delictiva.

b) Supuesto de delito patrimonial constituido por una pluralidad de acciones en las que se aprecia la continuidad, y que se sanciona atendiendo al total de la defraudación, pero ninguna de las acciones que vertebran el delito continuado supone una defraudación por encima de las cuantías fijadas por la jurisprudencia de esta Sala —en millones de pesetas—. Se trataría de un caso de continuidad delictiva sin aplicación de la agravante específica.

c) Finalmente, puede darse la aplicación conjunta de la continuidad delictiva y además, las acciones aisladamente consideradas exigirían la aplicación de la agravante específica atendido su importante, como pudiera ser el supuesto de una apropiación continuada de, por ejemplo, cincuenta millones de pesetas, constituida por cinco acciones defraudatorias cada una de diez millones, en cuyo caso sin riesgo de vulneración del principio “non bis in idem” debieran los hechos calificarse —en relación al Código Penal de 1973— como delito continuado del art. 69 bis, y además con aplicación de la agravante 7.ª del art. 529.

Sentencia 762/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 30 de abril de 2001

DERECHO AL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN.

Arts. 14.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2 del Protocolo Adicional 7.º al CEDH.

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

SÍNTESIS

Con cita de la jurisprudencia del TC y del TEDH, del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000 y del criterio del Pleno de la Sala de 13 de septiembre de 2000, se declara que en la actualidad y pese a la conveniencia de generalizar la doble instancia en el proceso penal, el recurso de casación cumple con las exigencias del derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean revisados por un Tribunal superior.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la segunda instancia, con base en el artículo 24. 1 de la Constitución y artículo 13 del Convenio de Roma.

Se alega indefensión al no haber podido disponer de una segunda instancia con toda la prueba de la que podría haberse valido, con el principio de inmediación correspondiente y ante Tribunal distinto.

(...)

Ciertamente existen tratados internacionales firmados por España en los que se ha hecho expresa referencia a la doble instancia en el proceso penal. Concretamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mencionado en esa sentencia de la Sala y el Protocolo número 7 del Convenio

Europeo de Derechos Humanos en el que se expresa que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un Tribunal superior. (...)

La necesidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un Tribunal superior puede ser interpretado con distinto alcance. Así cabe hacer una lectura estricta de ese mandato en el sentido de que no se impone necesariamente la doble instancia sino simplemente la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por otro Tribunal. Otra interpretación más amplia y extensa llevaría a la necesidad de la revisión completa del juicio.

(...)

Pues bien, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, único de los citados que ha sido ratificado por España, no requiere un nuevo juicio con repe-

tición de la prueba, satisfaciéndose la exigencia de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior con la mera revisión del juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia.

Es cierto que ambos pactos remiten este derecho a la doble instancia a lo que se prescribe por la Ley de cada Estado signatario, (...), y ello nos lleva a examinar si en la legislación procesal española se cumple el mandato, con el alcance que acabamos de expresar, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Tribunal Constitucional viene declarando, desde las sentencias 42/1982, de 5 de julio, 76/1982, de 14 de diciembre y 60/1985, de 6 de mayo, que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes y que el Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, cumple con esta exigencia de intervención de un Tribunal superior, si bien, al desarrollar el derecho al recurso, ha hecho una interpretación más favorable para la efectividad de ese derecho y con una interpretación amplia respecto al ámbito del conocimiento del recurso de casación, como son exponentes las Sentencias 133/2000, de 16 de mayo y 190/1994, de 20 de junio.

(...)

El cumplimiento por este Tribunal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se mantiene, con el alcance del recurso de casación que se ha dejado expresado, tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, sin que este Dictamen, que resuelve un caso concreto y no si el recurso de casación español en su generalidad se ajusta o no al artículo 14.5 del Pacto, exi-

ja, en modo alguno, un cambio de criterio, siendo cuestión bien distinta la conveniencia de que se instaure la segunda instancia en todo tipo de procesos y se residencie en el Tribunal Supremo, como única función, la esencial de unificación en la aplicación del ordenamiento jurídico.

En ese sentido se ha pronunciado el Pleno de esta Sala, en la reunión no jurisdiccional celebrada el 13 de septiembre de 2000, en la que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se añade, que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación.

Por último es de interés dejar expuesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos Loewenguth y Deperris, que fueron inadmitidos, respectivamente, el 30 de mayo de 2000 y 22 de junio de 2000, considera que en el artículo 2 del Protocolo número 7.^o, los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de derecho. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio.

Por todo lo que se deja expresado, no se han producido las vulneraciones que se denuncian y el motivo no puede prosperar.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Auto 491/2000, AP MADRID, Sec. 7.ª, de 14 de noviembre de 2000

LEGITIMACIÓN PARA PERSONARSE EN LOS DELITOS O FALTAS DE DESOBEDIENCIA.

Art. 783 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio Alonso Suárez**

SÍNTESIS

El Juzgado de Instrucción rechazó la personación en el juicio de faltas por presunta falta de desobediencia. El Auto de la Audiencia Provincial, tras proclamar que el bien jurídico protegido es el interés de las Instituciones del Estado en que se cumplan sus resoluciones, distingue entre ofendidos y perjudicados por la inspección, otorga a la recurrente esta condición y revoca el auto del Juzgado de Instrucción al respecto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—El Juez hubiera debido aclarar si desestima la personación porque la parte que la pretende, señora P.B., no ha demos-

trado su interés legítimo, es decir, su condición de “parte” en el Juicio de Faltas 1305/1996 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Madrid o, por el contrario, si la desestima en base al argumento del bien jurídico pro-

tegido. Porque ambas argumentaciones no son compatibles. Si se desestima la personación porque la recurrente no tiene la condición de parte sobre cualquier análisis ulterior como el producido en los autos de referencia en punto al bien jurídico tutelado. Y si por el contrario se admite esa condición de "parte" en el Juzgado de Instrucción n.º 1, el argumento del bien jurídico (argumento puramente jurídico, es decir, que parte de un determinado hecho objetivado) puede analizarse judicialmente, en la instancia y, ahora, en alzada. Este Tribunal entiende que estamos en el segundo de los dos supuestos, es decir, que el Juez de Instrucción, cuando se refiere a la no justificación de la condición de parte, no hace más que referirse a una circunstancia periférica. Así lo demuestra el tenor literal del auto recurrido, el hecho de que el razonamiento principal tenga que ver con el bien jurídico tutelado por el tipo de desobediencia (porque en otro caso ese razonamiento no se hubiera hecho, según razonamos anteriormente) y, en tercer lugar, porque en cualquier caso la justificación de la condición de parte en el juicio de faltas se trataría de un hecho subsanable; es decir, en ese caso el Juez se hubiera debido limitar a requerir a la parte para que justificara tal circunstancia antes de entrar en el análisis de la legitimidad de la personación.

Por lo tanto, procede entrar a valorar la fundamentación puramente jurídica de las resoluciones recurridas. Al respecto, hemos de indicar que el art. 783 contiene una distinción muy pertinente, si se pone en relación con el conflicto ahora planteado. Ese precepto de la L.E.Cr habla de "ofendido o perjudicado" por la actividad penalmente ilícita. Tratándose de un tipo penal de desobediencia a una resolución judicial, está clara la dimensión antijurídica de la conduc-

ta eventualmente típica, en la forma narrada por el Juez Instructor. Es decir, el bien tutelado es el interés de las Instituciones del Estado en que se cumplan sus decisiones legítimas, y el ataque al bien jurídico debe referirse a ese interés. Pero el argumento del bien jurídico tutelado sólo da cuenta esa dimensión antijurídica y, por consiguiente, de la condición de ofendido por el delito. Pero esa condición es o puede ser distinta a la de perjudicado por el mismo. Se puede ser perjudicado por una actividad penalmente ilícita sin ser titular del bien jurídico tutelado por el tipo. Y el tipo de desobediencia da un ejemplo claro de ello.

La ahora recurrente, admitida su condición de "parte" en el Juicio de Faltas 1305/1996 (en otro caso, el Juez podría negar ulteriormente la personación), es, indudablemente, perjudicada por un eventual delito de desobediencia como el supuestamente existente en estas actuaciones. Es decir, si el delito denunciado en este proceso se hubiera producido (lo que ha negado el propio Juez Instructor, al sobreseer las actuaciones) la ahora recurrente tendría un indudable interés legítimo en la personación, interés que se deriva de su condición de perjudicada. Y es perjudicada, desde el punto y hora en que tiene un derecho constitucional al juicio justo, y por lo tanto a desplegar en el pleito mantenido en el Juzgado de Instrucción n.º 1 (Juicio de faltas 1305/1996) todas sus posibilidades de defensa. Y esas posibilidades quedarían mermadas, si carece del informe técnico reiteradamente solicitado por el Juez de Instrucción n.º 1 en ese juicio de faltas. Esta es la hipótesis de trabajo y de ahí el interés en la personación en este actual proceso penal. Por consiguiente, procede estimar el recurso ahora interpuesto a los únicos efectos anteriormente indicados.

Sentencia 389/2000, AP VIZCAYA, Sec. 2.ª, de 23 de noviembre de 2000

LA BAJA VOLUNTARIA EN EL TRABAJO, POR SÍ SOLA, NO PUEDE FUNDAMENTAR EL ALZAMIENTO DE BIENES.

Art. 257 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Lidón Corbi**

SÍNTESIS

Examinando el texto literal del art. 257 del CP, entiende la sentencia de apelación que, quien deja voluntariamente su puesto de trabajo ni realiza un acto de disposición patrimonial, ni genera una obligación o deuda que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo, por lo que, revocando la sentencia apelada, absuelve a quien fue condenado por aquel delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES

Primero.—Por el Juzgado de lo Penal se dictó sentencia en la que se declaran expresamente probados los siguientes hechos: “Se declara probado que José Óscar, mantuvo una relación marital de hecho desde el año 1991 y hasta finales de octubre de 1993, con D.ª María Mercedes, y durante esa unión nació su hijo Cristian. En fecha 30 de marzo de 1995, el acusado junto con D.ª M.ª Mercedes suscribió un acuerdo, por el que se obligaba al pago de una pensión de alimentos a favor del hijo común Cristian, el cual convive con la madre, pago éste que no lo ha efectuado nunca, lo que motivó la iniciación de un procedimiento de alimentos provisionales, por el que se requirió por parte del Juzgado de Primera Instancia, para que hiciera efectiva dicha cantidad de 30.000 ptas., siéndole finalmente retenida tal cantidad por el citado Juzgado. El acusa-

do a pesar de ello, resolvió su contrato de trabajo como vigilante jurado con la empresa, dándose de baja voluntariamente entre los meses de septiembre y octubre de 1998. Asimismo, y habiendo percibido en concepto de indemnización por las lesiones sufridas con ocasión de un accidente de tráfico, la cantidad de 4.653.000 ptas. cobrada durante el año 1995, sin que consten las fecha exactas de dicha percepción, hizo disposición de la totalidad del dinero, sin que haya acreditado el destino del mismo, colocándose así en situación de insolvencia de forma consciente, con el fin de no hacer frente al cumplimiento de las obligaciones alimenticias contraídas respecto de su hijo menor de edad. Haciendo, con su conducta, ineficaz la vía de apremio contra sus bienes instada por el Juzgado de 1.ª Instancia, no hallando éste bienes suficientes para proceder al pago de las pensiones alimenticias adeudadas a la re-

presentante legal de Cristian, su madre M.^a Mercedes”.

La parte dispositiva o Fallo de la indicada sentencia, asimismo, dice textualmente: “Que debo condenar y condeno al acusado D. José Óscar como autor responsable de un delito de abandono de familia y alzamiento de bienes,

Segundo.—Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la Procuradora en nombre y representación de José Óscar.

(...)

HECHOS PROBADOS

Se admiten parcialmente, y se dan expresamente por reproducidos, los hechos declarados como probados en la sentencia de instancia con las modificaciones siguientes.

Se suprime el inciso que, en la novena línea empezando por abajo, comienza: “colocándose así en situación de insolvencia” hasta el final del párrafo.

Se añade un párrafo del siguiente tenor: “D. José Óscar no ha abonado a su hijo menor la pensión alimenticia acordada, salvo en la única ocasión en que ha podido serle retenida.”

FUNDAMENTOS JURIDICOS

(...)

Primero.—La cuestión radica entonces en el hecho de que, al causar baja voluntaria en la empresa en la que venía prestando sus servicios, lógicamente dejó de devengar salarios, y con ello impidió la retención de la pensión de alimentos ordenada sobre sus percepciones salariales. Ahora bien, a criterio de este Tribunal tal conducta no incide

en el supuesto previsto en el art. 257 del Código Penal.

(...)

Pues bien, las percepciones salariales futuras, esto es, aún no devengadas, no pueden calificarse en modo alguno de patrimonio ya que además de su carácter condicionado —sólo se percibirán si efectivamente se trabaja— son simples expectativas de futuro que pueden o no materializarse.

En ese sentido, las denominadas rentas del trabajo son radicalmente distintas de las denominadas rentas del capital, pese a que se emplee el mismo nombre —renta— para designarlas. Las rentas de capital, para su devengo están sujetas únicamente al transcurso del tiempo, ya que tienen en su base un capital ya existente, mientras que las rentas del trabajo dependen de una doble condición, el transcurso del tiempo, y el efectivo desempeño del trabajo durante ese período, de suerte que si falta este último dato, las mismas no se devengarán.

Así las cosas, quien deja su puesto de trabajo, y como consecuencia de ello deja de percibir ingresos, ni realiza un acto de disposición patrimonial, ni genera una obligación o deuda que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo.

Evidentemente la subsiguiente falta de ingresos determinará la imposibilidad material —parcial o absoluta— de hacerse pago, al igual que ocurre en el alzamiento de bienes, pero tal conducta, en sí misma considerada, no cumple —a juicio de este Tribunal— los elementos típicos descritos en el Código Penal.

Consecuencia inexcusable de lo que antecede, ha de ser acoger en ese extremo el recurso interpuesto, y revocar también en tal aspecto la sentencia apelada, declarando de oficio las costas de esta alzada, y la mitad de las costas de la alzada.

Auto AP BARCELONA, Sec. 6.ª, de 12 de diciembre de 2000

IRRECURRIBILIDAD DEL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO ORAL, TAMBIÉN EN LO RELATIVO A PRONUNCIAMIENTOS CIVILES.

Art. 790.7 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Gimeno Jubero**

SÍNTESIS

Resolviendo recurso de queja, realiza la Audiencia una interpretación literal del art. 790.7 de la LECrim. en el sentido de que contra el auto de apertura del juicio oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal del acusado, pudiendo el interesado reproducir ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas. De esta interdicción de impugnación no se exceptúan los pronunciamientos del auto de apertura del juicio oral relativos al afianzamiento de responsabilidades civiles.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS

Primero.—Por el Juzgado de Instrucción se dictó providencia en la causa referenciada, en el que se acordaba no ha lugar a la admisión a trámite del recurso de reforma contra auto de apertura de juicio oral, en virtud de lo dispuesto en art. 790.7 de L.E.Crim.

Segundo.—Se formuló ante esta Sala recurso de queja.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—Plantea la quejadante que el órgano instructor ha inadmitido su recurso de reforma frente al auto por el que se acordaba la apertura de juicio oral en DP n.º 486-97, que se interpuso solamente frente al pronunciamiento que dicha resolución hacía

en materia de responsabilidad civil, ordenando el aseguramiento de responsabilidades civiles por importe de 19.300.000 ptas.

Así el objeto de debate se reduce a la recurribilidad del pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y su aseguramiento realizado en auto de apertura de juicio oral.

En defensa de su tesis, la quejadante arguye dos argumentos: uno primero, que en interpretación de la legalidad ordinaria, integrada con los principios y garantías del proceso, concluye en la recurribilidad de dicho pronunciamiento; otro, segundo en su orden, que alude a la conculcación de derecho fundamental, por inmotivación de la resolución en este apartado.

Segundo.—No comparte la Sala la interpretación que hace el recurrente del art. 790.6.7 de L.E.Crim. Sin perjuicio de las críticas que deben hacerse frente a la previ-

sión legal del apartado 7 del art. citado, la verdad es que éste resulta meridiano. La pretensión de que este precepto sólo hace irrecrrible en pronunciamiento de apertura de juicio oral y no los demás que necesariamente debe hacer al tenor de lo previsto en su punto 6), no es congruente con los demás puntos del mismo artículo. En realidad el auto de apertura de juicio oral es un control jurisdiccional sobre si se han superado todos los supuestos de sobreseimiento, o si se prefiere sobre la fundabilidad de la acusación, entonces ya concretada. Y si se llega a tal convencimiento —al que será exigible motivación, aunque curiosamente nada se objetiva a este respecto— los pronunciamientos sobre responsabilidad civil son obligados si la acusación los demanda.

En definitiva, no puede hacerse distinción entre las diversas disposiciones que debe contener el auto de apertura de juicio oral. Este auto es uno, con el contenido que se deriva del precepto indicado, y sólo el pronunciamiento sobre la situación personal admite el recurso porque así lo dice la Ley. Es más, el párrafo primero del punto 7) del art. 790 de L.E.Crim, prevé la posibilidad de reproducción de peticiones no atendidas, sin que se advierta objeción para que los tenidos como responsables civiles, a los que se ha exigido afianzamiento, puedan acudir al órgano de enjuiciamiento y solicitar su modificación.

Tercero.—La segunda cuestión que se aduce en el recurso se refiere a la falta de motivación de la resolución, defecto que se extiende a toda ella, si bien se concluye solicitando exclusivamente la revocación y “...se acuerde dejar sin efecto la fianza acordada con las demás medidas inherentes en derecho”.

Este pedimento, que supone pronunciamiento sobre el fondo, choca con un ordenado planteamiento procesal, pues se ha olvidado que lo recurrido es la providencia por la que se inadmite el recurso. La coherente respuesta de esta Sala sólo debe ceñirse a examinar la recurribilidad o no del mismo.

En realidad la problemática está en saber cómo se impugna una resolución inmotivada, que lesiona la tutela judicial efectiva, si por imperativo legal no cabe recurso contra ella.

A juicio de la Sala la irrecrribilidad de la resolución es un mandato de legalidad ordinaria, que presupone su bondad en ese aspecto, contra la que siempre cabrá aducir la conculcación del derecho fundamental. Pero la consecuencia lógica, si efectivamente ha violado la tutela judicial efectiva y ha provocado indefensión, es exigir su nulidad y nuevo pronunciamiento, no la revocación con disposiciones diferentes y más acordes con los propios intereses, que es lo ahora demandado.

Examinado el recurso inadmitido, de idénticos razonamientos a la queja que se resuelve, se percibe que se pretende la mera revocación de la fianza establecida, sin demandar nulidad alguna.

Decaída la tesis de recurribilidad de la medida de afianzamiento, el llamamiento a supuesta indefensión no es aceptable; es más, aunque breve, hay expresión sobre los motivos por los que se afianza.

Disponemos que desestimando el recurso de queja interpuesto contra providencia dictada por el Juzgado de Instrucción n.º 4 debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, declarando de oficio las costas del recurso.

Sentencia 628/2000, AP MADRID, Sec. 2.ª, de 13 de diciembre de 2000

RESPONSABILIDAD CIVIL EN SUPUESTOS DE HURTO DE USO DE VEHÍCULOS DE MOTOR.

Art. 5 D. 632/1968, sobre uso y circulación de vehículos a motor y Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Compaired Plo**

SÍNTESIS

De los daños causados con ocasión de un delito de robo de uso de vehículos de motor sí responde el Consorcio de Compensación de Seguros, no así cuando, como en el presente caso, se trata de un delito de hurto de uso de dichos vehículos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Se interpone recurso de apelación por el Consorcio de Compensación de Seguros y se invocan como motivos que la responsabilidad civil del Consorcio lo es en los supuestos de delito de robo y no en los de hurto de uso de vehículos a motor al estar estos últimos excluidos expresamente en el art. 5 de la Ley nueva de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a Motor; debiendo ser la compañía aseguradora quien responda.

Subsidiariamente se modifique la sentencia aplicándose la franquicia de 35.000 ptas.

El recurso debe prosperar en su primer motivo por lo que queda sin contenido el segundo.

Este Tribunal si bien ha venido manteniendo un criterio similar en términos generales al planteado en el recurso, ha variado el mismo siempre que nos encontramos ante

robo de uso, que se entiende incluido dentro del término robo, tal y como la ST Supremo de 18 de octubre de 1999 ha mantenido, así determina “El Consorcio de Compensación de Seguros responde en todos aquellos casos en los que el vehículo haya sido “robado”, es decir, 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. Y ello porque así se deduce tanto de la interpretación literal de la norma, conforme a la remisión del art. 5.3 D 632/1968, de 21 de marzo (Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor) —llamada Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor tras la modificación introducida por la L. 30/1995, de 8 de noviembre (ordenación y supervisión de los seguros privados)— a la tipificación penal del robo, que incluye los apoderamientos,

sin ánimo de definitiva apropiación, de un vehículo de motor ajeno empleando fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas se califica expresamente como robo de uso”.

Pero dado que la condena se produce por un “hurto de uso” al no constar probado el

empleo de fuerza no puede hacerse una interpretación extensiva, que es contraria a los principios del derecho penal; por lo que el Consorcio de Compensación de Seguros no está obligado a indemnizar en este supuesto y por consiguiente no procede declararla responsable civil directo.

Sentencia 1830/2000, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 18 de diciembre de 2000

DELITO SOCIETARIO: IMPEDIMENTO DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN A LOS SOCIOS.

