

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica. *Carlos Fraile Coloma* 13
- La detención y otras medidas de coerción con menores. *Prudencio Aparicio Blanco* 35

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- La aplicación jurisprudencial del art. 31 del Código Penal Español. *Javier Gustavo Fernández Teruelo* 61

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUCENCIA 69
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 79
- **Sentencia 297/2000 (Sala 2.ª), de 11 de diciembre:** Libertad de información y derecho al honor 79
- **Sentencia 310/2000 (Sala 1.ª), de 18 de diciembre:** Vulneración del derecho a un juez imparcial 85

	Página
— Sentencia 284/2000 (Sala 1.ª), de 27 de noviembre: Agotamiento de los recursos en la vía judicial (nulidad de actuaciones)	88
— Sentencia 288/2000 (Sala 2.ª), de 27 de noviembre: “Habeas corpus” y detención preventiva que excede del tiempo estrictamente necesario	90
— Sentencia 11/2001 (Sala 1.ª), de 29 de enero: Sentencia de apelación vulneratoria del derecho a la tutela efectiva	92
— Sentencia 16/2001 (Sala 2.ª), de 29 de enero: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia)	94
— Sentencia 21/2001 (Sala 2.ª), de 29 de enero: Responsabilidad civil (baremo)	95
— Sentencia 28/2001 (Sala 2.ª), de 29 de enero: Prórroga de prisión provisional y vulneración del derecho a la libertad	98
— Sentencia 64/2001 (Pleno), de 17 de marzo: Aforamiento y derecho al doble grado de jurisdicción	100
TRIBUNAL SUPREMO	105
— Acuerdos de la Sala de lo Penal del T.S. de 15 de diciembre de 2000	105
— Sentencia 1531/2000, de 5 de octubre: Competencia de la Audiencia Provincial y no del Tribunal del Jurado	105
— Sentencia 1532/2000, de 9 de octubre: Naturaleza del auto de transformación del procedimiento en abreviado	106
— Sentencia 1537/2000, de 9 de octubre: Alevosía. Compatibilidad con atenuante muy cualificada	108
— Sentencia 1538/2000, de 9 de octubre: Comisión por omisión en agresión sexual