Art. 295 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante**

SÍNTESIS

Otorga la sentencia al acusado la condición de “administrador de hecho” de la sociedad y le condena por negar información a los accionistas y a los auditores nombrados por el Registro Mercantil, sin que sea óbice para ello la posibilidad de que aquellos accionistas instaran judicialmente la convocatoria de Junta General.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Por el contrario, la reiterada negativa o resistencia del acusado Luis a facilitar la información sobre la marcha de la sociedad que le requirieron los representantes de la accionista y para permitir la realización de las auditorías ordenadas por los Registradores Mercantiles son acciones que tienen encaje en el artículo 293 del Código Penal, aunque no cabe aplicar la conti-

nuidad delictiva pues se inscribieron en una sola acción de impedimento de ejercicio de los derechos de los accionistas, pero mantenida de forma constante en un tiempo determinado.

El primer elemento de esta figura penal —la condición especial del sujeto activo— concurre en este caso, puesto que, tal y como ha reconocido este acusado y confirma su hijo y el resto de los testigos, Luis era el

administrador de hecho de esa sociedad anónima, llevando la contabilidad de la empresa, aunque a efectos formales figurara su hijo al frente de la administración de la entidad y más aún cuando, tras la renuncia del otro administrador solidario nombrado, le fue otorgado en su favor un amplio poder, con delegación de la mayor parte de las facultades reconocidas en los Estatutos al Administrador, (...)

En tal calidad de administrador efectivo de la sociedad (...) recibió personalmente el 17 de enero de 1996 un requerimiento para convocar la Junta de Accionistas, y el 10 de julio de 1996 y en el mes de julio de 1997 los dos nombramientos de auditores de cuentas, el primero efectuado por el Registrador Mercantil el 27 de junio de 1996 y el último el 21 de marzo de 1997; a todo lo cual hizo caso omiso, impidiendo de este modo que los poseedores del 50% de las acciones de la sociedad pudieran conocer, bien personalmente, bien a través de esos auditores, la marcha de la sociedad anónima a través de sus cuentas y libros, y participar así en la gestión y el control de la actividad social.

Y no cabe duda de que, mediante esa restricción persistente, consciente y voluntaria de los derechos de información y de control de la gestión de los demás accionistas, éstos se han visto privados de forma relevante de conocer el importe real de las aportaciones realizadas por unos y otros a la sociedad, la utilización efectiva de esas aportaciones en las actividades propias de la sociedad y, en general, la comprobación de la gestión de la sociedad, lo que necesariamente ha debido repercutir en el desconocimiento puesto de manifiesto en el curso del juicio oral de muchas de las operaciones realizadas por el acusado en nombre de la entidad mercantil.

(...) Por otra parte, la posibilidad de convocatoria judicial de la Junta general ordinaria o extraordinaria que establece el artículo 101 de la Ley de Sociedades Anónimas no exime a los administradores de su deber de convocarla cuando lo soliciten los

socios que establece el artículo 100 de la misma Ley, aunque faculte a estos socios para acudir al auxilio del Juez de Primera Instancia del domicilio social; facultad que, en efecto, no utilizaron los ahora querellantes. Asimismo, la falta de aprobación de las cuentas —derivada precisamente de esa falta de convocatoria de Junta de Accionistas— no es obstáculo para el nombramiento de auditores, que en tal caso servirán para comprobar la situación contable de la sociedad y para informar sobre las eventuales infracciones de las normas legales o estatutarias que hubieran comprobado [artículo 209.1.a) de la Ley de Sociedades Anónimas], entre las que indudablemente están la omisión de las cuentas anuales o su aprobación en debida forma. La solicitud del nombramiento de estos auditores se hizo, por otra parte, dentro del plazo que marca el artículo 323.1.2 del Reglamento del Registro Mercantil y el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues el primero se instó el 28 de marzo de 1996 y el segundo el 26 de marzo de 1997, esto es, antes de que transcurrieran tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio a auditar. Y, por último, la cesación del mandato del Administrador designado no se produjo, conforme al artículo 145.2 del Reglamento Mercantil, hasta que transcurrió el término legal para la celebración de la Junta General Ordinaria, esto es, conforme al artículo 95 de la Ley de Sociedades Anónimas, los seis primeros meses de cada ejercicio, por lo que en este caso el nombramiento estaba vigente hasta finales del mes de junio de 1996, al haber sido nombrado para un período de cinco años en Junta de 14 de noviembre de 1990, con lo que, al menos en el primer requerimiento y la primera designación de auditor, aún estaba vigente el poder conferido por uno de los Administradores solidarios a favor del administrador de hecho. Pero es que, en cualquier caso, no cabe duda de que este acusado continuó ejerciendo la administración efectiva de la sociedad con posterioridad a ese cese teórico del Administrador formal, como lo demuestra el hecho de que

continuara gestionando los inmuebles pertenecientes a la sociedad y cobrando a través de las rentas de los inquilinos o arrendatarios, por lo que no podría aceptarse la continuación de esa administración solamente en lo favorable y no en lo adverso. Es seguramente este el motivo por el que el artículo 293 del Código Penal se refiere no sólo a los

administradores de derecho, sino también a los de hecho, impidiendo de este modo que pudieran excusar su responsabilidad los administradores reales de una sociedad amparándose en formalismos para negar el ejercicio de los derechos al resto de los accionistas mientras continúan al frente de la entidad mercantil.

Sentencia 336/2000, AP VALENCIA, Sec. 4.ª, de 29 de diciembre de 2000

IMPUNIDAD DE LA FOTOCOPIA DE LIBROS PARA USO PARTICULAR.

Art. 270 Código Penal y 10 Ley de Propiedad Intelectual

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Megía Carmona**

SÍNTESIS

Mediante la interpretación sistemática del art. 10 de la Ley de Propiedad Intelectual y 270 del Código Penal llega la Sala a la misma conclusión que el Juzgado de lo Penal: la atipicidad de la conducta consistente en fotocopiar libros para uso privado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: “A consecuencia de una denuncia formulada por el Centro Español de Derechos Reprográficos, agentes de la Guardia Civil establecieron una vigilancia en el establecimiento denominado “Fotocopias A”, perteneciente a la entidad “Copisterías Vela S.L.”, de la que

era gerente el acusado Víctor. En el transcurso de vigilancia y al comprobar los agentes que a dicho local acudían personas jóvenes que adquirían fotocopias que al parecer eran de libros y a la vista del material aportado con la denuncia, se solicitó mandamiento de entrada y registro que fue concedido (...). Dicho registro se practicó en los locales se halló e intervino el siguiente material: (...)

Segundo.—El Fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice: “Que debo absolver y absuelvo a Víctor del delito de defraudación de la propiedad intelectual del que era acusado y se declaran de oficio las costas”.

Tercero.—Notificada dicha Sentencia a las partes, por la representación de Centro Español de Derechos Reprográficos se interpuso contra la misma recurso de apelación, el cual substancialmente fundó en los motivos expresados en su escrito de recurso.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos probados de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Sostiene la recurrente que lo que ha hecho el acusado incurre de lleno en las previsiones del artículo 270 del Código Penal, que castiga al que con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero reproduce en todo o en parte una obra literaria o científica. Este delito lo comete el que, ya se ha dicho, con ánimo de lucro tiene una infraestructura comercial de reproducción y venta al público de obras literarias, que ofrece a la venta a terceros de forma general e indiscriminada, obteniendo con ello un lucro a través del precio al que vende las copias, que por lo general va a ser superior al de una simple

fotocopia e inferior al que el original tiene en el mercado, debiendo distinguirse esta actividad de aquella otra en que un particular se dirige al profesional de la reproducción, que indudablemente existe y desarrolla una actividad lícita, y le solicita la copia de un libro para uso privado, recibiendo un precio que resulta de multiplicar el número de fotocopias realizadas por el precio de cada una de ellas, actividad ésta que permite la L.P.I. sin necesidad del permiso del autor por tratarse de copias destinadas al uso privado del copista. No puede entenderse que el artículo 10 de la citada ley impide la realización de copias para uso particular en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones o que tenga a disposición del público los equipos y materiales para su realización; sería difícil conciliar esta afirmación con el apartado 2 del artículo 31 de la misma ley, que permite la reproducción para uso privado, pues se estaría afirmando que sólo se puede copiar a mano o con una fotocopidora particular o en las que existen en todas las facultades y colegios profesionales de este país, que ponen al alcance de estudiantes y colegiados la integridad de sus bibliotecas para uso particular. Necesariamente hay que entender que lo que prohíbe la LPI y reprime el Código Penal es la fotocopia y reproducción “para el público”, realizada en establecimientos públicos, no las fotocopias “del público” que se realicen en las máquinas de ese establecimiento, que ya han soportado el canon que establece el artículo 25 de la LPI, y que va dirigido a las fotocopias de uso particular.

Sentencia 7/2001, AP VALENCIA, Sec. 5.ª, de 17 de enero de 2001

CARACTERIZACIÓN DEL DELITO SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO COMO DELITO ESPECIAL PROPIO Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO "NON BIS IN IDEM".

Art. 319 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carolina Rius Alarcó**

SÍNTESIS

La sentencia ofrece varios argumentos para afirmar que se requieren determinadas cualificaciones profesionales para ser autor de uno de los delitos. En todo caso la previa sanción administrativa no impide la imposición de sanción penal, por la prevalencia de este último ordenamiento, si bien debe tenerse en cuenta esta circunstancia para cuantificar la pena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...) ciertamente no puede darse una doble punición o sanción de una misma conducta, pero que no presupone que, aun sancionados idénticos hechos en vía administrativa, de ser éstos típicos, deban quedar los mismos sin reproche penal. Como bien alega el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso, la jurisdicción penal es siempre preferente, y debe primar sobre la posible vía administrativa sancionadora. Si el supuesto delito no ha prescrito, y es objeto de acusación, no puede aquél quedar impune por el hecho de que haya precedido una actuación administrativa sancionadora; y ello sin perjuicio de que pueda el condenado por Sentencia penal firme y sancionado administrativamente instar lo procedente para obtener, precisamente en base al reiterado principio, la anulación de la sanción administrativa impuesta, o incluso la devo-

lución de la sanción pecuniaria satisfecha (...). La previa sanción administrativa no impide la entrada en acción de la jurisdicción penal, siempre preferente, sin perjuicio de computar la sanción administrativa a la hora de cuantificar la pena, lo cual evita que el interesado tenga que iniciar un nuevo proceso administrativo para evitar la duplicidad de sanciones y, en su caso, el reintegro de lo ya entregado si se trata de una sanción pecuniaria.

Segundo.—(...) en el caso que nos ocupa no consta que el acusado sea promotor, constructor o técnico director de obras, esto es, profesional de la construcción, antes al contrario afirmando aquél, en su declaración transcrita y ratificada en el plenario, "que es labrador", reiterándolo el mismo en dicho acto; y la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales estima que el tipo penal del artículo 319.2, por el que fue acu-

sado el apelado, “no se refiere al que construya como sujeto de la acción sino a los constructores y una interpretación correcta inclina a pensar que el precepto está exigiendo determinadas cualificaciones profesionales y que sujeto activo de este delito no puede ser, sin más, cualquier persona”, (...) “avala esta tesis que la pena a imponer se compone de inhabilitación especial para profesión u oficio, esta segunda parte de la sanción, que sólo cabe imponerla cuando exista una relación directa y causal entre esa profesión u oficio y el delito cometido (...)

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 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; la práctica unanimidad de la doctrina científica considera el artículo 319 del Código Penal como un delito especial propio (...).

Sentencia 8/2001, AP VALENCIA, Sec. 1.ª, de 18 de enero de 2001

CONCURSO DE DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE Y DAÑOS POR IMPRUDENCIA.

Arts. 267 y 325 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Climent Durán**

SÍNTESIS

La existencia de daños sirve para determinar la existencia del peligro, esencia del delito contra el medio ambiente, y a la vez constituye el tipo del propio delito de daños por imprudencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Los hechos declarados probados constituyen un delito contra el medio ambiente, tipificado en el artículo 325 del Código Penal, ya que los vertidos realizados por la entidad acusada, además de contravenir la normativa reguladora correspondiente,

tenían aptitud para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, lo que se evidencia con los daños causados en los peces pertenecientes a la entidad acusadora.

Al efectuar los vertidos en el alcantarillado o directamente en los campos de cultivo desde una cuba arrastrada por un tractor se

contravino lo establecido en la Ley 20/1986, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, desarrollada por el Real Decreto 833/1988, de 20 de julio, en que se contiene el Reglamento de aquella Ley, en los que se previene que toda entidad productora de residuos tóxicos y peligrosos ha de encargarse de darle el destino normativamente previsto, utilizando los envases preceptuados y entregándolos a la empresa encargada de gestionar legalmente el destino de esos residuos. Es de resaltar también que en el anexo de la mencionada Ley se consideran como residuos tóxicos y peligrosos los compuestos órgano-halogenados, como es el tricloroetileno.

Al no haberlo hecho así a lo largo de varios años, optando por la solución del vertido subrepticio en el alcantarillado, o clandestinamente y durante la noche en campos de cultivo, se ha incurrido en el delito referenciado, por tratarse de sustancias que tienen capacidad de alterar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

(...)

Tercero.—Se estima también cometido un delito de daños por imprudencia, tipificado en el artículo 267 del Código Penal, porque los daños causados son al menos superiores a la cifra de diez millones de pesetas que se señala en el indicado precepto punitivo.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 23 de enero de 2001

CONTRATACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EXTRANJEROS SIN PERMISO LABORAL.

Art. 312.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Planchat Teruel**

SÍNTESIS

Tras reconocer el carácter pluriofensivo del delito sobre el que versó la acusación y ulterior condena, la Audiencia confirma la sentencia de instancia en el entendimiento de que no es indispensable a los fines de la punición que haya precedido declaración de ilegalidad por parte de la autoridad laboral, de las condiciones de trabajo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal si-

guiente: “Fallo: que debo condenar y condeno a Jiangiao como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito contra los derechos de los trabajadores del art.

312 segundo párrafo del CP vigente a la pena de nueve meses de prisión y multa de ocho meses con una cuota diaria de mil pesetas con la correspondiente privación de libertad en caso de impago del art. 53.1 del CP, asimismo se imponen al condenado las costas causadas”.

HECHOS PROBADOS

Se acepta íntegramente el relato de hechos probados de la Sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El art. 312 del Código sustantivo, en su segundo párrafo castiga a “quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Es cierto, como afirma el apelante, que en el precepto se contienen conductas diversas, así una primera consistente en el falaz reclutamiento o inducción al abandono del trabajo y la segunda, que aquí interesa, la contratación por debajo de los mínimos legales o convencionales de súbditos extranjeros carentes de permiso laboral.

La segunda de las conductas es la que constituye objeto de acusación y su estructura típica coincide con la descrita en el art. 311.1 (trasunto “cuasi” fiel del art. 499 bis 1.º del Código de 1973) con la especificidad de la mención a “súbditos extranjeros sin permiso de trabajo”. Dentro de la pluralidad de bienes jurídicos protegidos en el Título en que se ubica, la conducta que ahora se analiza, viene en salvaguardar las condiciones laborales mínimas, por demás indisponibles, del trabajador extranjero por cuenta ajena que se encuentra en tal situación.

(...)

A la luz de los hechos declarados probados en la Sentencia recurrida la subsunción típica efectuada es la correcta. Las muy deficientes condiciones de higiene (aseos, camastros...), salubridad (suciedad, hacinamiento ...) y seguridad (cableado eléctrico) contravienen los postulados más elementales de cualquier relación laboral desde la perspectiva de los mínimos legales sin que sea preciso que preceda, como da a entender el recurrente, expediente administrativo por ello. Condiciones todas ellas que se desprenden diáfananamente del acta levantada por Secretario judicial lo que hace completamente inatendible al alegato referente a hallarse necesitada de prueba complementaria puesto que cuanto obra en la misma goza de fe pública “per se” sin necesidad de corroboración por otros medios, no otra cosa se establece en el art. 281.2 LOPJ.

Sentencia 52/2001, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 31 de enero de 2001

EL MERO INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN LOS SUPUESTOS DE SEPARACIÓN CONYUGAL NO INTEGRA LA FALTA DE DESOBEDIENCIA.

Art. 634 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Eloísa Gutiérrez Ortiz**

SÍNTESIS

La sentencia de apelación expresa los requisitos para que el incumplimiento de un régimen de visitas llegue a integrar el tipo de la falta (o el delito) de desobediencia, no siendo suficiente el mero incumplimiento de lo que al respecto se determine en la resolución judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

“Primero.—... el núcleo de la cuestión planteada en el recurso consiste en determinar si es punible el puro y simple incumplimiento de un pronunciamiento contenido en una sentencia civil relativo al derecho de visita.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, cuando han tratado el delito de desobediencia, han sido unánimes al señalar que el mero incumplimiento de una sentencia, o de una resolución administrativa, no es punible, ya que el remedio jurídico que el ordenamiento prevé en ese caso no es la respuesta penal, sino la ejecución forzosa. Esto se viene reiterando, de modo especial, respecto de los pronunciamientos económicos, e incluso ha sido acogido por el legislador cuando, ante el impago de las pensiones señaladas en una resolución judicial o convenio regulador aprobado judicialmente, en proceso de separación, no tipifica como delito el mero incumplimiento, sino sólo el incumplimiento reiterado y no lo hace como infracción de desobediencia, sino como una figura especial del abandono de familia.

Para que pueda apreciarse punible el incumplimiento es necesaria, en primer lugar, la existencia de una orden o requerimiento concretos, y, en segundo lugar, la constancia de su recepción por el destinatario.

(...)

Cumplidos estos requisitos objetivos, ha de concurrir también el elemento subjetivo

del tipo, constituido por la negativa u oposición voluntarias al cumplimiento de la orden o mandato, a lo que, en ocasiones, añade la jurisprudencia, el específico ánimo por parte del autor de menospreciar el principio de autoridad representado por quien emite o transmite la orden.

Segundo.—La conducta de la denunciada, si no cumple voluntariamente la resolución judicial, puede ser ilegítima, y frente a ella el Juez civil puede reaccionar, a instancia de parte, por medio de la ejecución forzosa, emitiendo en ella las órdenes oportunas para el cumplimiento efectivo de lo resuelto, órdenes cuya desobediencia si podrá constituir un delito o falta de este género, según las circunstancias concretas en que se produzca la conducta rebelde a la orden emitida. Pero mientras no se emita tal orden ejecutiva, no cabe imputación a título de desobediencia, ya que no se ha emitido ninguna orden particular y concreta susceptible de ser desobediencia y no concurren, por tanto, los elementos típicos que señalaba el art. 570.1 del Código Penal anterior y que sigue señalando, aunque con redacción distinta, el art. 634 del nuevo Código.

Pero es que, además, en éste se incluye un nuevo tipo penal, el contenido en el art. 622, que sanciona de modo específico una conducta relacionada con el derecho de visita a menores: la de los padres, tutores o guardadores que, incumpliendo la resolución judicial, se apoderan del menor, sacándolo de la guarda establecida por la resolución judicial, retirándolo del establecimiento, familia, persona o institución tutelar a

quien se le hubiese encomendado no restituyéndolo cuando estuvieren obligados. Se ha reforzado, pues, la protección penal de la guarda y custodia de menores mediante la sanción del progenitor que lo saca ilegítimamente de la persona o institución a quien se le había confiado por resolución judicial o administrativa. La tipificación expresa de esta conducta, que está básicamente pensa-

da en la guarda institucional pero que, en todo caso, sería justamente la opuesta a la que se denuncia, frente al silencio del legislador respecto al simple incumplimiento del derecho de visitas, no permite extender abusivamente la norma y penar, por otra vía y sin concurrir los requisitos de tipicidad exigible, lo que la ley no sanciona penalmente.

Sentencia 46/2001, AP MADRID, Sec. 4.^a de 1 de febrero de 2001

INTRUSISMO. LICENCIADA EN DERECHO EN DESPACHO DE ABOGADOS.

Arts. 637, 403 y 109 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María del Carmen Fresneda García**

SÍNTESIS

La cliente acude a un despacho de abogados y se entrevista con quien públicamente dice serlo. A pesar de que el asunto fue llevado por quien efectivamente era letrada colegiada, la Audiencia Provincial confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal que condenó por intrusismo con atribución pública de la cualidad de profesional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el Juzgado de lo Penal se dictó sentencia cuyos “hechos probados” dicen:

“En fecha no concretada del año 1998, anterior al mes de agosto, Estrella acudió al despacho de abogados para ser asesorada jurídicamente por Lucía en la creencia de que ésta era abogada, ya que la acusada se atri-

buía públicamente tal condición, pese a que carecía del título universitario de Derecho. A tales fines Lucía había hecho imprimir tarjetas de visita en las que figuraba como abogada, así como la dirección del despacho, del que era verdadera titular Eva María, que sí poseía capacitación profesional para el ejercicio de abogacía y que directamente realizó las gestiones jurídicas encomendadas por Estrella, reclamándole los correspondientes honorarios”.

Segundo.—Notificada dicha sentencia a las partes personadas, por las representaciones procesales de la acusada y de la acusación particular, se interpusieron recursos de apelación.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los contenidos en la sentencia impugnada, que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La representación procesal de la acusada alega en primer lugar preterminación del fallo en el relato de hechos probados de la sentencia por incluir frases tales como: “para ser asesorada jurídicamente por D.^a Lucía “ y ... “... ya que la acusada se atribuía públicamente tal condición, pese a que carecía del título universitario de derecho”. Porque la primera frase se trata de conceptos jurídicos ajenos al lenguaje habitual y coloquial, y la segunda, por cuanto sus palabras son casi punto por punto, precisamente las que el legislador ha utilizado para definirse el tipo penal del art. 637 del Código Penal.

Reiteradamente se ha recogido en la doctrina del Tribunal Supremo la naturaleza de la predeterminación del fallo: empleo en la relación de hechos, de expresiones o términos jurídicos utilizados en la definición legal del delito, expresiones que sólo son ordinariamente asequibles a los juristas, sin que su uso sea compartido por el lenguaje común y además, de tal entidad que, su supresión deje la narración fáctica vacía y carente de base de tal modo que el fallo resulte incongruente.

Respecto a las frases señaladas, decir que únicamente “se atribuía públicamente” es utilizada por el legislador en la descripción del tipo, sin que para su comprensión se requiera estar en posesión de especiales conocimientos jurídicos.

(...)

Por tanto procede la inadmisión de tal motivo.

Segundo.—El derecho a la presunción de inocencia, (...) no debe confundirse en modo alguno, con la divergencia de la parte apelante con la valoración del elenco probatorio de cargo suficiente para desvirtuar dicha presunción, como el constituido, en el presente caso, que debe articularse por la vía del error en la apreciación de la prueba.

Tercero.—La misma suerte desestimatoria ha de correr la alegada infracción de precepto legal, art. 637 del Código Penal.

Dicho artículo sanciona la atribución públicamente de la cualidad profesional amparada por un título académico que no se posee.

En el presente caso la acusada en las fechas en que ocurrieron los hechos no había terminado la carrera de Derecho y por tanto no podía tener la condición de Abogada (que exige no sólo el título universitario, sino también la colegiación) la cual se atribuía públicamente, tal y como ha quedado acreditado.

(...)

Cuarto.—La acusación particular alega en primer lugar error de hecho en la calificación de los hechos declarados probados por cuanto ha calificado los hechos como constitutivos de una falta del art. 637 C.P., no de un delito del 403 C.P.

No ha declarado probado (como dice el recurrente), la sentencia recurrida que la acusada asesoró jurídicamente a la denunciante, sin poseer el correspondiente título académico, sino que Estrella acudió al despacho de abogados G.-A., para ser asesorada jurídicamente por Lucía, al creer que ésta era Abogada. Pero no razonó que la asesora, sino que por el contrario lo fue por Eva M^a G., tal y como lo refleja la resolución impugnada tanto en sus hechos probados como en su segundo razonamiento jurídico. Por lo que no quedando acreditado que Lucía asesorara a Estrella es por lo que procede rechazar la aplicación del art. 403 C.P.

Quinto.—Finalmente dicha parte alega vulneración del art. 109 y concordantes del Código Penal, por estimar que procede que la acusada indemnice a la denunciante en la cantidad que deja al arbitrio del Tribunal. Alegando que el perjuicio está acreditado con el hecho de que la acusada le aseguró a la querellante, que nadie la demandaría y ocurrió lo contrario, y por otro el grave quebranto moral que sufrió al averiguar que la acusada no era abogada, lo que hizo durante mucho tiempo desconfiar de cualquier profesional del Derecho.

Dicha pretensión es improcedente por lo razonado en el anterior fundamento de derecho.

FALLAMOS

Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de la acusada Lucía y de la acusación particular Estrella, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución. No procede hacer imposición de costas en esta alzada.

Sentencia 16/2001, AP MADRID, Sec. 7.ª, de 8 de febrero de 2001

PERCEPCIÓN DE INDEBIDOS HONORARIOS POR ABOGADOS: ESTAFA Y NO APROPIACIÓN INDEBIDA.

Arts. 252, 248.1 y 22.6.ª Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio Alonso Suárez**

SÍNTESIS

Encuadra el tribunal los hechos probados en el delito de estafa, y no en el de apropiación indebida, en la consideración de que el letrado acusado no tenía en su poder los fondos de los que se apropió, sino que, valiéndose de engaño, hizo creer al Procurador que se les debía entregar en virtud de sus servicios profesionales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

José Luis, abogado en ejercicio, se encargó, en ese concepto de letrado, de la dirección jurídica de un pleito civil que la Comunidad de Propietarios, mantenía contra,

como demandados, determinados constructores, arquitectos y aseguradoras. En el mismo recayó sentencia.

Al resultar condenada en la primera instancia, la Compañía de Seguros Allianz,

consignó la cantidad de 86 millones de pesetas. Los 86 millones de pesetas fueron recibidos, el 15 de abril de 1997, por el procurador de la Comunidad de Propietarios. En el mismo mes de abril de 1997, el acusado José Luis tuvo conocimiento de la referida consignación y, dado que era él y no el procurador quien mantenía las relaciones personales con la Comunidad de Propietarios, convenció al procurador de que estaba autorizado a retirar de la referida consignación la suma de 50 millones de pesetas. José Luis se hizo con la cantidad, en concepto de adelanto de sus honorarios profesionales que no tenía derecho a recibir por esa cuantía

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) queda claro que, aun en el mejor de los casos para el letrado ahora acusado, éste no podría cobrar más de 23 millones de pesetas, según sus propias manifestaciones, objetivamente documentadas en los autos.

(...)

Una vez clarificado el tema del precio/coste máximo para la Comunidad, y por lo tanto de la limitación o tope de los derechos económicos del letrado en cuestión, el Tribunal quiere hacer constar que éste tampoco respetó los parámetros del cobro desde el punto de vista del tiempo. El hoy acusado sólo podía haber efectuado el cobro una vez que se había alcanzado la sentencia firme o que el pleito se hubiese empezado a ejecutar. El monto del proceso, solo podía conocerse una vez que el proceso hubiese acabado, y no antes, ya que el obtenido en primera instancia podía ser modificado en apelación (como ocurrió, por ejemplo, con la indemnización a la que se condenó a la entidad aseguradora).

Finalmente, desde el punto de vista de la forma del cobro, el acusado carece asimismo de legitimación alguna. Ya que cuando lo realiza, el acusado no ha minutado ese cobro y por lo tanto no ha ofrecido a su cliente la posibilidad de pronunciarse al respecto de lo pretendido por el letrado. Este se

limitó a coger el dinero, al margen de cualquier consentimiento y, cabe decir, de cualquier conocimiento por parte de su cliente, que en ningún caso hubiera consentido ese desplazamiento patrimonial.

Se produjo, además, en el acto del juicio oral la testifical del procurador. Después de haberla visto de un modo directo, el Tribunal está en condiciones de afirmar que este procurador satisfizo los 50 millones al acusado porque éste le engañó.

(...)

Tal y como sugirió el M.^o Fiscal, en su calificación alternativa, nos encontramos ante un ilícito de estafa y no de un ilícito de apropiación indebida. Para que exista la apropiación indebida, entendemos que el acusado debería haber recibido él mismo la cantidad indicada por cualquiera de los títulos restitutorios, que con arreglo al conocido sistema de "numerus apertus", describe el art. 252 del CP. Y lo cierto es que el dinero lo recibe el procurador que, según es notorio, era el representante de la parte actora en el pleito civil. En cambio, los hechos constituyen estafa, porque el acusado se vale de un engaño o maquinación fraudulenta, consistente en el aprovechamiento de la relación que mantenía con la Comunidad, y a la que anteriormente hemos hecho referencia, de su propia condición de letrado-director del asunto civil y de la relación que mantenía con el procurador, para convencer a éste de que el pago que reclamaba era legítimo; legitimidad de la que, como también hemos indicado, convencía al letrado mediante la omisión de las condiciones en las que había pactado el precio de sus servicios.

Segundo.—No concurre la agravante de abuso de confianza del n.º 6 del art. 22 del CP. En realidad la acusación particular, que es quien la solicita, la pretendía añadir al delito de apropiación indebida. No es objeto de la condena el tal delito en esta sentencia, pero sí debemos indicar que en el supuesto examinado, es decir, en la condena por delito de estafa, teniendo en cuenta que en esa estafa, el elemento vertebrador, esto es, el

engaño previo al error del sujeto pasivo se articula sobre, asimismo, esa relación de confianza, y en consecuencia sobre el abuso de la misma, entendemos que tampoco es apreciable la agravante en cuestión.

FALLAMOS

Condenamos a José Luis, como autor penalmente responsable del ya referido delito

de estafa, a la pena de 3 años de prisión, con inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y para la profesión de abogado durante ese tiempo, y multa de 8 meses, con una cuota diaria de 1.000 ptas., al abono de las costas del proceso, incluidas la de la acusación particular, y a que indemnice a la Comunidad acusadora en la suma de 50 millones de pesetas, cantidad que devengará el correspondiente interés legal.

Sentencia AP SEVILLA, de 8 de febrero de 2001

ALLANAMIENTO DE MORADA EN LOS SUPUESTOS DE SEPARACIÓN CONYUGAL.

Art. 202.1 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Romero Laguna**

SÍNTESIS

En los supuestos de crisis matrimonial, corresponde al cónyuge a quien se atribuye el uso del domicilio familiar la facultad de decidir sobre la entrada y permanencia del otro en dicho domicilio, a los efectos de la comisión —como sucede en este caso— de un delito de allanamiento de morada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Primero.—El acusado José Antonio y M.^a Victoria, obtuvieron sentencia de separación matrimonial el día 31 de julio de 1999, en autos del Juzgado de Primera Instancia, atribuyéndose la vivienda que fue domicilio conyugal, a M.^a Victoria.

Sobre las cuatro horas del día cinco de septiembre de 1999 el acusado se personó en el portal del domicilio de M.^a Victoria y llamó en varias ocasiones al telefonillo para

acceder al mismo. Ante la negativa de M.^a Victoria, José Antonio escaló hasta un balcón y se introdujo en dicha vivienda llamando “puta, guarra” a M.^a Victoria, que insistía al acusado que abandonara su domicilio. Lejos de ello, José Antonio golpeó con los puños y piernas a M.^a Victoria, causándola lesiones que tardaron en curar siete días, tras la primera asistencia facultativa, abandonando el domicilio de la lesionada.

(...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero y único.—Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de allanamiento de morada del artículo

202.1 del CP, de una falta de lesiones del artículo 617.1 del mismo Código y de una falta de Vejaciones de su artículo 620.2, imputables al acusado José Antonio.

Auto 271/2001, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 9 de febrero de 2001

VIGILANCIA PENITENCIARIA: EL “FIES” (FICHERO DE INTERNOS DE ESPECIAL SEGUIMIENTO) Y LAS RESTRICCIONES DE DERECHOS.

Arts. 6 a 9 RP; LOGP; LO 5/1992 de tratamiento automatizado de datos de carácter personal; Circular 21/1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante**

SÍNTESIS

Examina el auto que seleccionamos la legalidad de la existencia y régimen jurídico del “fichero de internos de especial seguimiento”, sin plantear óbice a una ni a otro.

Más delicada es la cuestión referida a la repercusión que en la atribución o denegación de derechos penitenciarios se sigue para el interno de su inclusión en este fichero. Se parte de la consideración como “relación de supremacía especial” a la que liga a la Administración penitenciaria con el recluso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El interno ahora recurrente solicitó inicialmente, (...) que se procediera a dejar sin efecto su inclusión en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento porque “se le había denegado la posibilidad de optar a uno de los trabajos del Centro por estar considerado como FIES”; motivo al que añadió (...) otras limitaciones que, según él, comportaba la inclusión en ese fichero, co-

mo dar previamente el número en las comunicaciones telefónicas y no haber obtenido respuesta a peticiones de trabajos no remunerados (...). Posteriormente, en sus escritos de interposición de los recursos de reforma y apelación, hizo también referencia a la falta de motivación del acuerdo de inclusión en el fichero; a la vulneración del artículo 25 de la Constitución que implica, al suponer una sanción sin haber cometido una falta disciplinaria concreta; al no resultar su in-

clusión de la personalidad y características de la persona, que es objeto primario y único del sistema penitenciario de individualización científica, sino de un hecho puramente objetivo: delito, trayectoria penitenciaria, criminalidad organizada o la alarma social, todo lo cual, según su criterio, choca con el principio de individualización de la pena; y a la vulneración del derecho de igualdad contemplado en el artículo 14 de la Constitución, para lo que cita resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid y de Badajoz en las que se ordenó la suspensión de la circular correspondiente.

Segundo.—Varias son las cuestiones que entremezcla el interno respecto al Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES), unas puramente formales y otras relativas a su repercusión en sus derechos penitenciarios, por lo que deben analizarse por separado.

La regulación del tratamiento de los datos relativos a determinados tipos de internos que contiene la Circular 21 /96 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias entronca con Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento automatizado de los Datos de carácter personal y con los artículos 6 a 9 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996.

(...)

No es contraria a derecho, la recolección o almacenamiento de datos que afecten a personas físicas ni su tratamiento automatizado, siempre que se ajusten a las condiciones de esa Ley Orgánica (LORTAD). (...)

En estos casos se exceptúa el consentimiento del interesado —exigido para el resto del tratamiento automatizado de datos de carácter personal— cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias (art. 6.2), lo que implica la correlativa supresión del derecho a obtener la cancelación de esos datos que contempla el artículo 15 de la misma Ley.

En similares términos, el Reglamento Penitenciario vigente también se refiere al tratamiento automatizado de datos sobre los internos.

(...)

Tercero.—(...)

Aparece ajustada a derecho la recopilación de los datos que contempla la circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias mediante la creación de los llamados ficheros FIES y la inclusión en este caso del interno recurrente en uno de los grupos que contempla.

En primer lugar, resulta justificada la creación de esos archivos con la declaración programática que contiene la circular al hacer referencia a la necesidad de conocer las intervenciones de determinados grupos de internos y ejercer un control adecuado frente a fórmulas delictivas complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario (...)

En segundo lugar, no cabe establecer limitación alguna, fuera de las previstas en la anterior normativa, para la recopilación de datos que afecten a los internos y que tengan relación con el objeto de la creación de esos ficheros, pero la propia Circular examinada los restringe a la “situación penal, procesal y penitenciaria” de los internos afectados, lo que constituye un legítimo ejercicio de las facultades a estos efectos contempladas en dicha Ley Orgánica y en el Reglamento Penitenciario. Además, tales datos pueden aportar elementos necesarios para adaptar el tratamiento penitenciario a la personalidad criminal del interno (...).

Por otro lado, la inclusión en un fichero FIES de los datos de un determinado interno no requiere un pronunciamiento motivado. (...) Además, el artículo 6 de la misma LORTAD y el artículo 7 del Reglamento Penitenciario exigen el consentimiento del recluso para el tratamiento de datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios, lo que sería incongruente con la exigencia de una especial motivación y el reconocimiento de un dere-

cho del interno a impugnar su inclusión en alguno de esos ficheros.

(...)

Cuarto.—Cuestión diferente a la legalidad de la creación y mantenimiento de los ficheros FIES, plenamente ajustados al ordenamiento jurídico vigente, es la posible repercusión en el régimen penitenciario de los datos así recopilados.

Con carácter previo, debe resaltarse que la Circular comentada se integra entre los denominados por la doctrina “reglamentos administrativos o de organización”, dictados en el marco de relaciones de “supremacía especial”, en los que la Administración tiene un mayor poder de disposición. (...)

Y, respecto a la consideración de las personas recluidas en un centro penitenciario dentro de las “relaciones de sujeción especial, ha sido reconocida expresamente por nuestro Tribunal Constitucional (...)

Quinto.—El automático reflejo en la situación penitenciaria del interno de los datos recopilados en esos ficheros está prohibida tanto por la LORTAD en su artículo 12 como por el Reglamento Penitenciario, artículo 6.1, ambos citados anteriormente, que impiden la exclusiva fundamentación de las decisiones de la Administración Penitenciaria en el perfil o personalidad del interno deducida de esos datos.

En tal sentido, la propia circular comentada específica que el hecho de estar incluido en la base de datos no puede servir para justificar las limitaciones o restricciones contempladas en la normativa vigente.

El examen posterior de sus concretas disposiciones exige, sin embargo, diferenciar las normas de los apartados A (relativas a internos incluidos en el fichero de internos de especial seguimiento) y B (de régimen cerrado, de control y prevención de incidentes).

A) NORMAS DE SEGURIDAD RELATIVAS A INTERNOS INCLUIDOS EN EL FICHERO DE INTERNOS DE ESPECIAL SEGUIMIENTO (FIES):

Estas normas revelan, en primer lugar, la adopción de cautelas que no constituyen por

sí mismas restricción alguna de los derechos penitenciarios:

(...)

B) NORMAS DE RÉGIMEN CERRADO, DE CONTROL Y PREVENCIÓN DE INCIDENTES:

Más discutible, sin embargo, es el contenido de este apartado de la circular en lo que atañe a su aplicación a los incluidos en los FIES, única cuestión susceptible de ser aquí resuelta.

La primera mención que realizan estas normas (apartado B.1-C) a los internos incluidos en el Fichero de Especial Seguimiento es irrelevante, pues la tenencia los datos de estos internos por la inclusión en este Fichero no significa por sí misma restricción alguna de sus derechos.

Ahora bien, son contrarias al principio antes citado recogido en el artículo 6.1 del Reglamento Penitenciario —prohibición de fundamentar exclusivamente las decisiones de la Administración Penitenciaria en un tratamiento automatizado de datos— varias de las disposiciones recogidas en ese apartado: desde la calificación como “potencialmente peligrosos” a los internos incluidos en ficheros automatizados, lo que permitiría aplicarles las normas establecidas en función de esa peligrosidad, hasta las concretas medidas de seguridad previstas: prohibición de compartir celdas o asignación de contiguas (aunque realmente no existen criterios obligatorios en la Ley o el Reglamento para la asignación de celdas), cacheos y, sobre todo, las referentes a las rondas nocturnas, para las que establece un especial rigor en referencia a los internos en régimen cerrado y que además estén incluidos en ficheros de especial seguimiento.

Por el contrario, condicionados los cambios de celda también previstos en estas normas a “razones de seguridad debidamente justificadas”, lo que exige una motivación específica en cada caso, no se derivarían exclusivamente de la inclusión en este fichero, por lo que en este aspecto tal norma no in-

fringe lo dispuesto en el Reglamento Penitenciario.

Sexto.—Aplicado lo anterior a la situación del interno aquí recurrente, no cabe, sin embargo, estimar la queja que formula.

No se queja el interno de la aplicación de alguna medida de seguridad de las anteriormente vistas por su condición de interno incluido en el FIES. Referida su protesta contra los responsables del Centro Penitenciario a la falta de asignación de un trabajo, aunque fuera no remunerado, posteriormente extendida a su inasistencia a unas clases de tenis o al polideportivo o a no haber sido elegido para un curso de fotografía, ninguna

de estas circunstancias puede ser achacada a su inclusión en ese fichero. La primera, por cuanto la escasez de trabajos, remunerados o no, obliga a una selección de los internos, conforme al artículo 144 del Reglamento Penitenciario (...) Y, en cuanto al curso de fotografía, basada la selección en el interés, conocimiento, conducta y participación en otros cursos, no resulta acreditado que los internos elegidos reúnan unas condiciones favorables inferiores a las de este interno, todo ello sin tener en cuenta la nula relación de esta cuestión con el FIES.

Séptimo.—Desestimado, en consecuencia, el recurso, no se aprecian motivos para una especial imposición de costas.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 8.ª, de 13 de febrero de 2001

LA TENTATIVA EN EL TIPO DE SIMULACIÓN DE DELITO.

Art. 457 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Óscar Morales García**

SÍNTESIS

La circunstancia de que la figura de la simulación de delito requiera para su consumación el resultado típico de que, mediante aquella simulación, se provoquen actuaciones procesales, hace que el delito del art. 457 del CP admita, como aquí acaece, formas imperfectas de ejecución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal si-

guiente: “Fallo: en atención a todo lo expuesto, he decidido: 1. Condenar a Manuel como autor responsable de un delito de simulación de delito, sin la concurrencia de

circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de multa, con cuotas diarias de quinientas pesetas y con responsabilidad personal subsidiaria de tres meses en caso de impago, y al pago de las costas procesales. 2. Abonar al condenado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, que será aplicado, en su caso, al cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En el caso que nos ocupa y frente a la opinión del recurrente ha quedado perfectamente acreditada la realización de parte de los elementos típicos, no así de todos ellos. En efecto, debe partirse de la falsedad de la denuncia efectuada por el acusado, habida cuenta de las declaraciones de la policía sobre la conducción previa del vehículo por el hijo del acusado. (...) Partiendo en consecuencia del hecho cierto de que no existió sustracción, y que dicho extremo se confirma por juicio de inferencia, dado que declarando probado que el vehículo era conducido momentos antes de la colisión por el hijo del acusado queda claro que no pudo estar en ningún caso en compañía de su padre tal

y como éste declara, resta por analizar si concurre el requisito de la provocación de las actuaciones procesales. En este sentido, dicho elemento constituye el resultado material del delito, perfectamente separable espacio-temporalmente de la acción de denunciar una infracción penal inexistente. De modo que, no habiéndose incoado actos procesales de ningún género al conocer la Policía Nacional inmediatamente después de la denuncia que la misma era falsa, el resultado no se produce y el hecho queda en fase de tentativa, que lo será idónea dado que los datos ofrecidos por el acusado hubieran producido sin duda actuaciones procesales tendentes al esclarecimiento de los hechos y la búsqueda de un autor de los mismos —en función de la idoneidad de los datos ofrecidos a la policía— de no haber sido por la interferencia ocasionada por la comunicación policial. (...) Procede en el caso de autos rebajar la pena únicamente en un grado, pues siendo la comunicación policial posterior a la denuncia en comisaría del acusado, el grado de peligro inherente a la acción convierte el hecho en una tentativa acabada. La pena a imponer pues, será de cuatro meses, aun en la mitad inferior del marco penal resultante.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 20 de febrero de 2001

RESPONSABILIDAD DEL GERENTE DE UNA EMPRESA POR ACCIDENTE LABORAL.

Art. 317 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Elisenda Franquet Font**

SÍNTESIS

Examina esta sentencia de apelación la responsabilidad del gerente de la empresa constructora por la caída de un andamio que originó muerte y lesiones a los trabajadores y sitúa la omisión punible del acusado en un mo-

mento anterior al acaecimiento del siniestro, basando el reproche jurídico-penal no en la defectuosa instalación del andamio ni en la ausencia de medidas de seguridad en la ejecución de las obras (materias en las que el gerente no tuvo intervención), sino en la falta de previa verificación por parte del gerente de la idoneidad y calidad de los instrumentos empleados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que debo condenar y condeno a Luis G. M., como autor de un delito contra la seguridad de los trabajadores cometido por imprudencia y de una falta imprudente de lesiones y de homicidio, no concurriendo circunstancia modificativa de responsabilidad criminal alguna.

HECHOS PROBADOS

Se admiten y se dan expresamente por reproducidos los hechos probados declarados como tales en la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El que constituye el primer y principal argumento de los recursos analizados hace referencia, como se dijo, a la cuestionada responsabilidad del acusado, del gerente de la empresa constructora, en cualquier materia relacionada con las deficiencias que presentó el andamio que se desplomó, arguyendo que tales no eran cuestiones de su competencia.

Lo fundamental en el caso de autos es centrar cuál fue la auténtica causa del accidente, y ello según lo expuesto en los informes técnicos elaborados al efecto (...) Dichos informes convienen en aseverar que el desgraciado accidente se debió a que se cayó uno de los cuellos del andamio (constituidos por dos tablonés de madera situados

en la terraza del ático del edificio cuya fachada trasera rehabilitaba la empresa). (...) La caída de la estructura se produjo al desprenderse uno de los dos cuellos, el derecho, y quedar colgando el andamio motorizado en que se hallaban las tres personas accidentadas (dos fallecieron y una sufrió lesiones diversas), cediendo a su vez el propio andamio, que se desplomó al vacío, cayendo con él dos de las personas mencionadas y pudiendo sujetarse a una cuerda la tercera, pese a lo cual finalmente también se precipitó.

La causa de esta caída inicial que derumbó toda la estructura se ubica tanto en una deficiencia en los medios usados para montar el entramado como en lo defectuoso del propio montaje, así como en la ausencia de las debidas pruebas y controles de funcionamiento correcto, que implicaba la revisión de la estructura, antes de que la misma se pusiera en funcionamiento. Igualmente se menciona, no como causa del siniestro, obviamente, pero sí como medida que de haberse adoptado hubiera podido tener consecuencias en el resultado final del mismo, la ausencia absoluta de medidas de seguridad individuales en los trabajadores, pues no llevaban ni cascos ni arneses o cinturones de seguridad.

De lo anterior se desprende que la original causa del accidente se sitúa en un punto anterior a aquel que pretenden los recurrentes, es decir, los mismos consideran que la última palabra sobre el montaje de la estructura, su viabilidad, o las propias medidas de seguridad, era del aparejador, persona que no se halla acusada en este procedimiento, y

que previamente a esta supervisión quien tomaba las decisiones era el encargado de la obra, el fallecido en el propio accidente Sr. Angel H. P.; ello no se admite, de la descripción de la producción del suceso lo que se desprende es que las causas del siniestro se sitúan en unos materiales inadecuados para montar un andamio, una estructura segura y resistente, que permitiera efectuar la obra obviando los problemas que pudieran surgir de la utilización de las medidas adecuadas en ese ámbito. Los materiales proporcionados por el empresario, indudablemente, o que éste tenía disponibles para construir la estructura que debía sujetar el andamio colgante motorizado no eran adecuados, y de ello derivó que la construcción de ese entramado sufriera deficiencias de base, que impedían su correcta y sólida sujeción. Derivar de ello que incurrieron en responsabilidad el aparejador o el encargado de la obra no es factible. (...)

Tercero.—Así pues, y partiendo del tipo básico aplicado por el Juez a quo, a pesar de que posteriormente introdujera también la modalidad imprudente sobre el mismo, considerando que la omisión no fue dolosa, el art. 316 del Código Penal describe como sujeto activo del delito al que estando legalmente obligado, y con infracción de normas de prevención de riesgos laborales, no faciliten..., no existiendo duda, por lo más arriba expuesto, de que la responsabilidad sobre la causa originaria del siniestro fue del acusado —sin perjuicio de que ello no implica negársela en facultades de supervisión y control posteriores, como ya ha quedado apuntado, a pesar de que pretenda que su labor era meramente administrativa, siendo aplicable en este punto lo acertadamente señalado por el Juez a quo sobre el particular—. Notándose que si bien es cierto que en

el delito que nos ocupa a la responsabilidad del empresario no excluye la de sus delegados de entrada, también debe tenerse en consideración que para atribuir únicamente responsabilidad a estos delegados excluyendo al propio empresario, como de manera principal plantean ambos recurrentes, él debe haber dado cumplida y positiva satisfacción de sus obligaciones, poniendo a disposición de tales delegados los medios necesarios, de manera que directamente la omisión, o la imprudencia si es de aplicación el art. 317 del Código Penal, sea de ellos. Circunstancia que ya ha quedado expuesto que no se da en el presente caso.

Así pues, la no facilitación de los medios adecuados para garantizar la seguridad de los trabajadores en la obra de rehabilitación de fachada, omisión que ponía en grave peligro su vida o integridad, se produjo, y sólo al empresario es atribuible.

El Juez a quo aplicó sobre el tipo básico que define el delito, la modalidad imprudente, prevista en el artículo siguiente al hasta el momento analizado, el 317 del Código Penal. Considerando como mera infracción involuntaria de la diligencia debida en relación a sus obligaciones empresariales esa omisión, ese no facilitar las medidas o los instrumentos adecuados para garantizar, con el uso de los mismos, su montaje y la posterior utilización de toda la estructura a los fines que le son propios, un grado de seguridad que no excediera del que normalmente conlleva, es innegable, este tipo de trabajo. Aplicación de dicho precepto, en cuanto a la consideración que la modalidad que realmente concurrió fue la imprudente y no la dolosa, que no puede ser modificada en este estadio en virtud del principio de interdicción de la “*reformatio in peius*”, al no haber combatido la resolución ninguna acusación.

Sentencia 54/2001, AP MADRID, Sec. 7.^a, de 20 de febrero de 2001

DELITO SOCIETARIO: IMPEDIMENTO A LOS SOCIOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y ASISTENCIA A JUNTAS GENERALES.

Art. 293 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio Alonso Suárez**

SÍNTESIS

No es excusa que elimine la aplicación del tipo del art. 293 del CP la alegación del condenado de que, quienes solicitaban la información eran ya sabedores de su contenido; ni puede impedir la asistencia a la Junta General de quien, con independencia de que haya acreditado formalmente o no su condición de accionista, le consta plenamente al acusado dicha condición. (En este mismo número de la Revista de Derecho Penal incluimos otra condena por impedimento a los socios de ejercer el derecho a la información: Sentencia 1830/2000 de la sección 5.^a de la AP de Madrid.)

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Hechos Probados (...): Andrés A., accionista de la empresa con un 30% del capital, remite burofax al acusado requiriéndole se le faciliten, con carácter previo a la Junta, los siguientes documentos: ejemplar íntegro de las Cuentas Anuales de 1997, incluido el informe de auditor; copias de las actas de los Consejos de Administración celebrados con posterioridad al 1 de enero de 1997 y ejemplar íntegro de los documentos acompañados con la solicitud de la declaración de suspensión de pagos. El acusado ni contesta a tal requerimiento, ni facilita los citados documentos. Lo mismo y por el mismo conducto, intenta el accionista José Luis L. B., igualmente sin éxito. (...) Los accionistas José Luis L. y Andrés A. confieren representación a Daniel P. C. para que en su nombre y en representación del capital que os-

tentan asista a la Junta General de Accionistas. El acusado impide que Daniel P. C. asista a la citada Junta, ni en su propio nombre, pues es titular de una acción, ni en el de José Luis L. Y Andrés A. a quienes representaba con una excusa formal improcedente, hasta el punto que fue declarada nula dicha Junta General Extraordinaria en virtud de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid pendiente de apelación.

HECHOS PROBADOS

Se acepta el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.—(...) 2. Indica, el recurrente la inexistencia de actividad empresarial en el periodo marzo-julio de 1998, y enlaza con

tal afirmación la inexistencia de novedades que fuesen desconocidas por los querellantes. Al margen de que esté o no probada la existencia de la actividad empresarial en el período indicado, lo cierto es que tal disquisición es también irrelevante, desde el momento en que no empece para nada el derecho de información de que gozan los accionistas. Al margen de que los requirentes, ahora querellantes y acusadores, hubiesen sido o no administradores de la sociedad, y que en el período indicado (cuando dejaron de serlo) hubiera habido o no actividad empresarial, lo cierto es que mantienen su pleno y perfecto derecho a ser informados de la marcha de la empresa. (...)

3. El recurrente dice, que en ese período de marzo a julio de 1998 el administrador sólo realizó las funciones que indica. Cabría añadir que nada menos. En todo caso es, al igual que los hechos anteriores, algo perfectamente irrelevante para lo aquí enjuiciado. Recordemos que el contenido objetivo, desde el punto de vista fáctico, de este juicio tiene que ver con los hechos narrados por las acusaciones, sobre los que se abre el juicio oral, y sobre los que el Juez de lo Penal debe, una vez realizada la vista oral, pronunciarse en la sentencia.

(...)

5. Pretende el recurrente que se declare no acreditado que Daniel fuese impedido

para acudir a la junta de un modo ilegítimo. Se remite al acta notarial (...) La cuestión ha sido objeto de impugnación jurisdiccional en el orden civil, tal y como refiere el propio Juez de lo Penal. Sin embargo, entendemos que no constituye una cuestión prejudicial, y como viene a sugerir el Juez de lo Penal, la cuestión puede ser resuelta, sin problema, en el orden jurisdiccional penal, al ser un elemento intrínseco para el enjuiciamiento desde el punto de vista del tipo penal. Los estatutos califican de requisito "esencial" para asistir a la junta el depósito con un día de antelación a la celebración de la misma. Y tal requisito se cumplió, al tenor de los antecedentes documentales existentes en las actuaciones. Pero, al margen de ello, está claro que tal requisito, aunque los estatutos lo califiquen "esencial", no deja de ser un requisito de carácter puramente formal. Lo decimos porque, lo que se desprende de todo el contenido de las actuaciones, es que el acusado tenía plena y perfecta constancia de la cualidad en la que concurría Daniel a la junta de accionistas convocada para el día 20 de agosto, a quien representaba, y cuál era el capital por él representado en consecuencia. Es decir, conocía perfectamente la dimensión material de la representación, que no podía negar por una cuestión puramente formal, como bien la califica (aunque en un lugar inadecuado) el Juez de lo Penal. (...)

Sentencia 106/2001, AP VALENCIA, Sec. 2.ª, de 6 de marzo de 2001

ABORTO CON DOLO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS.

Art. 144.1 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan José Zapater Ferrer**

SÍNTESIS

Además del delito de asesinato, condena la Sala por delito de aborto doloso por entender que el acusado era consciente y sabía que al matar a su

esposa embarazada de ocho meses, ocasionaba también la muerte del feto. Del relato de hechos probados fluye con nitidez que el acusado se representó la muerte del feto como necesariamente unida a su acción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

El procesado Pedro José N. M., (...) se hallaba separado de su esposa M.^a Carmen M. P., (...) pero desde agosto de 1995 habían reanudado su convivencia (...) M.^a Carmen se encontraba embarazada de ocho meses y medio y por este motivo el día 6 de octubre de 1995 tenía que acudir al Hospital. (...) Sobre las 8 horas de la mañana de ese día se produjo una fuerte discusión entre ambos, en el curso de la cual ella quiso huir de la casa abriendo la puerta de la vivienda, pero el procesado la introdujo de nuevo, cerrando violentamente la puerta y con ánimo de darle muerte y con conocimiento de que con ello provocaba igualmente la muerte del hijo próximo a nacer, la cogió por el cuello presionando hasta que quedó desvanecida y como observó que seguía con vida la remató estrangulándola. Dejó el cadáver en el mismo lugar quedándose él en la casa hasta las 12 cuando trasladó el cuerpo mediante una manta hasta el cuarto de baño en donde la dejó en el suelo, marchándose luego a su trabajo hasta las 22'30 horas, y a su regreso colocó el cuerpo en el polibán, procediendo luego a descuartizarlo, utilizando un cuchillo, introdujo las partes en bolsas, y a continuación se dirigió al pantano donde tiró algunas, y enterró en varias partes en el campo las restantes, de las cuales únicamente se pudo encontrar los huesos propios de un brazo de la fallecida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los hechos declarados probados constituyen un delito de asesinato del artículo 139.1 del Código Penal, en concurso ideal con otro delito de aborto del artículo 144, párrafo 1.º, del mismo Código, con aplicación del artículo 77, ley penal que se aplica por resultar más beneficiosa para el reo de conformidad con el efecto retroactivo establecido en el artículo 2.2 del Código Penal, puesto que los hechos tuvieron efecto antes de la entrada en vigor del mismo, y por tanto el Código Penal vigente entonces establecía una pena de reclusión mayor (de 20 años y 1 día a 30 años) para el delito de asesinato en su artículo 406, y prisión mayor (de seis años y un día a 12 años) en su artículo 411 para el de aborto, por concurrir todos los elementos que configuran la conducta típica constituida por el hecho de dar muerte dolosamente a una persona concurriendo en este caso la circunstancia de alevosía, en el asesinato, y la producción también dolosa del aborto, sin consentimiento de la mujer en el delito de aborto, siendo en este caso el dolo de consecuencias necesarias, porque el sujeto sabe que con su acción se va a producir necesariamente el resultado, la muerte de la embarazada acarrearía la del feto, conociendo perfectamente su estado.

Sentencia 121/2001, AP MADRID, Sec. 2.ª, de 6 de marzo de 2001

PACTOS EXTRAJUDICIALES SOBRE PENSIONES ALIMENTICIAS Y DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA.

Arts. 487 bis Código Penal 1973 y 227 Código Penal 1995

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Susana Polo García**

SÍNTESIS

La existencia de pacto entre los cónyuges para modificar las pensiones alimenticias fijadas en resolución judicial es irrelevante para determinar la cuantía y exigibilidad de la deuda en el plano civil. Pero, desde la perspectiva penal, puede dar lugar a la existencia de error y a la ausencia de elementos subjetivos del tipo que, como en el caso que viene en consideración, determinan la absolución de quien fue acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—En el Juicio Oral de referencia se dictó Sentencia (...) cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: “Que debo condenar y condeno a Régulo F. R., como autor responsable de un delito de abandono de familia, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de arresto de diez fines de semana, así como al abono de las costas procesales. En vía de responsabilidad civil el condenado indemnizará a Dña. Milagros G.-C. S., a la cantidad total de 1.735.000 pesetas.”»

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Segundo.—Poniendo en relación todo lo dicho anteriormente con el supuesto analizado, no comparte este Tribunal el criterio mantenido por la Juez de Instancia con res-

pecto a los acuerdos extrajudiciales de las partes, que estima que en nada afectan a la existencia del delito. Ciertamente es, como se expone en la Sentencia, que el derecho del hijo a percibir de sus progenitores la pensión alimenticia se halla sustraído a la disponibilidad de éstos y que, por tanto, los acuerdos que los padres pudieran realizar sobre esta materia carecen de validez, conclusión a la que llegamos tras el examen conjunto de los artículos 154, 151 y 166 del Código Civil. Ahora bien, su ineficacia en el orden civil, lo que determinará que la deuda generada por el impago de la pensión a consecuencia del acuerdo sea plenamente exigible en el ámbito civil, no significa necesariamente, como se concluye en la Sentencia recurrida, que tampoco deba producir efectos en el ámbito penal, en tanto que la ineficacia del pacto, ya que el acusado no nos consta que tenga formación jurídica, no es una cuestión cuyo conocimiento deba suponersele, de

forma tal que pudo lógicamente creer que ese pacto excluía la obligación de pago imputada en la Sentencia. (...) Todo ello nos sitúa por un lado, en el terreno del error, en cuanto que el pago parcial es fruto de la errónea creencia del acusado de que, en virtud de los citados acuerdos, no estaba obligado a satisfacer íntegramente la pensión alimenticia a favor de sus hijos (...)

Por otro lado, no se evidencia tampoco el elemento subjetivo de una voluntad rebelde,

contumaz e injustificada del acusado, como elemento subjetivo del tipo, de incumplimiento de la obligación económica para con su hijo, merecedora de reproche penal.

En virtud de lo expuesto procede revocar la Sentencia de instancia y en virtud del artículo 14.1 del Código Penal absolver al acusado del delito de abandono de familia imputado, sin perjuicio de la reclamación en la Jurisdicción Civil de las prestaciones impagadas.

Sentencia 92/2001, AP VALENCIA, Sec. 4^a, de 6 de abril de 2001

DELITO CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. MODALIDAD OMISIVA DOLOSA.

Art. 316 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Megía Carmona**

SÍNTESIS

Dos trabajadores quedaron sepultados y fallecieron al trabajar en una zanja sin que los responsables de dirigir la obra adoptaran las medidas de seguridad adecuadas. La sentencia de apelación niega que nos encontremos ante un delito imprudente en el sentido del art. 317 del CP y confirma la condena por la omisión dolosa del art. 316 del mismo cuerpo legal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: “Los acusados Bartolomé G. B. y Antonio G. E., (...) venían desempeñando, en la obra de acondicionamiento y refuerzo del firme en el tramo de carretera (...) funciones de ingeniero técnico el primero de los acusados y de encargado de obra el segundo de ellos,

procediéndose a la excavación de una zanja que no se ajustaba en sus dimensiones a las indicadas en el proyecto de obra, (...) dando la orden el acusado Antonio G. E., al inicio de la jornada a José Vicente C. M., que manejaba una máquina excavadora, para que iniciara la excavación de la zanja, y una vez que se hubiera alcanzado la profundidad deseada, en una extensión suficiente para colocar los primeros tubos de hormigón (...)

bajara hasta el fondo a cuatro obreros para ir preparando y nivelando el fondo, colocarlos primero de tal forma que una vez colocados los primeros tubos mientras los obreros se introducían en el interior de los tubos ya colocados, la máquina excavadora continuaba avanzando en la excavación, hasta que el trabajo fue interrumpido para el almuerzo de los trabajadores. Concluido éste, Antonio G. consideró que no eran necesarios los cuatro trabajadores para el trabajo que había que hacer, y ordenó que sólo bajaran al fondo de la zanja los trabajadores Manuel S. M. y Eladio S. M. La zanja (...) no fue entibada convenientemente porque ni los acusados dieron orden de que se entibara, ni existían materiales para ello en el lugar, a pesar de que la composición del terreno era en parte de materiales sueltos, tenía un elevado grado de humedad y se construían junto a una carretera que continuaba abierta al tráfico. Así las cosas, a las 10'30 horas, cuando los dos trabajadores mencionados, se encontraban en el fondo de la zanja realizando los trabajos que se les había ordenado, se produjo un desprendimiento de la tierra de las paredes de la zanja, sepultando a los trabajadores S. M., que fallecieron por asfixia. Los herederos de los fallecidos han renunciado a toda reclamación al haber sido indemnizados a su satisfacción.”

Segundo.—El Fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice: “Que debo condenar y condeno a Bartolomé G. B. y Antonio G. E., en concepto de autores responsables, voluntarios y directos de un delito contra la seguridad e higiene en el trabajo, a la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y multa de seis meses con cuota diaria de mil pesetas, a cada uno de ellos, y pago de costas entre ambos por mitad e iguales partes.”

Tercero.—Notificada dicha sentencia a las partes por la representación de Bartolomé G. B. y Antonio G. E. se interpuso contra la misma recurso de apelación, el cual

substancialmente fundó error en la apreciación de la prueba e infracción de precepto legal.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos probados de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El segundo motivo de recurso sostiene que en base a los hechos declarados probados, el Juez incurre en una infracción de precepto legal, pues no son constitutivos del delito por el que vienen condenados los recurrentes.

Sexto.—Niegan los recurrentes que la conducta omisiva que se reprime en el tipo aplicado pueda apreciarse en su actuar, afirmando que, en todo caso, el actuar constituiría un delito de imprudencia del artículo 317 CP del que no han sido acusados, y que la acción del artículo 316, que les ha sido aplicado, se agota con la conducta omisiva en él descrita. Esto no soporta la menor crítica; lo que se castiga en el artículo 317 es la forma imprudente del delito previsto en el artículo anterior, que es doloso. Tal vez éste, intuuyendo el apelante que además de este delito (otra cuestión distinta sería si por la vía del concurso sólo hubiera un delito a penar) podían los acusados haber soportado otra imputación por un delito de homicidio imprudente del artículo 142 del C.Penal, lo que, afortunadamente para ellos, no ha sucedido. Pero no cabe negar que rellenaron las previsiones del artículo 316, pues no basta, ya se ha dicho, hacer una observancia general o testimonial de las medidas de seguridad y luego no constatar su efectivo cumplimiento.

Y siguen negando que no existiese peligro concreto, lo que es una auténtica paradoja ante la realidad de las muertes producidas, que releva de cualquier mayor argumentación: la actividad era tan peligrosa y necesitada de un control tan riguroso que, de no hacerlo así, se podría ocasionar un daño a

las personas que allí trabajaban. Y niegan que se puede encontrar en ellos dolo, insistiendo que sólo cabría un reproche por el 317; el dolo específico de este delito se encuentra sin forzamiento en el actuar de los recurrentes, pues sabían lo que tenían que hacer y no hicieron, consciente y voluntariamente, no por olvido u omisión siempre difícil de entender concurrente en profesionales con la experiencia que dicen tener y afirman en el recurso, sin que quepa entender que el recurrente Bartolomé G. B. esté exento de responsabilidad porque hubiese indicado al otro cómo debería hacerse la obra. Esto no le exime de la obligación derivada de su superior dirección de comprobar la

efectividad del cumplimiento de la obra y de la constatación de las medidas y de que la obra se estaba llevando sin riesgo. Por lo demás, afirmar que los muertos lo fueron por una imprudencia propia al no seguir las instrucciones que habían recibido pugna con la realidad incontrovertida y sólo se explica por estar hecha con la seguridad que no va a poder ser contradicha por aquéllos frente a los que se hace.

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 2/2001, SOBRE INCIDENCIA DE LAS LEYES ORGÁNICAS 7 Y 9/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN DE MENORES

I. INTRODUCCIÓN

La LORPM responde a un ambicioso y loable propósito de modernización y perfeccionamiento de la jurisdicción de menores que, precisamente por el largo alcance de su vocación transformadora, se materializó a través de un proceso legislativo no exento de controversia y debate, el cual no quedó definitivamente cerrado con la publicación del texto original de la LORPM en el BOE de 13 de enero de 2000.

La tensión creadora liberada en este arduo empeño legislativo determinó, por el contrario, la reforma del texto de la Ley en período de *vacatio* por medio de las Leyes Orgánicas n.º 7 y 9 del año 2000, de 22 de diciembre, que introducen relevantes modificaciones en la configuración original de la misma tanto en el artículo segundo LO 7/2000, que entra en vigor simultáneamente con la LORPM, el 13 de enero de 2001, como en el Capítulo II LO 9/2000, que entra en vigor al día siguiente de su publicación —24 de diciembre de 2000—.

Aunque estas Leyes no aspiran, al menos explícitamente, a efectuar ninguna variación sustancial en el ámbito de los principios inspiradores de la jurisdicción de menores, los cambios que introducen no son en absoluto de detalle, pues tienen una trascendencia mayor de lo que su fragmentariedad da a entender en una primera lectura. Estos cambios demandan un estudio específico que complemente e integre las consideraciones efectuadas en la anterior Circular n.º 1/2000, que por la fecha en que vio la luz —18 de diciembre de 2000— no pudo entrar en el análisis del texto reformado.

Tras varios meses de vigencia de la LORPM, la experiencia acumulada en tan breve tiempo ha servido para constatar el profundo impacto que la Ley ha producido en la opinión pública, en cuyo seno se ha manifestado una acuciante demanda de eficacia en el tratamiento del fenómeno de la delincuencia de

menores, particularmente en relación con las manifestaciones criminales más perturbadoras de la convivencia por su particular carga de violencia, revelando al mismo tiempo la necesidad de criterios claros y uniformes en la aplicación de la Ley, especialmente por parte de quienes tienen encomendada la instrucción de las causas.

A la especial sensibilización de la opinión pública en torno al problema creado por la participación de menores en actos delictivos de naturaleza terrorista responden, en parte, las importantes novedades orgánicas, competenciales, procesales y sustantivas comprendidas en el artículo segundo de la LO 7/2000, cuya exposición de motivos se extiende en consideraciones diversas sobre la necesidad de conciliar los principios educativos inspiradores de la LORPM con la protección eficaz de los bienes constitucionales más directamente comprometidos por la amenaza terrorista.

Afirma el legislador su vocación preservadora de los principios básicos inspiradores de la jurisdicción de menores, estableciendo sin embargo las mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos, así como para que la aplicación de las medidas rehabilitadoras se desarrolle en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados y por un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador.

La regulación nueva acentúa el efecto punitivo de las medidas al ocuparse del tratamiento de la delincuencia juvenil de naturaleza más grave, por lo que el alcance de la reforma instrumentada por medio de la LO 7/2000 en el sistema de medidas educativo-sancionadoras se revela desde el principio más amplio y trascendente de lo que la propia exposición de motivos anuncia.

Para empezar, el círculo de delitos cuyo enjuiciamiento se ve afectado por la nueva regulación no se restringe a los caracterizados por sus connotaciones terroristas, sino que abarca con carácter general a todos los delitos de gravedad especialmente cualificada, con independencia de su motivación, comprendiendo los delitos de homicidio doloso, asesinato, las formas más graves de agresión sexual y en general todo delito que tenga prevista en el Código Penal la aplicación de pena de prisión de duración igual o superior a los quince años de acuerdo con el enunciado de la Disposición Adicional Cuarta LORPM.

La reforma se caracteriza por la prioridad que otorga a la medida de internamiento en régimen cerrado, la notable extensión de su duración y la consiguiente ampliación de los límites máximos de cumplimiento, que redundará en un uso más frecuente de la pena de prisión sobre aquellos infractores que cumplidos los 23 años de edad tengan todavía pendientes medidas de internamiento. Se prolonga también en el tiempo la perseguibilidad de los delitos y la exigibilidad del cumplimiento de las medidas mediante la aplicación directa del CP en materia de prescripción.

Merece destacarse también la suspensión por un plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la LORPM de la posible aplicación de la misma a infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años de acuerdo con la Disposición Transitoria Única LO 9/2000.

De amplio calado resulta a su vez la reforma orgánica y competencial que supone la creación del Juzgado Central de Menores con el consiguiente desplazamiento en su favor de la competencia objetiva para el enjuiciamiento de los delitos de naturaleza terrorista comprendidos en los artículos 571 a 580 CP y la congruente asignación de competencia funcional a la Audiencia Nacional para la resolución de los recursos devolutivos que se interpongan contra las decisiones de aquél, así como la especialización del personal comprometido en el cumplimiento de las medidas cautelares y educativas aplicadas a la delincuencia terrorista.

La LO 9/2000, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, dedica su Capítulo II a la adaptación de la LOPJ al texto reformado de la LORPM, con varias previsiones relativas a la especialización de la jurisdicción de menores, funciones del Secretario Judicial en las secciones de menores de las Fiscalías y competencia de las Audiencias Provinciales para resolver los recursos contra las decisiones de los Jueces de Menores, entre otras materias.

En síntesis, las modificaciones introducidas por estas dos Leyes Orgánicas se pueden condensar en los siguientes aspectos a efectos de su análisis particularizado:

- Nueva articulación de las medidas educativo-sancionadoras.
- Reformas orgánicas y competenciales.
- Otras especialidades en materia de prescripción y de tratamiento de la delincuencia juvenil terrorista.

Sobre estas materias se hilvanan algunos problemas de coordinación de las Fiscalías derivados precisamente de las competencias asumidas por la Audiencia Nacional que demandan también un tratamiento específico.

II. NUEVA ORDENACIÓN DE LAS MEDIDAS EDUCATIVAS

II.1. Inhabilitación absoluta.

El artículo segundo de la LO 7/2000 modifica los artículos 7 y 9 LORPM y adiciona la Disposición Adicional Cuarta, estableciendo un sistema de aplicación de medidas educativas sensiblemente diferente del que resultaba del texto original.

Lo que primero llama la atención es la incorporación mediante el artículo segundo, apartado primero LO 7/2000, de una nueva medida educativo-sancionadora en la letra n) del artículo 7 LORPM, la inhabilitación absoluta, cuyo efecto determina la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos de la persona a la que se impone, aunque fueren electivos, así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

La inhabilitación absoluta se aplica sólo a los casos de delito de terrorismo previstos en los artículos 571 a 580 CP, de acuerdo con la remisión que el artículo 7.1.n), hace a la Disposición Adicional Cuarta, la cual en el último párrafo de la letra c) de su apartado 2 circunscribe de modo explícito su campo de aplicación a esa clase de delitos.

La reforma es consecuente con el nuevo texto dado al artículo 579.2 CP por el apartado décimo del artículo primero de la LO 7/2000, y atiende a un mismo propósito que la exposición de motivos de la norma hace explícito: reforzar las instituciones democráticas y representativas y la dignidad de la función que ejercen quienes resultan elegidos para desempeñarlos, limitando la posibilidad de acceso a los mismos de quien ha atentado gravemente contra la democracia y el Estado de Derecho.

La inhabilitación se cumple simultáneamente con la medida de internamiento en régimen cerrado y prolonga su vigencia durante un período de tiempo posterior a la extinción de éste con el fin de evitar el acceso inmediato o próximo del condenado a cargos públicos o representativos tras ganar la libertad.

Esta medida nace y se configura con un marcado paralelismo con la pena de inhabilitación absoluta prevista para casos de terrorismo en el artículo 579.2 CP, que pasa a tener naturaleza de pena principal conjunta superando la situación precedente en que operaba en su caso como pena accesoria limitada a la extensión de la pena principal de prisión de diez o más años de duración (art. 55 CP).

A este fin, el legislador pone énfasis especial en que su duración sea superior entre cuatro y quince años a la medida de internamiento en régimen cerrado, si bien atendiendo proporcionalmente en su aplicación a la gravedad del delito, al número de los delitos cometidos y a las circunstancias del menor.

En el caso de que la medida de internamiento vea reducida su duración como consecuencia del ejercicio de las facultades previstas en los artículos 14 y 51 LORPM dentro de los límites de la Disposición Adicional Cuarta, 2, c), —que exige el cumplimiento efectivo de al menos la mitad de la duración impuesta en sentencia— la LORPM no nos ilustra acerca de si la inhabilitación debe compartir la misma suerte.

Entendemos que el silencio de la Ley autoriza una interpretación favorable, pues si lo que se pretende es diferir un tiempo el acceso del responsable del delito a cargos públicos o representativos tras el cumplimiento del internamiento, alzado éste nada obsta a que dé comienzo el cómputo del período de cumplimiento sucesivo de la inhabilitación, que se cuantifica en la Ley entre cuatro y quince años.

Por otra parte, siendo el número de delitos cometidos uno de los criterios señalados por la Ley para su individualización judicial, la medida se impondrá al menor condenado por varios delitos conexos de una sola vez, como medida única comprensiva del desvalor global de las diversas conductas imputadas y del reproche social a que se haya hecho merecedor.

En cuanto a la determinación de su duración, la Disposición Adicional Cuarta precisa que su cálculo se hará sobre la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado, presuponiendo de alguna manera que los diversos delitos enjuiciados en un solo proceso habrán de ser objeto de una sola medida de internamiento.

Como ya se dijo en la Circular 1/2000, en caso de pluralidad de hechos delictivos se puede optar por imponer al responsable una sola medida o varias, tal y como autoriza el artículo 11.1 LORPM. Cuando se aplique una sola medida de internamiento, la duración de la inhabilitación se fijará sobre la misma, pero en los casos en que se opte por la imposición de varias medidas de internamiento, la extensión de la inhabilitación tendrá que determinarse atendiendo a la suma de la duración de las mismas, respetando en su caso el límite máximo de cumplimiento resultante de la aplicación combinada del artículo 13 y de la Disposición Adicional Cuarta, 2, c), apartado 3 LORPM, conforme a los cuales el tiempo de cumplimiento de las medidas no susceptibles de ejecución simultánea no puede superar el duplo de la duración de la medida más grave impuesta, con un límite máximo de 8 o de 10 años, según la naturaleza y gravedad de los delitos enjuiciados.

Por lo demás, la inhabilitación como tal puede ser también objeto de reducción, sustitución o alzamiento en fase de ejecución en aplicación de los artículos 14 y 51.1 LORPM. No obstante, la finalidad específica que la Ley atribuye a esta medida, como medio de preservación de las instituciones democráticas, hace difícilmente concebible su sustitución por otra, por lo que lo más apropiado será acordar su alzamiento o reducción temporal en función de la evolución personal y educativa del menor, una vez se haya superado un período de tiempo prudencial en el que el reproche social de la conducta haya quedado suficientemente expresado y una vez quede claro que la participación del condenado en cargos públicos no representa ningún riesgo relevante para el funcionamiento de las instituciones.

II.2. La nueva ordenación sistemática del catálogo de medidas.

La introducción de la Disposición Adicional Cuarta en la LORPM ha contribuido a desmontar la unidad sistemática en materia de aplicación de medidas decantándose definitivamente por un sistema doble en el que se diferencia un régimen general basado en el principio de flexibilidad y en la libertad de elección, con ciertas restricciones, de la medida más acorde con las necesidades educativas del menor —artículo 9 LORPM— de un régimen especial, circunscrito a determinados tipos delictivos, que se caracteriza por la predeterminación legal de la medida a imponer, y la limitación de la discrecionalidad judicial a la mera expresión de su duración temporal.

Bien es cierto que en la redacción original del artículo 9.5 ya se preveía como régimen excepcional la aplicación unívoca de medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración y libertad vigilada sucesiva hasta un máximo de cinco años para los delitos de terrorismo, homicidio doloso, asesinato y agresión sexual de los artículos 179 y 180 CP, pero con la nueva redacción las especialidades adquieren mayor autonomía y sustantividad, pues se extienden a otros tipos delictivos distintos, incorporan a los menores de 16 años y agravan considerablemente el contenido afflictivo de las medidas.

Incluso en el régimen general de aplicación de medidas, se introduce algún automatismo que antes no existía, como es el caso de la regla quinta del artículo 9 LORPM en relación con la valoración de la reincidencia. La LO 7/2000 modifica esta regla 5.^a al introducir el adverbio “siempre” en el primer inciso del párrafo 3.º, que se queda sólo en el texto, de modo que la reincidencia pasa a ser una circunstancia que obliga a considerar de extrema gravedad toda conducta calificable como delito en el que concurra violencia o intimidación o que suponga un grave riesgo para la vida o integridad de las personas.

El recorte que sufre la discrecionalidad del Fiscal en la selección de la medida a solicitar y consiguientemente del Juez en su aplicación es extraordinaria y supone, pese a la aparente modestia formal del cambio operado en la norma, una restricción de amplio alcance a la vigencia y eficacia de uno de los principios nucleares de la jurisdicción de menores: el principio de flexibilidad.

Por otra parte el régimen específico de aplicación de medidas contenido en la Disposición Adicional Cuarta pasa a abarcar el homicidio doloso y asesinato (artículos 138 y 139 CP), agresiones sexuales cualificadas por concurrir acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal (artículos 179 y 180 CP), delitos de terrorismo (artículos 571 a 580 CP), y en general cualesquiera otros delitos sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años, con notable endurecimiento de la respuesta educativo-sancionadora.

Aquí el mayor rigor se traduce en una restricción relevante del principio de flexibilidad, limitando la capacidad del Juez para seleccionar la medida en fase

de aplicación, al obligarle a decantarse necesariamente por la medida de internamiento en régimen cerrado, y para modular su ejecución, al prohibirle ejercer la facultad general de suspender, sustituir o alzar la medida de internamiento en tanto no haya transcurrido la mitad del tiempo por el que hubiere sido impuesta en Sentencia.

Destaca especialmente la ampliación notable que sufre el límite máximo de duración del internamiento en comparación con la redacción original de la LORPM, que lo fijaba en cinco años para los mayores de 16 años, y en dos para los menores de dicha edad. Con la nueva redacción, los menores de 16 años que cometan alguno de los delitos enumerados en la Disposición Adicional Cuarta LORPM pueden sufrir un internamiento en régimen cerrado de hasta cuatro años de duración, complementado por una medida de libertad vigilada hasta un máximo de tres años y los mayores de 16 años pueden sufrir un internamiento en régimen cerrado de hasta ocho años de duración, seguido de hasta cinco años de libertad vigilada [Disposición Adicional Cuarta, 2, c), párrafos 1 y 2].

La medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años, y de cinco años para los menores de dicha edad, cuando fueren responsables de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos entre los artículos 571 a 580 del Código Penal [Disposición Adicional Cuarta, 2, c), párrafo 3 LORPM].

Lo más significativo de la reforma, sin embargo, no radica en la extensión mayor de las medidas, sino en el hecho de que la Ley asocia a determinados delitos determinadas medidas, reduciendo la discrecionalidad judicial a la determinación cuantitativa de la duración temporal de las mismas. La Disposición Adicional Cuarta refuerza por ello el sistema especial de aplicación unívoca y predeterminada de medidas, segregando del régimen general del artículo 9 los delitos comprendidos en la citada Disposición a los que necesariamente se han de aplicar las medidas de internamiento en régimen cerrado, libertad vigilada y en su caso inhabilitación absoluta en los términos fijados en la misma, desvinculándose de las condiciones generales exigidas en el artículo 9, 4.^a y 5.^a LORPM.

En lo que se refiere a la modulación de la ejecución, tratándose de medidas impuestas por hechos cometidos por mayores de dieciséis años, no pueden ser dejadas sin efecto, reducidas, sustituidas o suspendidas en tanto no haya transcurrido el menos la mitad de la duración de la medida de internamiento. Esta restricción no es enteramente novedosa, pues la redacción original del artículo 9.5 ya preveía que no pudiera hacerse uso de las facultades del artículo 14 y 51.1 LORPM en tanto no hubiera transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Lo que resulta nuevo es que la restricción se amplía ahora al régimen de suspensión de la ejecución de las medidas,

previsto en el artículo 40 LORPM, que el artículo 9.5 no incluye, y que la Disposición Adicional Cuarta extiende en su caso el período de cumplimiento efectivo del internamiento más allá de un año, al ordenar el cumplimiento de la mitad del internamiento.

En este punto se produce una situación paradójica, pues si en aplicación de la Disposición Adicional Cuarta, 2, c) se impone una medida de internamiento de un año, la restricción de las facultades de modificación o sustitución de la medida duraría sólo seis meses, menos por lo tanto que en el supuesto del artículo 9.5 que impone un período mínimo absoluto de 1 año de cumplimiento efectivo del internamiento.

Por lo demás, se debe matizar que las medidas de internamiento impuestas por hechos cometidos por menores de 16 años no están sujetas a ninguna restricción temporal en cuanto a sus posibilidades de modificación, suspensión o sustitución con arreglo a los artículos 14, 40 y 51.1 LORPM, pues la Disposición Adicional Cuarta, 2, c), en su párrafo 2 no ha previsto nada al respecto, lo que ha de ser interpretado en favor de la conservación de dichas facultades.

III. REFORMAS ORGÁNICAS Y COMPETENCIALES

La LO 7/2000 crea un órgano jurisdiccional nuevo, el Juzgado Central de Menores, en su artículo tercero, apartado segundo, mediante la introducción de un segundo apartado en el artículo 96 LOPJ, asignándole competencia objetiva en el artículo segundo, apartado tercero mediante la introducción en la LORPM de la Disposición Adicional Cuarta, cuyo apartado 2, letra a) dice que la competencia para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

La asignación de competencia objetiva en materia de delincuencia terrorista al Juzgado Central de Menores se acompaña de una importante restricción en las posibilidades de acumulación de delitos conexos, pues de conformidad con la Disposición Adicional Cuarta, 2, b) LORPM los procedimientos competencia de la Audiencia Nacional no podrán ser objeto de acumulación con otros procedimientos instruidos en el ámbito de la jurisdicción de menores, sean o no los mismos los sujetos imputados.

La LO 7/2000 ha circunscrito la competencia del Juzgado Central de Menores al ámbito exclusivamente terrorista, evitando la extensión de la competencia a los delitos conexos en un comprensible afán de reducir al mínimo la posible interferencia en las reglas generales de atribución competencial recogidas en los artículos 2.3 y 20.3 LORPM que se pronuncian preferentemente a favor del Juez del lugar de comisión del delito o en su caso del lugar del domicilio del imputado.

De alguna manera el legislador ha querido evitar el peligro que una aplicación mecánica de las reglas de conexión delictiva podría conllevar de extender en exceso el número de delitos que pasarían a ser enjuiciados en el ámbito de la Audiencia Nacional procurando en la medida de lo posible la separación de causas. No obstante, una interpretación sistemática de la propia Ley obliga a interpretar esta prohibición de acumulación con la debida flexibilidad, pues la Disposición Adicional Cuarta, 2, c), 3 LORPM al establecer la posibilidad de imponer medida de internamiento en régimen cerrado de hasta 10 años, presupone la concurrencia en un mismo proceso de delitos de naturaleza terrorista con otros delitos distintos.

Por otro lado, en determinadas ocasiones no es posible juzgar por separado delitos conexos sin riesgo de dividir la continencia de la causa, que es lo que ocurre en los supuestos de concurso real medial, cuando un delito es medio necesario para perpetrar otros o en los supuestos de concurso ideal, cuando un mismo hecho es constitutivo de dos o más delitos —artículo 11.2 LORPM—.

Parece pues que la prohibición va a operar principalmente en los supuestos de concurso real, particularmente en los casos de conexión previstos en el artículo 17.5 LECrim, en los que se procurará circunscribir la competencia del Juzgado Central de Menores al conocimiento de los delitos de naturaleza genuinamente terrorista, remitiendo el conocimiento de los delitos comunes al Juez de Menores del lugar de su comisión o al que corresponda con arreglo al artículo 20.3 LORPM. También se ha de evitar en la medida de lo posible que autores o partícipes en delitos no terroristas sean enjuiciados por el Juzgado Central de Menores en base a una aplicación mecánica de los principios de conexidad.

Los autos y sentencias del Juzgado Central de Menores podrán ser objeto de recurso de apelación ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional. A su vez, las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional serán recurribles en casación a los efectos de unificación de doctrina conforme a lo dispuesto en el artículo 42 LORPM —Disposición Adicional Cuarta, 2, a LORPM—.

En materia de competencia funcional, la LO 9/2000 atribuye el conocimiento de los recursos de apelación contra las sentencias y autos de los Jueces de Menores a las Audiencias Provinciales, eliminando todas las referencias que el texto original de la LORPM hacía a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia. Así se establece en el artículo sexto LO 9/2000, que modifica el artículo 41 LORPM, en la Disposición Adicional Segunda LO 9/2000, y también en el artículo cuarto, punto cuarto LO 7/2000, que modifica el artículo 61.2 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre de Demarcación y Planta Judicial.

La reforma de la LO 9/2000 no ha tocado, sin embargo, el artículo 42 LORPM, lo que provoca una incongruencia sistemática en la regulación del recurso de casación para unificación de doctrina, pues aun cuando las referen-

cias a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia han de entenderse hechas a las Audiencias Provinciales en virtud de la previsión general de la Disposición Adicional segunda LO 9/2000, la conservación del texto original del citado precepto en lo relativo a la definición del ámbito material de aplicación del recurso extraordinario —apartado 1— plantea la duda de si quedan comprendidos en dicho ámbito las condenas por delitos de homicidio doloso y asesinato —arts. 138 y 139 CP—, agresiones sexuales cualificadas —arts. 179 y 180— y en general por los delitos que se hallen sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años, delitos a los que no se aplica ya la regla 5.^a del artículo 9 LORPM, sino la Disposición Adicional Cuarta, 2, c) LORPM.

Circunscrito legalmente el contexto aplicativo del recurso a los casos en que “se hubiere impuesto una de las medidas a las que se refieren las reglas 4.^a y 5.^a del artículo 9 de la presente Ley”, según el artículo 42.1 LORPM, y a los delitos terroristas por razón de la Disposición Adicional Cuarta, 2, b) LORPM, los delitos más arriba reseñados quedarían excluidos del círculo de la casación en una interpretación de la Ley rigurosamente ceñida a su literalidad.

Esta interpretación, sin embargo, resulta impugnable por varios motivos: en primer lugar por el absurdo resultado al que conduciría, pues, por poner un ejemplo entre muchos, accedería a la casación una condena por delito de agresión sexual sin penetración o introducción de objetos —art. 178 CP— y no podría, por el contrario, acceder a dicha vía unificadora de doctrina la condena por agresión sexual con acceso carnal —art. 179 CP—.

En segundo lugar porque una interpretación de la Ley conforme a su finalidad obliga a tomar en consideración la verdadera *ratio* del artículo 42.1 CP que autoriza la vía casacional no tanto en función de las concretas medidas que refieren las reglas 4.^a y 5.^a del artículo 9 LORPM consideradas en sí mismas, sino de la gravedad cualitativa de los hechos a los que se aplican, por razón del uso de violencia o intimidación o de la creación de un peligro grave para la vida o integridad física de las personas.

En tercer lugar, el nuevo texto del artículo 9.5, en el inciso final del párrafo primero dice que las medidas anteriormente enunciadas se impondrán “sin perjuicio de lo previsto en la Disposición Adicional Cuarta”. Aunque esta referencia tiene un efecto excluyente de los delitos regulados en, dicha Disposición Adicional, la coherencia global del sistema se salva al enlazar con la Disposición Adicional Cuarta, que aunque se ubica extramuros del texto articulado, no es en este aspecto concreto sino un complemento de las reglas 4.^a y 5.^a del artículo 9, a las cuales supera en rigor en una escala gradual creciente de respuesta sancionadora a determinadas conductas criminales de naturaleza homogénea en cuanto caracterizadas por el uso de la violencia o intimidación.

La diferencia entre las medidas del artículo 9, 5.^a y las de la Disposición Adicional Cuarta, 2, c) es cuantitativa, no cualitativa, pues en ambos supuestos

se exige la imposición de medida de internamiento en régimen cerrado, con un límite mínimo común de un año, y una medida sucesiva de libertad vigilada, diferenciándose únicamente en el límite máximo de extensión.

Lo que no podemos aceptar es que, pese a la naturaleza de recurso extraordinario que tiene la casación para unificación de doctrina, un defecto en la técnica de remisión contextual usada en la LORPM para delimitar su objeto pueda convertirse en un obstáculo insalvable para la creación de una auténtica doctrina jurisprudencial en relación precisamente con los delitos más graves, que son los que más justificadamente demandan la intervención nomofiláctica del Tribunal Supremo.

Será procedente la interposición del recurso de casación para unificación de doctrina siempre que se observe contradicción entre la sentencia dictada en apelación por una Audiencia Provincial y la doctrina del Tribunal Supremo, o la de la Audiencia Nacional, pues la previsión contenida en la Disposición Adicional Cuarta, 2, a) LORPM no tiene por qué reducirse a la contradicción de esta Sala con el Tribunal Supremo, sino que debe comprender también la eventual contradicción con las Audiencias Provinciales en aquellas cuestiones de legalidad que susciten problemas interpretativos comunes con la delincuencia de naturaleza no terrorista.

También se ha de entender comprendida la contradicción de las Audiencias Provinciales con sus propias sentencias, en concordancia con lo ya expuesto en el punto X de la Circular 1/2000.

IV. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN

De acuerdo con la Disposición Adicional Cuarta, 2, f) LORPM, los hechos delictivos y las medidas previstas en esta Disposición prescribirán con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal. Se excluye por lo tanto la aplicación de las reglas especiales de prescripción enunciadas en el artículo 10 LORPM y caracterizadas por la fijación de plazos más breves, en beneficio de la aplicación del artículo 131 CP no sólo para los delitos de terrorismo, sino también, como ya hemos indicado, para los restantes delitos que quedan abarcados en el enunciado de la Disposición Adicional Cuarta, esto es, para los delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales cualificadas y en general toda clase de delitos sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años.

La prolongación de los plazos de prescripción puede conducir a resultados prácticos contraproducentes e inconciliables con la finalidad formativa que inspira a la jurisdicción de menores, pues períodos como el de 20 años que fija el 131.1 CP para la prescripción de delitos que tengan señalada pena de prisión igual o superior a los quince años motivarán la incoación de Expediente de Reforma respecto de personas adultas que manifiestamente habrán rebasado la edad en que es razonable aplicar una intervención de naturaleza educativa.

Los Expedientes de Reforma intempestivos pueden acabar pervirtiendo la función propia del proceso de menores, que corre el riesgo de servir de cauce para la imposición de genuinas penas, pues incoados contra sujetos adultos en razón de hechos acaecidos varios años antes conducirán muchos de ellos en fase ejecutiva por aplicación del artículo 15 LORPM a una conversión de las medidas de internamiento en auténticas penas de prisión de ejecución penitenciaria.

La referencia contenida en la Disposición Adicional Cuarta, 2, f) LORPM a la prescripción de las medidas resulta todavía más incierta, pues es obvio que el Código Penal no regula la prescripción de medidas educativo-sancionadoras, sino de penas, cuya naturaleza y conformación jurídica es manifiestamente dispar, de modo que la extensión de los plazos de prescripción del artículo 133 CP compromete al intérprete en una problemática y dudosa tarea de homologación, difícilmente conciliable con el principio de seguridad jurídica, tan caro a la jurisdicción penal.

Comoquiera que la Disposición Adicional Cuarta, 2, f) se refiere en exclusiva a las medidas previstas en la propia Disposición, se puede concebir que las medidas de internamiento se rigen por las reglas de prescripción de las penas de prisión dependiendo de su duración y la medida de inhabilitación absoluta por la normativa aplicable a la pena homónima, sin que exista homologación posible para la medida de libertad vigilada.

Así pues, la medida de internamiento en régimen cerrado de más de cinco años de duración prescribiría a los 15 años —artículo 133.1.3 CP—, la medida de internamiento de duración superior a tres años hasta cinco años, prescribiría a los 10 años —artículo 133.1.4 en relación con el artículo 33.2.a) CP—, y el internamiento de duración igual o inferior a tres años, prescribiría a los cinco años —artículo 133.1.5 en relación con el artículo 33.3.a) CP—.

La medida de inhabilitación absoluta tendría a su vez un período de prescripción de veinte años si fuere de duración superior a los diez años —art. 133.1.2 CP—, de quince años si fuere de duración superior a seis años hasta diez años —artículo 133.1.3 CP— y de diez años si fuere de duración igual o inferior a seis años —artículo 133.1.4 en relación con el artículo 33.2.b) y c) CP— pues la pena de inhabilitación absoluta es siempre pena de naturaleza grave, y en todo caso su duración va a ser superior a los tres años previstos en el artículo 33.2.c) CP pues aunque se opte por imponer la medida de internamiento en su duración mínima de un año y la inhabilitación en su expresión también mínima de cuatro años más, la duración total de la inhabilitación será en todo caso de cinco años.

Lo insólito de este régimen de equiparación de medidas y penas a efectos de prescripción radica en que una misma medida tendrá un período de prescripción distinto según se haya impuesto por la comisión de alguno de los delitos enunciados en la Disposición Adicional Cuarta LORPM o por un delito diferen-

te, discriminando el régimen jurídico de prescripción en función, no de la naturaleza de la medida impuesta, sino del hecho criminal sancionado.

V. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE DELINCUENCIA TERRORISTA

V.1. El terrorismo como objeto de tratamiento específico en la LORPM.

La LO 7/2000 procura dar un tratamiento específico a la delincuencia juvenil de naturaleza terrorista mediante la introducción de varias previsiones en la Disposición Adicional Cuarta LORPM relacionadas con las diversas manifestaciones de este fenómeno.

Esta regulación específica comprende los delitos de apología del terrorismo y de humillación de sus víctimas, previstos y penados en el artículo 578 CP, que aunque obviamente relacionados con el problema terrorista, no son en sentido propio delitos de terrorismo, aunque ello no es obstáculo para que queden asimilados a éstos en su tratamiento.

V.2. Especialización ejecutiva.

La Disposición Adicional Cuarta, 2, d), introduce un principio de especialización al ordenar que la ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia se lleve a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las Comunidades Autónomas.

La especialización en la ejecución de las medidas cautelares y de las impuestas en sentencia a los partícipes en delitos de naturaleza terrorista responde a una necesidad lógica de adecuar el tratamiento educativo al perfil sociológico y criminológico que esta particular modalidad de delincuencia organizada presenta y también a las especiales condiciones de seguridad en que se debe desenvolver la convivencia en los Centros y la relación con los funcionarios.

Se ha planteado por algunos sectores profesionales encuadrados en el tratamiento de la delincuencia de menores la necesidad de extender esa especialización a los Equipos Técnicos que intervienen en el proceso durante la instrucción y el enjuiciamiento, suscitándose incluso la idea de una supuesta pérdida de competencia de los Equipos Técnicos de la residencia del menor cuando el delito que se le imputa es de naturaleza terrorista, en el entendimiento de que la asistencia al menor y la elaboración del informe del artículo 27 LORPM compete en estos casos a un Equipo especializado adscrito a la Fiscalía de la Audiencia Nacional y radicado en Madrid.

Esta conclusión no resulta, sin embargo, aceptable porque los Equipos Técnicos, como órganos de asesoramiento y dictamen, sin perjuicio de su de-

pendencia orgánica, actúan bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal, que es único en todo el Estado, y no ejercen ningún tipo de potestad decisoria ni jurisdiccional ni administrativa, por lo que no pueden pretender la posesión de un ámbito de competencia territorial propio y excluyente.

La instrucción del proceso de menores corresponde al Ministerio Fiscal, cuyos órganos distribuidos por el territorio nacional se deben recíproca ayuda y asistencia para el buen fin de su labor, de modo que los Equipos Técnicos radicados en las diversas partes del territorio nacional y dependientes funcionalmente de dichos órganos, no pueden negar la necesaria asistencia.

Cierto es que cuando se imputan delitos de naturaleza terrorista la competencia para el enjuiciamiento corresponde al Juez Central de Menores, y la instrucción a la Fiscalía de la Audiencia Nacional, de modo que en estos casos actuará de manera preferente el Equipo Técnico radicado en Madrid en virtud de su mayor proximidad a los órganos encargados de las referidas tareas. Pero ello no significa que el Equipo Técnico del lugar del domicilio del menor haya quedado relevado de toda intervención en el proceso, pues no podemos olvidar que una parte importante del dictamen previsto en el artículo 27 LORPM se centra en el análisis y valoración de la situación educativa y familiar del menor, y en particular, el estudio de su entorno social, y que la proximidad territorial a dichas realidades resultará en ocasiones decisiva para el buen desempeño de la función encomendada.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional, por lo tanto, requerirá el auxilio necesario de otras Fiscalías y podrá instar de éstas que reclamen de los Equipos Técnicos de su territorio la elaboración de dictámenes y estudios que estime necesarios para la buena marcha del proceso.

V.3. Régimen específico de detención preventiva aplicable a los menores involucrados en delitos de naturaleza terrorista.

V.3.A. *Duración de la detención gubernativa.*

Un aspecto que singulariza notablemente el tratamiento de la delincuencia terrorista en la LORPM es el relativo al régimen aplicable a la detención preventiva al que se hizo mención breve en el apartado VI.3.F.b) de la Circular 1/2000.

El inciso final del artículo 17.4 LORPM dice que al menor detenido se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis LECrim, artículo que establece que toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención, regulando a continuación la posibilidad de prolongar en cuarenta y ocho horas más el plazo de detención gubernativa, mediante resolución judicial motivada, y la

posibilidad de incomunicar al detenido siempre que se solicite y resuelva judicialmente sobre su concesión o denegación en el plazo de veinticuatro horas.

La remisión directa que hace el artículo 17.4 LORPM al artículo 520 bis LECrim supone una derogación del régimen general de detención de menores establecido en aquél precepto en lo que se refiere al plazo máximo de duración de la detención policial, a su posible prórroga y a la incomunicación del detenido. Por ello, en los supuestos específicos del artículo 520 bis se ha de entender que la detención gubernativa tiene una duración máxima ordinaria de 72 horas parificándose el tratamiento del detenido adulto y del menor.

V.3.B. *Competencia judicial para el control y legalización de la detención. Coordinación de Fiscalías.*

La legalización de la detención y las decisiones de prórroga e incomunicación de los detenidos se atribuían inicialmente al Juzgado de Menores, haciendo excepción expresa de la competencia objetiva *ratione materiae* que para la delincuencia terrorista de adultos se configura en favor de los órganos de la Audiencia Nacional —Disposición Transitoria Única de la LO 4/1988, de 25 de mayo—.

Introducida la Disposición Adicional Cuarta en la LORPM, la legalización de la situación de los detenidos por delitos de naturaleza terrorista pasa a ser competencia del Juzgado Central de Menores —apartado 2, g)—, pues de acuerdo con dicha disposición tanto la referencia contenida en el último inciso del artículo 17.4 LORPM como cualquier otra verificada en la LORPM al Juez de Menores se debe entender hecha ahora a dicho órgano judicial en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los artículos 571 a 580 CP.

Ello significa que la LO 7/2000 ha cambiado la competencia objetiva en materia terrorista no sólo en lo relativo al enjuiciamiento del hecho presuntamente criminal, sino en toda clase de decisiones que afecten a la situación personal del imputado, que ahora deben adoptarse por el Juez Central de Menores.

El detenido no debe ser puesto a disposición de la Fiscalía del lugar donde se ha producido la detención, sino directamente a disposición de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, que asume en estos supuestos la competencia instructora.

Si la fuerza policial actuante pone al detenido a disposición de la Fiscalía del lugar donde se ha producido la detención, y se aprecia que el delito que se imputa constituye indiciariamente alguno de los tipificados en los artículos 571 a 580 CP, el Fiscal no se dirigirá al Juez de Menores de dicho territorio para solicitar la adopción de medidas cautelares, pues éste carece de competencia objetiva en la materia, sino que ordenará en su lugar su traslado inmediato a la

Fiscalía de la Audiencia Nacional, salvo que estime más procedente, a la vista de las circunstancias particulares del caso, acordar su inmediata libertad por no estimar adecuada la adopción de medida cautelar de internamiento.

Esta solución es perfectamente viable, pues el Ministerio Fiscal es único en todo el territorio del Estado, y cualquiera de sus miembros representa a la Institución en el desempeño de sus funciones, por lo que las decisiones adoptadas por los Fiscales de la demarcación correspondiente a la detención gozan de pleno valor como expresión de la voluntad del Ministerio Público —art. 23 EOMF—.

Sin perjuicio, por supuesto, de la indispensable coordinación que tiene que existir entre las distintas Fiscalías provinciales y la Fiscalía de la Audiencia Nacional, pues estas decisiones no deben ser adoptadas sin una previa e inmediata comunicación entre ellas que asegure la concordancia de pareceres y evite el peligro de una improcedente disparidad de criterios, comunicación que por la perentoriedad de los plazos procesales a los que se debe sujetar el Fiscal deberá efectuarse por el medio técnico más a mano, sea teléfono, fax, correo electrónico, o cualquier otro de similar eficacia.

Si el detenido por motivos terroristas presenta una solicitud de *habeas corpus* será competencia del Juez Central de Instrucción la sustanciación de la misma, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.2 LO 6/1984, de 24 de mayo, pues una vez que el legislador ha optado por alterar el diseño competencial aplicable a la delincuencia de menores de corte terrorista, incorporándola a la esfera propia de conocimiento de los órganos de la Audiencia Nacional, recupera su natural preferencia aplicativa el régimen del artículo 2.2 LO 6/1984, cuya legitimidad constitucional ya fue contrastada y ratificada en su día en la STC (Sala 2.ª) n.º 153/1988, de 20 de julio de 1988.

Esta solución, además, reporta beneficios indudables desde el punto de vista práctico, pues asegura la proximidad geográfica del órgano judicial competente para tramitar y resolver el proceso de garantía con el órgano judicial a cuya disposición debe quedar finalmente el detenido si no se observa ilegalidad alguna.

V.3.C. *Prórroga de la detención e incomunicación.*

Los plazos para solicitar y resolver la eventual prórroga de la detención y la incomunicación no presentan especialidad alguna y se sujetan a lo establecido en el artículo 520 bis LECrim.

La prórroga de la detención se habrá de solicitar cuanto antes, en todo caso dentro de las primeras cuarenta y ocho horas y la decisión judicial habrá de recaer en las siguientes veinticuatro horas, con riguroso respeto del límite constitucional de las setenta y dos horas de duración de la detención gubernativa. La prórroga, si se concede, es por el tiempo absolutamente imprescindible, dentro

de un plazo máximo de cuarenta y ocho horas y para fines exclusivamente relacionados con la investigación del delito. Tanto la solicitud como la decisión judicial, concediendo o denegando la prórroga, deben ser motivadas.

Por su parte, solicitada la incomunicación del detenido el Juez Central de Menores se habrá de pronunciar mediante resolución motivada en el plazo de veinticuatro horas, si bien la incomunicación se hará efectiva desde el momento de la solicitud hasta que el Juez dicte la resolución pertinente.

Una interpretación sistemática de los artículos 520 y 527 LECrim con el artículo 17 LORPM permite determinar con cierta precisión la situación legal del detenido menor de edad incomunicado, el cual en principio gozará de los derechos propios de todo menor detenido con las siguientes excepciones:

— No podrá designar abogado de su elección, por lo que el letrado que le asista será de oficio.

— No podrá entrevistarse reservadamente con su abogado, ni antes ni después de su declaración.

— No podrá comunicar a sus familiares o a otra persona de su elección el hecho de la detención y el lugar de su custodia. No obstante, subsiste la obligación legal de notificar dichas circunstancias a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor. Hemos de entender que la autorización para que estas personas asistan al menor durante la detención puede ser denegada en la misma resolución judicial que decreta la incomunicación si existen razones fundadas para ello en función de las necesidades de la investigación de los delitos imputados, en cuyo caso la asistencia se verificará por los profesionales del Equipo Técnico y por el Ministerio Fiscal.

Conviene matizar, finalmente, que el régimen excepcional de prórroga e incomunicación no es aplicable al delito de apología del terrorismo, aunque haya sido reincorporado al Código Penal por virtud del artículo primero, apartado noveno LO 7/2000 en el artículo 578 CP como parte integrante de una Sección del Código Penal titulada “De los delitos de terrorismo”.

Esta excepción obedece a que el delito de apología del terrorismo no se identifica con los delitos de naturaleza terrorista a efectos de la aplicación del artículo 520.bis LECrim de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional fijada en Sentencia de su Pleno, n.º 199/1987, de 16 de diciembre de 1987, que se pronunciaba en los siguientes términos:

“La manifestación pública, en términos de elogio o exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos (...) Por todo ello debe considerarse contraria al artículo 55.2 CE la inclusión de quienes hicieren apología de los delitos aludidos..., en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales prevista en tal precepto constitucional”.

El artículo 520.bis LECrim desarrolla la habilitación conferida al legislador por el artículo 55.2 de la Constitución, se circunscribe al contenido de dicho precepto constitucional y en consecuencia no es susceptible de aplicación extensiva. Excluido del ámbito del artículo 55.2 de la Constitución el delito de apología por declaración expresa del TC, no queda comprendido en el artículo 520.bis LECrim y en su consecuencia el régimen de detención que le vendrá en aplicación será el general previsto en el artículo 17.4 LORPM. Similares consideraciones cabría hacer en relación con el delito de humillación o menosprecio a las víctimas del terrorismo tipificado también en el artículo 578 CP.

VI. ESPECIALIDADES EN EL ORDEN DE CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS IMPUESTAS EN SENTENCIA

Destacar finalmente que en materia de ejecución de medidas también se introducen especialidades en la Disposición Adicional Cuarta, 2, e) LORPM, pues las medidas impuestas en sentencia del Juzgado Central de Menores, o Audiencia Nacional, gozarán de preferencia en su cumplimiento sobre cualesquiera otras medidas acordadas por otros Jueces de Menores. La preferencia ejecutiva de las medidas adoptadas en el ámbito de la Audiencia Nacional no se refiere sólo a las medidas de internamiento, sino también a cualesquiera otras, exceptuando el régimen general de preferencias establecido en el artículo 47 LORPM.

Esta prioridad incondicionada suscitará sin duda problemas prácticos, pues tal y como está redactado el texto legal la medida de libertad vigilada sucesiva al internamiento gozaría de preferencia sobre la medida de internamiento impuesta por un Juez de Menores. Desde luego forzar el reingreso en centro de internamiento de quien ha cumplido un período más o menos largo de libertad vigilada, especialmente si la medida ha resultado satisfactoria en su aplicación, puede resultar sumamente contraproducente y obligaría a plantear la oportunidad de acordar la sustitución o el alzamiento de este segundo internamiento haciendo uso de la facultad del artículo 14.1 LORPM.

Concluiremos diciendo que el objeto de la presente Circular no es sino una aproximación al texto legal desde una perspectiva global que, obviamente, no ha pretendido agotar la totalidad de los problemas que suscitará su aplicación. Queda abierta por ello la vía de la Consulta para plantear en el futuro aquellas cuestiones más puntuales que el desenvolvimiento práctico de la Ley plantee a los miembros del Ministerio Fiscal y que puedan ser merecedoras de un tratamiento doctrinal unitario.

**INSTRUCCIÓN 2/2001,
ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ACTUAL
ART. 35 DE LA LO 4/2000, SOBRE DERECHOS
Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA
Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL**

La última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, ha supuesto para el Ministerio Fiscal la asunción de una nueva competencia relacionada con su papel de garante y protector de los derechos de los menores. El actual art. 35 de dicha Ley establece en su apartado 1 que, cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, este hecho será puesto “en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”.

Varias son las dudas interpretativas que suscita este precepto, y varias son también las consideraciones que se deben hacer en torno a su aplicación por los Sres. Fiscales, con la intención de lograr del modo más eficaz posible la finalidad pretendida por la norma.

En primer lugar, es preciso poner de relieve que este artículo no se está refiriendo al supuesto de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito. En este caso, lo procedente es ponerlos a disposición del Juez de Instrucción, que es el único competente —al igual que si se tratase de ciudadanos españoles— para ordenar la práctica de las diligencias encaminadas a determinar su edad. El art. 375 LECr residencia claramente esta competencia en el Juez instructor, quien, en último término, pedirá al forense o al médico o médicos por él nombrados el oportuno informe acerca de la edad del imputado. Coherentemente con lo anterior, la regla 3.^a del art. 789.5 LECr establece que, practicadas u ordenadas sin demora por el Juez las diligencias encaminadas a determinar —entre otros extremos— la identidad y circunstancias personales de los sujetos que han participado en el hecho delictivo, entre las que figura la

edad (regla 3.^a del art. 785 LECr), si todos los imputados fueran menores, se inhibirá a favor del órgano competente, o sea el Ministerio Fiscal. En idéntico sentido, el art. 35, de la LO 5/2000 dispone que, cuando el hecho hubiese sido cometido conjuntamente por mayores de edad penal y por menores, “el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, *tan pronto como compruebe la edad de los imputados*, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal”. Todos estos argumentos abonan la opinión de que corresponde al Juez de Instrucción y no al Ministerio Fiscal acreditar la edad de aquéllos a quienes se impute la comisión de un delito —sean españoles o extranjeros— cuando existan dudas sobre la misma. Esta postura ya fue mantenida además en la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, conforme a la cual el Fiscal deberá recurrir las resoluciones de los Jueces de Instrucción por las que se inhiban en favor de la Fiscalía de Menores “si existe duda razonable de la verdadera edad del inculpado y no se han agotado los medios de prueba disponibles, pues los órganos de la jurisdicción penal de adultos no deben declinar su competencia sin previa certeza del dato de la edad del inculpado”.

El art. 35 de la LO 4/2000 se aplicará por tanto en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen, por motivos diversos de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad, y ello con la única finalidad de que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquéllos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad, así como para en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, poder proporcionarle las medidas de protección y asistencia previstas en la ley española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero (art. 1 de la LO 1/1996).

Por otra parte, la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo en tanto no haya sido determinada su edad es una situación de privación de libertad, análoga a la contemplada en el art. 20.2 de la LO 1/1992, de Protección de la seguridad Ciudadana. Son aplicables por tanto a esta situación las garantías constitucionales del art. 17 de la Constitución, en los términos en su día expresados por las SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, y 86/1996, de 21 de mayo. Concretamente, el indocumentado deberá ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos. Entre éstos figura básicamente el que dicha situación “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario”. No es precisa, por el contrario, la asistencia de abogado, pese a tratarse de una

diligencia policial, ya que tal asistencia sólo es obligada en los términos establecidos en las leyes, y el art. 520.2.c) LECr limita esta garantía a las diligencias de declaración y los reconocimientos de identidad de que vaya a ser objeto el detenido, sin que obviamente el presente caso sea incardinable en ninguno de ambos supuestos.

El hecho de que esta situación de privación de libertad no pueda durar más tiempo del estrictamente necesario exige un esfuerzo de coordinación entre todos los agentes que intervienen en el procedimiento, de manera que se reduzcan al mínimo posible los “tiempos muertos” a que podría dar lugar un deficiente sistema de comunicaciones entre ellos, o una limitación de su disponibilidad para atender inmediatamente este tipo de incidencias.

En primer lugar, hay que evitar que el presunto menor, una vez localizado por la policía, sea trasladado con cierto automatismo a un centro de internamiento de menores. Ello sólo será preciso, conforme al espíritu y letra de la ley, en aquellos supuestos excepcionales en que precise una atención inmediata que sólo le pueda ser prestada en un centro de esa naturaleza. En la mayor parte de los supuestos, por el contrario, o bien no necesitarán dicha atención o les podrá ser proporcionada por los propios agentes policiales, quienes inmediatamente deberán poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. En caso contrario, el traslado indiscriminado a un centro de menores tutelados de quienes afirman ser menores de edad, aunque sólo sea para pernoctar durante una noche, puede ocasionar graves trastornos en el régimen y desarrollo de las actividades del centro, con el consiguiente perjuicio para los restantes internos, sobre todo si se tiene en cuenta que con frecuencia las pruebas médicas pueden determinar a posteriori que los sedicentes menores superan con creces los dieciocho años.

Aunque la Ley no indica cómo se ha de llevar a cabo la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, lo que sí se puede afirmar sin ningún género de dudas es que puesta en conocimiento” no es lo mismo que “puesta a disposición”, y que no es preciso, por tanto, que los agentes policiales trasladen materialmente al presunto menor a las dependencias de Fiscalía, lo cual únicamente serviría para retardar innecesariamente el normal desarrollo de los trámites previstos en la Ley. Por el mismo motivo, tampoco será preciso que la puesta en conocimiento tenga lugar mediante la presentación formal del correspondiente atestado en la sede de la Fiscalía, sino que será suficiente cualquier forma de comunicación que pueda dejar constancia del hecho, es decir, la comunicación por fax, por correo electrónico, o incluso por teléfono, sin perjuicio de presentar o enviar más adelante a la Fiscalía la documentación pertinente.

Es necesario abordar seguidamente cómo se han de llevar a cabo las comunicaciones desde la Fiscalía a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, para disponer que se proceda a determinar la edad del extranjero indocumentado. Es importante para ello destacar que la Ley emplea un tér-

mino imperativo (“dispondrá”); es decir, comunicado al Fiscal el supuesto de hecho que contempla la norma, no le cabe otra opción que la de disponer que se proceda a la determinación de la edad. No tendría sentido, por tanto, que en el ejercicio de una competencia que la Ley regula con carácter imperativo, se produjesen disfuncionalidades derivadas exclusivamente de la falta de coordinación a la hora de transmitirse las oportunas comunicaciones entre los diversos sujetos que intervienen en el procedimiento. En consecuencia, corresponderá a los Sres. Fiscales Jefes, atendida la disponibilidad efectiva de medios personales y materiales, así como la concreta modalidad en que se preste el servicio de guardia en cada Fiscalía, determinar de qué modo se van a realizar las mencionadas comunicaciones y, más concretamente, qué órdenes resultará procedente transmitir a los máximos responsables —en el respectivo ámbito provincial— de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, para que, localizado un extranjero indocumentado que afirme ser menor, se pueda proceder inmediatamente a la determinación de su edad sin que la preceptiva comunicación al Fiscal y la orden de éste conlleven la más mínima e innecesaria dilación.

También deberán los Sres. Fiscales cerciorarse de que, como dice la Ley, las instituciones sanitarias colaborarán en el procedimiento, realizando *con carácter prioritario* las pruebas necesarias para determinar la edad del extranjero indocumentado. No dice la Ley, sin embargo, cuáles hayan de ser estas instituciones sanitarias, sino que menciona “las instituciones sanitarias oportunas”. Esto ofrece un amplio y considerable margen de actuación, que permite en cada lugar acudir, para la práctica de las pruebas de determinación de la edad (generalmente, pruebas radiológicas), al centro médico que se considere más idóneo para realizarlas de manera inmediata y en condiciones de plena fiabilidad. Ello aconseja que, en la medida de lo posible, se procure recabar la colaboración de centros sanitarios que dispongan de un servicio de urgencias radiológicas operativo durante las veinticuatro horas del día.

Todo lo anterior conducirá a que por parte de todos los agentes implicados en el procedimiento (Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, Ministerio Fiscal e instituciones sanitarias) se desarrollen los necesarios protocolos de actuación encaminados a garantizar una absoluta coordinación entre ellos, que permita determinar con la mayor celeridad posible la edad del extranjero indocumentado.

Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla.

Por último, también es preciso, para cumplir con lo establecido en el apartado 2 del art. 35 de la Ley, que por parte de los Sres. Fiscales Jefes se den las instrucciones oportunas para que, una vez determinada la edad y siempre que el

indocumentado resulte ser menor o quepa la más mínima duda de que pueda serlo, sea puesto sin dilación a disposición de los servicios competentes de protección de menores. A este efecto, es necesario que la entidad pública haya comunicado, y los agentes policiales conozcan previamente, cuál o cuáles son los centros de internamiento más cercanos donde deben ser trasladados los extranjeros indocumentados una vez acreditada su condición de menores de edad.

**INSTRUCCIÓN 3/2001,
SOBRE LOS ACTUALES MECANISMOS Y
MODALIDADES DE ASISTENCIA JUDICIAL
INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL**

El creciente fenómeno de la delincuencia organizada de carácter transnacional, la progresiva eliminación de fronteras en Europa, el aumento del nivel de vida, el afán por conocer otros países y el continuo intercambio cultural, son otros tantos factores que han convertido en algo cotidiano el hecho de que muchas personas viajen y se trasladen frecuentemente de un país a otro. De esta manera, ya no resulta en absoluto excepcional que, en el marco de un proceso penal, sea preciso reclamar el auxilio de las autoridades judiciales extranjeras, ya sea para recibir declaración a un imputado o testigo residente en el extranjero, ya sea para instar o coordinar la actividad investigadora de los agentes policiales de otros países, o para recabar cualquier otro tipo de auxilio judicial.

La toma de conciencia de esta nueva realidad ha hecho que, sobre todo en los últimos años, hayan evolucionado y progresado considerablemente las iniciativas normativas encaminadas a mejorar y simplificar los actuales mecanismos de cooperación judicial en materia penal, sobre todo en el marco de la Unión Europea.

El Ministerio Fiscal no puede permanecer ajeno a esta realidad, y por ello es necesario que todos sus miembros adquieran un conocimiento profundo y constante de las normas que regulan la cooperación judicial internacional. La presente instrucción pretende ser un recordatorio de esta necesidad, que obviamente sólo podrá ser colmada plenamente mediante el esfuerzo y dedicación personales.

Aun siendo conscientes de que el vertiginoso ritmo de producción normativa en esta materia obliga a una permanente actualización, y que los instrumentos vigentes quedarán muy pronto superados por las previsiones futuras, se ha creído necesario hacer a continuación una sucinta exposición de las normas que actualmente regulan la cooperación judicial en materia penal, a fin de que los miembros del Ministerio Fiscal acomoden a ellas su actuación en este ámbito.

El Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Convenio de 1959)

A pesar de las múltiples iniciativas que sobre todo en el ámbito de la Unión Europea se han desarrollado recientemente en materia de cooperación judicial internacional, el texto normativo básico y de obligada referencia en este campo sigue siendo el Convenio n.º 30 del Consejo de Europa o Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, completado con el Protocolo Adicional al Convenio de 17 de marzo de 1978.

Las normas que sobre cooperación judicial contiene el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, o el reciente Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (pendiente todavía de entrar en vigor), expresamente se remiten a este Convenio del Consejo de Europa, cuyas disposiciones tratan de completar y de facilitar su aplicación.

España ratificó este tratado el 18 de agosto de 1982, formulando una declaración según la cual “a los efectos del presente Convenio serán consideradas como autoridades judiciales (...) los miembros del Ministerio Fiscal”. Esto pone de relieve la necesidad de que todos los Sres. Fiscales, habida cuenta de que pueden dirigir comisiones rogatorias a las autoridades de otros países, o bien ser requeridos por éstas para cumplimentarias, conozcan a fondo el Convenio y las normas posteriores que lo desarrollan o potencian su aplicación, y de las que se hace mención en la presente instrucción.

Por otra parte, la reciente adhesión de numerosos países, en particular de la Europa del Este, hacen que no resulten fiables por no estar suficientemente actualizadas las tablas de Estados parte, fechas de ratificación o adhesión al Convenio y a su Protocolo, así como de declaraciones y reservas efectuadas, contenidas en la mayor parte de las publicaciones escritas. El método más seguro para saber si el Convenio rige las relaciones de España con otro Estado, y en qué condiciones, es la consulta de la información que, plenamente actualizada, ofrece la sección relativa a los Convenios de la página *web* del Consejo de Europa (conventions.coe.int), con el único inconveniente de estar disponible tan sólo en los dos idiomas oficiales de la institución: inglés y francés.

Explicar detalladamente los mecanismos de cooperación judicial que prevé el Convenio y sus procedimientos excede obviamente el objetivo de la presente instrucción. Sin embargo, sí puede ser conveniente, sobre todo para valorar los avances que han supuesto las iniciativas posteriores, destacar algunos aspectos de su regulación.

En primer lugar, hay que tener presente que el Convenio establece, con carácter general, que las comisiones rogatorias se ejecutarán conforme a la legislación del Estado requerido (art. 3.1). Esto presenta el inconveniente,

cuando desde España se solicita la práctica de una diligencia de prueba a otro país, de que la diligencia practicada conforme a las normas de dicho país pueda no ser utilizable en España por no reunir los necesarios requisitos de validez, o por no haberse observado todas las garantías exigibles para su plena incorporación al proceso. Por ello es importante, en ocasiones, hacer algunas indicaciones al Estado requerido sobre la manera en que se ha de llevar a cabo la correspondiente diligencia. Por ejemplo, tratándose de una declaración testifical, habrá que pedir expresamente que se reciba juramento o promesa al testigo (art. 3.2). En otros casos, cuando resulte especialmente relevante asegurar la práctica de la diligencia en condiciones que permitan su posterior incorporación como prueba preconstituida y plenamente válida en el proceso, puede resultar conveniente hacer uso de la facultad prevista en el Convenio (art. 4) de estar presentes las autoridades judiciales del Estado requirente y las partes procesales, durante la realización de la prueba en el extranjero, para de este modo garantizar la observancia de los requisitos de validez impuestos por nuestra propia legislación procesal.

En segundo lugar, es preciso señalar que el Convenio establece como cauce normal de remisión de las comisiones rogatorias del Estado requirente al Estado requerido y viceversa, una vez cumplimentada la transmisión por vía de los respectivos Ministerios de Justicia (art. 15). Dejando al margen algunas otras excepciones expresamente previstas en el Convenio, la transmisión directa entre autoridades judiciales sólo está permitida en casos de urgencia, e incluso en estos casos con dos limitaciones: la primera, que la transmisión directa sólo es posible de ida pero no de vuelta, es decir, sólo para realizar la solicitud pero no para devolver la rogatoria una vez cumplimentada, que debe seguir el cauce de los Ministerios de Justicia; la segunda, que España ha formulado una declaración al amparo del art. 15.6 del Convenio en virtud de la cual, cuando se curse una comisión rogatoria directamente entre autoridades judiciales, se deberá remitir al mismo tiempo una copia al Ministerio de Justicia.

En todos los casos en que el Convenio permite la transmisión directa entre autoridades judiciales, admite también que el envío se pueda realizar por conducto de la Organización Internacional de Policía (Interpol), aunque algún país como Francia otorga a este último cauce un carácter meramente oficioso.

Por último, es oportuno señalar que la transmisión directa no exime de la obligación de traducir en su caso la comisión rogatoria y los documentos que con ella se envían. Concretamente España, en declaración hecha al art. 16.2 del Convenio, se ha reservado la facultad de exigir que las solicitudes de asistencia judicial y documentos anexos que se le cursen se acompañen de una traducción al idioma castellano debidamente autenticada.

Normas de cooperación en el ámbito de la Unión Europea

El Convenio de 1959 es un Convenio del Consejo de Europa, del que son Estados parte los quince países que forman la Unión Europea y otros muchos ajenos a ella o incluso (como en el caso de Israel) que ni siquiera pertenecen al Consejo de Europa.

Dentro del ámbito de la Unión Europea, y más concretamente sobre la base jurídica que ofrece el Título VI del Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) título que después de la reforma operada por el Tratado de Amsterdam ha pasado a denominarse “Cooperación policial y judicial en materia penal” existen diversos instrumentos normativos destinados a mejorar la eficacia de los mecanismos de cooperación judicial en materia penal, tomando siempre como punto de partida las disposiciones del Convenio de 1959.

— El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (Convenio de 1990)

Este Convenio, de 19 de junio de 1990, no debe confundirse con el Acuerdo precedente del que toma nombre, de 14 de junio de 1985. Ambos pactos internacionales, si bien originariamente no fueran normas comunitarias, en la actualidad forman parte del Derecho de la Unión Europea, una vez que el denominado “acervo de Schengen” ha sido incorporado por un Protocolo anejo al TUE (aprobado al mismo tiempo que el Tratado de Amsterdam) al elenco normativo de la Unión.

No obstante lo anterior, esta incorporación del “acervo de Schengen” al Derecho de la Unión ha creado dentro de ella un ámbito de “cooperación reforzada” entre algunos países, en la medida en que las normas que integran el acervo no son aplicables por el momento ni al Reino Unido ni a Irlanda; por el contrario, las normas de Schengen sí se aplican en los trece restantes Estados de la Unión, y otros dos países extracomunitarios Islandia y Noruega en virtud del acuerdo de asociación firmado entre éstos y la Unión Europea.

Aunque el nombre de Schengen evoque inevitablemente, en primer lugar, el fenómeno de la desaparición de controles en las fronteras comunes dentro de la Unión, el “acervo de Schengen” es un conglomerado normativo más complejo, que abarca otras materias. Concretamente, para los fines que persigue esta instrucción, es importante destacar que el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen contiene un Título III denominado “Policía y Seguridad”, cuyo Capítulo I se titula “Cooperación policial” (se regulan aquí la vigilancia transfronteriza y la persecución “en caliente”), y cuyo Capítulo II lleva por rúbrica “Asistencia Judicial en Materia Penal”. Se trata de un capítulo breve, con sólo seis artículos (arts. 58 a 63), pero que introduce importantes novedades respecto al Convenio del Consejo de Europa de 1959, al que expresamente se remite con intención de completarlo.

Concretamente, en el ámbito de los países signatarios de Schengen, la norma general es la transmisión de las solicitudes de asistencia judicial directamente entre autoridades judiciales (art. 53 del Convenio de 1990) o Interpol, quedando reservada para supuestos muy excepcionales la remisión por vía de los Ministerios de Justicia. Sin embargo, y sin perjuicio de que en ocasiones la voluntad de colaboración pueda hacerla innecesaria, persiste la exigencia de enviar una traducción de la rogatoria al idioma del Estado requerido, con excepción de las solicitudes cursadas entre España y Portugal, ya que existe un Convenio bilateral, firmado en Madrid el 19 de noviembre de 1997 (en vigor desde el 19 de diciembre de 1999), por el que ambas partes admiten que se remitan las comisiones rogatorias en el idioma original sin necesidad de traducción.

Otra peculiaridad importante en el ámbito Schengen es la posibilidad de enviar los documentos procesales directamente por correo a los destinatarios que residan en otro Estado miembro (art. 52 del Convenio de 1990). Entre estos documentos se incluyen las citaciones y la notificación de resoluciones. Por otra parte, sólo se exige la traducción de estos documentos o al menos de sus párrafos más importantes cuando existan razones para pensar que el destinatario no comprende la lengua en que están redactados, lo cual habrá que presumir siempre que se trate de un ciudadano extranjero, pero obviamente no cuando se trate de un ciudadano español que reside en el extranjero y al que hay que citar para que comparezca en España o notificarle una resolución.

— El Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (Convenio de 2000)

Este Convenio, firmado el 29 de mayo de 2000 (*Diario Oficial C-197*, de 12 de julio de 2000), todavía no ha entrado en vigor; entrará en vigor cuando lo hayan ratificado al menos ocho de los quince Estados firmantes los quince países de la Unión, incluidos el Reino Unido e Irlanda, y también en este caso con la previsión de adhesión de Noruega e Islandia como Estados asociados). Sin perjuicio de ello, los Estados que lo vayan ratificando, podrán hacer una declaración en virtud de la cual el Convenio se aplicará anticipadamente en sus relaciones con los Estados que formulen idéntica declaración. Por ello, es conveniente tener ya desde ahora conocimiento de su existencia, aun antes de su entrada en vigor. Para la correcta comprensión de su articulado resulta sumamente útil un instrumento de interpretación auténtica, el Informe explicativo aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 (publicado en el *Diario Oficial C-379*, de 29 de diciembre de 2000).

La vocación de este Convenio es, siempre sobre la base del Convenio de 1959 al que complementa, la de consolidar los avances de Schengen y progresar en la línea allí iniciada. Además de incorporar las normas de los citados artículos 52 y 53 del Convenio de 1990, este nuevo Convenio invierte la norma general de práctica de las comisiones rogatorias, que deberán cumplimentarse

conforme a las normas del Estado requirente, precisamente para dotar así a la prueba practicada en el extranjero de plena eficacia en el proceso que se sigue ante las propias autoridades nacionales (art. 4.1). Además, se amplían las posibilidades de transmisión de las comisiones rogatorias (Interpol, Europol, Eurojust); por otra parte, el Informe explicativo del Convenio admite que el envío se realice por cualquier medio que deje constancia escrita incluidos el fax o el correo electrónico o hasta por teléfono en caso de urgencia.

Asimismo, prevé la obligatoriedad de la práctica de declaraciones mediante videoconferencia cuando así lo solicite otro Estado, la posibilidad de actuación de funcionarios de un Estado en el territorio de otro Estado miembro (con ocasión de la creación de equipos conjuntos de investigación, el seguimiento de entregas vigiladas o la actuación de agentes encubiertos), y una extensa y detallada regulación de las solicitudes internacionales de intervención de telecomunicaciones (con particular atención a las consecuencias derivadas de la extensión del fenómeno de la telefonía móvil).

— Los magistrados de enlace

El magistrado de enlace es una figura creada en el ámbito de la Unión Europea por la Acción Común de 22-4-96 (*Diario Oficial* L-105, de 27-4-96), con el principal objetivo de incrementar la rapidez y la eficacia de la cooperación judicial entre dos países concretos, así como contribuir al intercambio de información sobre los ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales de ambos Estados miembros y su funcionamiento (art. 1.3).

Pese a tener que proceder necesariamente de la Carrera Judicial o Fiscal, el magistrado de enlace carece de funciones propiamente jurisdiccionales y su naturaleza es la de agente diplomático *sui generis*, incardinado en el Ministerio de Justicia (en situación de servicios especiales) y dependiente orgánicamente de la misión diplomática española en el país de acogida (art. 65 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre).

Se puede encomendar a los magistrados de enlace, además de ciertas funciones de transmisión de información o de fomento de las relaciones comunes, “cualquier actividad que contribuya a impulsar y acelerar, sobre todo a través de contactos directos con los servicios competentes y con las autoridades judiciales del Estado de acogida, todo tipo de cooperación judicial en materia penal, y, en su caso, civil” (art. 2.1).

Corresponde a cada Estado miembro decidir si desea enviar o intercambiar magistrados de enlace con otro Estado miembro, dependiendo sobre todo tal decisión de la intensidad de las relaciones entre ambos en materia de cooperación judicial, así como el concreto cometido que se les quiera asignar. Hasta la fecha, España he designado tan sólo magistrados de enlace en Francia e Italia, para favorecer particularmente la cooperación en materia de extradición.

— La Red Judicial Europea

La Red Judicial Europea es otra institución de la Unión tendente a favorecer la cooperación judicial en materia penal, creada por la Acción Común de 29-6-1998 (*Diario Oficial* L-191, de 7-7-1998). Se basa en la existencia de una serie de puntos de contacto en cada país (jueces o fiscales, principalmente), con los conocimientos de idiomas precisos para poder comunicarse con los puntos de contacto de los restantes países.

La Fiscalía General del Estado ha designado cinco Fiscales como puntos de contacto en la red: dos en la Secretaría Técnica, uno en la Fiscalía de la Audiencia Nacional, y uno en cada una de las dos Fiscalías Especiales.

La principal función de estos puntos de contacto es la de ser “intermediarios activos destinados a facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros, en particular en la actuación contra las formas de delincuencia grave. Se encontrarán a disposición de las autoridades judiciales locales y otras autoridades competentes de su país, de los puntos de contacto de los demás países y de las autoridades judiciales locales y otras autoridades competentes de los demás países, con el fin de permitir que éstos establezcan los contactos directos más apropiados” (art. 4).

Asimismo, la red funciona como un canal de adquisición y transmisión de información acerca de los sistemas judiciales y procesales de los diversos países. Concretamente, los datos de información accesibles a los puntos de contacto, para su ulterior transmisión a las autoridades locales que los precisen, son (art. 8): la lista de los puntos de contacto en cada país, con especificación de sus concretas competencias y de los idiomas que manejan; una lista simplificada de las autoridades judiciales de cada país; información concisa acerca de los sistemas judiciales y procesales de los quince Estados miembros denominadas “fichas belgas”; los textos de los instrumentos jurídicos pertinentes en materia de cooperación judicial penal. Está previsto que esta información se vaya completando progresivamente; en la actualidad se está trabajando, por ejemplo, en la confección del denominado “Atlas judicial europeo”, que permitirá saber cuál es la autoridad judicial competente para ejecutar una comisión rogatoria en cualquiera de las poblaciones de los quince Estados de la Unión.

A diferencia de los magistrados de enlace, que deben desplazarse al país de acogida para desarrollar sus funciones, los puntos de contacto de la red permanecen disponibles y localizables en su lugar habitual de trabajo, sin perjuicio de los viajes que periódicamente realizan para reunirse entre ellos (dos veces al año), o los que esporádicamente puedan realizar si lo requiere la prestación de una concreta ayuda solicitada para reunirse con algún otro punto de la red.

— La unidad Eurojust de cooperación judicial

Dado el progresivo incremento de las solicitudes entre los Estados miembros de la Unión en materia de cooperación judicial, y siguiendo el mandato formulado en el punto 46 de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (octubre de 1999), se ha creado mediante Decisión del Consejo de 14 de diciembre de 2000 (*Diario Oficial* L-324, de 21-12-2000) una unidad provisional de cooperación judicial, con sede en Bruselas, integrada por al menos un representante de cada Estado miembro (un fiscal, un juez o un oficial de policía de competencia equivalente), y cuyos objetivos (art. 2.1) son: “mejorar la cooperación ente las autoridades nacionales competentes relativa a las investigaciones y actuaciones judiciales en relación con la delincuencia grave, en particular cuando se trate de delincuencia organizada que afecte a dos o más Estados miembros; en el mismo marco, estimular y mejorar la coordinación de las investigaciones y de las actuaciones judiciales entre Estados miembros, habida cuenta de las demandas presentadas por las autoridades nacionales competentes y de la información facilitada por los órganos competentes con arreglo a las disposiciones adoptadas en el marco de los Tratados”.

Esta unidad provisional ha sido concebida como embrión de la futura unidad Eurojust de cooperación judicial, cuya creación está previsto que tenga lugar mediante una decisión del Consejo que habrá de adoptarse antes de finales de 2001. Por tanto, las funciones que en el futuro corresponderán a Eurojust las está desempeñando ya actualmente esta unidad provisional.

En la actualidad, ha sido designado ya un fiscal como delegado español en esta unidad provisional, dispuesto a atender las solicitudes de cooperación que le dirijan los jueces y fiscales españoles.

Tanto Eurojust como la Red Judicial Europea son organismos oficiales de la Unión, que aparecerán recogidos en el texto del TUE cuando entre en vigor la reforma operada por el Tratado de Niza, concretamente en los arts. 29 y 31 TUE; este último afirma que el Consejo favorecerá una estrecha cooperación de Eurojust con la Red Judicial Europea con objeto, en particular, de facilitar la ejecución de las comisiones rogatorias y de las solicitudes de extradición.

Queda por concretar cómo se articulará esta estrecha relación entre ambas instituciones o, dicho de otro modo, definir claramente en qué casos las autoridades locales habrán de dirigirse al delegado nacional en Eurojust o a los puntos de contacto de la Red Judicial. A este respecto, puede resultar ilustrativa la comunicación de la Comisión sobre la creación de Eurojust, de 22 de noviembre de 2000. Se afirma en ésta: “Tanto los puntos de contacto de la Red Judicial como Eurojust en su calidad de unidad central deben ser tan accesibles y transparentes como sea posible para los jueces, fiscales y/o funcionarios de policía y de aduana nacionales, así como para Europol y para las correspondientes instituciones de la Unión. Los jueces y fiscales nacionales deben continuar dirigién-

dose principalmente a los puntos de contacto de la red Judicial Europea en los Estados miembros, mientras que dichos puntos de contacto y los organismos y las instituciones pertinentes a nivel de la Unión (concretamente, Europol, o la Comisión, por ejemplo a través de OLAF) tendrían una relación directa con Eurojust. Sin embargo, en ciertos casos, según se ha dicho anteriormente, los jueces nacionales o los funcionarios judiciales también deben poder ponerse en contacto con Eurojust directamente, en especial cuando estén involucrados más de dos Estados miembros”.

Futura actividad del Ministerio Fiscal

Ya se ha aludido anteriormente a la necesidad de formación de los miembros del Ministerio Fiscal en los temas relativos a la cooperación judicial internacional, en particular en materia penal.

A ello va a contribuir previsiblemente el propio marco institucional de la Unión Europea, mediante la creación de una Red Europea de Formación Judicial, que integrará a los organismos responsables de la formación de los jueces y fiscales de los diversos países de la Unión. Por parte española, el documento fundacional fue firmado en la sede de la Escuela nacional de la Magistratura francesa, en Burdeos, en octubre del año pasado por los representantes tanto de la Escuela Judicial como del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Está pendiente, sin embargo, que esta iniciativa sea acogida definitivamente en el seno del Derecho de la Unión, a través de su reconocimiento mediante la correspondiente norma jurídica de creación. En estos momentos, existe ya una iniciativa francesa de propuesta de decisión, publicada en el *Diario Oficial* C-18, de 19 de enero de 2001.

Al margen de la formación que los fiscales puedan adquirir mediante los programas específicos de esta Red Europea de Formación, y sin perjuicio de que en un futuro pueda integrarse en alguno de ellos, la Fiscalía General del Estado ha considerado oportuno desarrollar a través de su Secretaría Técnica un programa de formación para fiscales en materia de cooperación judicial internacional, en el que está prevista la celebración de seminarios y encuentros periódicos, con el objetivo de poder contar con un buen número de fiscales especializados en estos temas, que puedan intercambiar sus experiencias e ir actualizando sus conocimientos al mismo ritmo que vayan surgiendo nuevas posibilidades de cooperación.

En íntima relación con lo anterior, existe el propósito de crear una red propia, en el seno de la Fiscalía General del Estado, con implantación en todo el territorio nacional, cuyos puntos de contacto colaboren plenamente con los ya designados a nivel nacional y desempeñen sus mismas funciones.

INSTRUCCIÓN 4/2001, SOBRE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS IMPUTADOS EN PROCEDIMIENTOS PENALES

Recientemente, el pasado día 21 de julio, se ha publicado el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (RD 864/2001, de 20 de julio). La aprobación de esta norma ha coincidido con un amplio debate desarrollado en la opinión pública, una de cuyas consecuencias ha sido la de revelar la sorpresa y desasosiego que a menudo genera en los ciudadanos la inseguridad jurídica provocada por las dificultades que, en ocasiones, se presentan para poder ejecutar la expulsión de los extranjeros que se hallan imputados por la comisión de delitos comprendidos dentro de lo que se puede denominar delincuencia menor. El tema, que sin duda genera una gran alarma social, no es novedoso, y ha merecido la atención de la Fiscalía General del Estado en varias ocasiones; particularmente en la Circular n.º 1/1994, de 15 de febrero, que modificó en gran medida los criterios establecidos anteriormente en las Consultas n.º 5/1987 y 2/1990.

Ya la citada Circular n.º 1/1994 alertó en su día de la paradoja que supone el hecho de que en ocasiones resulte más fácil expulsar al extranjero que simplemente se encuentra en situación ilegal en nuestro país que a aquél otro que, además de estar en situación ilegal, aparece como presunto responsable de un delito.

La convicción, por parte de los extranjeros en situación irregular, de que, si cometen un delito menor, la preceptiva autorización judicial para proceder a su expulsión es un elemento que dificulta y entorpece el procedimiento administrativo sancionador, puede ser además para ellos un factor inductor de la delincuencia con el único fin de evitar la expulsión. Si a esto se añade, como también señalaba la citada Circular, que la acumulación de detenciones e inculpaciones por parte de un mismo extranjero, que normalmente sigue en situación de libertad provisional, provoca la apertura de diversas causas en varios Juzgados de Instrucción, cuya autorización —de todos y cada uno de ellos— es preciso recabar para poder proceder a la expulsión, se comprende que a veces sea suficiente la negligencia o la mera inacción de uno solo de los Jueces de Instrucción que han de autorizar la expulsión para que ésta quede paralizada, lo cual es predicable en igual medida de los Fiscales que conforme al art. 57.7 de la LO 4/2000 han de ser oídos previamente para conceder dichas autorizaciones.

Por otra parte, la reforma operada por la LO 8/2000 en el citado art. 57.7 de LO 4/2000 ha sustituido el término “encartado”, que se venía utilizando desde

la vieja LO 7/1985, por el de “procesado o inculpado”. El significado del término “procesado” es inequívoco, pero no será de aplicación al supuesto del art. 57.7, porque éste se limita a los delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años y el procesamiento es un trámite exclusivo del sumario ordinario, que se reserva para la instrucción de los delitos castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años (art. 779 LECrim.). En cuanto al significado del término “inculpado”, ha de entenderse, conforme a la jurisprudencia constitucional sobre el procedimiento abreviado y como ya expuso la mencionada Circular n.º 1/1994, que la condición de imputado o inculpado se adquiere desde el mismo momento en que el Juez de Instrucción pone en su conocimiento el hecho punible objeto de las Diligencias Previas y le ilustra de sus derechos, lo cual ha de tener lugar en la primera comparecencia prevista en el art. 789.4 LECrim. Desde este momento, por tanto, ya se tiene conocimiento de cuál es el delito que se le imputa al extranjero en cuestión —en particular, si se trata o no de delito castigado con pena privativa de libertad inferior a seis años, lo que obviamente incluye también cualquier otra pena no privativa de libertad— y es posible autorizar su expulsión, si así lo interesa del Juez de Instrucción la autoridad gubernativa competente.

Por todo ello, y sin perjuicio de que una futura Circular aborde de manera más completa y detallada todos los aspectos de la intervención del Ministerio Fiscal en la materia, ha parecido oportuno dictar ahora al menos las siguientes instrucciones.

En los casos en que un extranjero contra el que se haya adoptado una resolución que acuerde su expulsión se halle inculpado en un proceso penal, siguiendo el criterio que ya en su día se indicó en la tan citada Circular n.º 1/1994 y que asimismo sostiene el art. 100.2.c) del RD 864/2001, los Sres. Fiscales habrán de promover activamente la autorización de su expulsión por los Jueces de Instrucción competentes.

Concretamente, una vez que el extranjero en cuestión haya sido oído en declaración como imputado, el Fiscal interesará con carácter general, ponderando todas las circunstancias concurrentes y salvo que concurran circunstancias particulares y excepcionales que lo desaconsejen, la autorización de su expulsión. Igualmente, deberá informar favorablemente, al mismo tiempo o con carácter previo al informe sobre autorización de la expulsión, la adopción de las medidas cautelares (en particular el internamiento) que se estimen precisas para poder garantizar la futura eficacia de la resolución que acuerda la expulsión.

De manera análoga, en los supuestos contemplados en el supuesto primero del art. 89.1 del Código Penal, como también estableció en su día la Circular 1/1994, si un extranjero no residente legalmente en España fuese condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años, el Ministerio Fiscal solicitará con carácter general, salvo que la excepcionalidad del supuesto sugiera lo contrario, su expulsión por decisión judicial como sustitutiva de la condena impuesta.

CRÓNICA LEGISLATIVA

JULIO

- ❑ Real Decreto 658/2001, de 22 de junio (BOE de 10 de julio), por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.
- ❑ Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE del 21), por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.
- ❑ Real Decreto 865/2001, de 20 de julio (BOE del 21), por el que se aprueba el Reglamento del Estatuto de apátrida.

AGOSTO

- ❑ Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto (BOE del 4), por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro estado miembro de la Unión Europea.
- ❑ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, hecho en Nueva York el 6 de octubre de 1999 (BOE de 9 de agosto de 2001).

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

ALONSO PÉREZ, F. (y otros), *Manual de Derecho penal para Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2001.

ALONSO PÉREZ, F., *120 casos prácticos de derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2001.

CALDERÓN CEREZO, A. /CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Derecho penal*, t. I y II (parte general y parte especial), 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 2001.

CONDE-PUMPIDO, F.C., (Dir.) *Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*, Trivium, Madrid, 2001.

CUADRADO RUIZ, M.A./MONGE FERNÁNDEZ, A., *Casos prácticos de derecho penal*, parte especial, Mergablum, Sevilla, 2001.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Curso de derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid, 2001.

LANDROVE DIAZ, G., *Derecho penal de menores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

POLO RODRÍGUEZ, I./HUELAMO BUENDÍA, A.I., *La nueva ley penal de menores*, 2.^a ed. Actualizada, Colex, Madrid, 2001.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, Madrid, 2000.

— *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un Proyecto Alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Málaga, 2000.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Estudios Penales*, Colex, Madrid, 2001.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2001.

CHOCLAN MONTALVO, J.A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de las ganancias*, Dykinson, Madrid, 2001.

DOLZ LAGO, M.J., *Derecho transitorio penal de menores*, Dykinson, Madrid, 2001.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia. Estado sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio de "fin de protección de la norma de cuidado"*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

IÑIGO CORROZA, M.E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

MAIFERRER DOMINGO, A., *La pena de infamia en el derecho histórico especial*, Dykinson, Madrid, 2001.

MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.

NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*, Colex, Madrid, 2001.

PUPPE, I., *La imputación objetiva. Presentado mediante casos ilustrados de la jurisprudencia de los Altos Tribunales*, Comares, Granada, 2001.

SAINZ CANTERO CAPARROS, J.E., *La "codelincuencia" en los delitos imprudentes en el Código penal de 1995*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 23.7.º cp)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

VIDAL MARTÍNEZ, F., *La nueva responsabilidad penal del menor según la LO 5/2000*, Difusión jurídica y temas de actualidad, Barcelona, 2000.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Las eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de importación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

CASTRO MORENO, A., *La malversación de caudales públicos en el Código penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

FERNÁNDEZ PALMA, R., *El delito de injurias*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

LANDA GUROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expresionistas del Derecho penal*, Comares, Granada, 2001.

MADARIAGA Y APENALLIZ, J.J., *La protección del medio ambiente frente al delito de incendios forestales. Problemática jurídica y criminológica*, Dykinson, Madrid, 2001.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La violencia doméstica. Análisis criminológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2001.

MORETÓN TOQUERO, M.A., *Delitos contra el honor: la injuria*, Bosch, Barcelona, 2001.

ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

TRABADO ÁLVAREZ, C., *Protección penal del medio ambiente. Derecho penal y normativa extrapenal sobre medio ambiente*, Septem, Oviedo, 2001.

URRAZA ABAD, J., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2001.

V. CRIMINOLOGÍA

DÍEZ RIPOLLES, J.L./CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., (edi.), *Los problemas de la investigación empírica en criminología: la situación española*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

GONZÁLEZ VIDOSA, E., *¿Qué es la ayuda a la víctima?*, Atelier, Barcelona, 2001.

HERRERO HERRERO, C., *Criminología (parte general especial)*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2001.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. COMENTARIOS

GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A.; HERNÁNDEZ GUIJARRO, J.; PAZ RUBIO, J.M.; RODRÍGUEZ RAMOS, L.; TOMÉ PAULE, J., *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado. Concordancias y comentarios a los procedimientos ordinario, abreviado y Ley del Jurado*, Madrid, 2001, 1164 páginas.

II. MANUALES

MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., LÓPEZ EBRI, G., *Contestaciones al programa de derecho procesal penal para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2001, 992 páginas.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., N MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 583 páginas.

III. MONOGRAFÍAS

BELLIDO PENADÉS, R., *Extradición en Derecho español. Normativa interna y convencional: Consejo de Estado y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2001, 269 páginas.

CHIANG REBOLLEDO, M.E., *Procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria*, Bosch, Barcelona, 2001.

GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, Comares, Granada, 2001, 327 páginas.

HURTADO ADRIÁN, A.L., *Competencia y conexidad en la Ley del Jurado*, Madrid, 2001, 54 páginas.

IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J.M., *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en las mismas*, Aranzadi, Pamplona, 2001, 364 páginas.

MARTÍNEZ PÉREZ, R., *Policía judicial y Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 2001, 538 páginas.

MAQUEDA ABREU, M.L., *Acusación y denuncia falsas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 83 páginas.

MUÑOZ LLORENTE, J., *La nueva configuración del principio "ne bis in idem"*, La Ley, Madrid, 2001, 111 páginas.

PÉREZ MARTELL, R., *Los recursos contra las resoluciones del Juez instructor*, Marcial Pons, Madrid, 2001, 232 páginas.

SANTOS REQUENA, A.A., *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001, 344 páginas.

TINOCO PASTRANA, A., *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*, Sevilla, 2001, 170 páginas.

YÁÑEZ VELASCO, R., *El recurso en el enjuiciamiento criminal español. Elementos para una teoría procesal general*, Atelier, Barcelona, 2001, 411 páginas.

IV. FORMULARIOS

CÓRDOBA CAMPOS, R., *Formularios a la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores*, Comares, Granada, 2001, 216 páginas.

CHIANG REBOLLEDO, M.E., *Procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (incluye formularios)*, Bosch, Barcelona, 2001, 146 páginas.

GUZMÁN FLUJA, V.C.; FLORES PRADA, I.; COLMENERO GUERRA, J.A., *Formularios procesales penales*, Pamplona, 2001, 364 páginas.

V. OTROS

ESCUELA JUDICIAL. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Lenguaje forense*, (Colección Estudios de Derecho Judicial 32), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, 148 páginas.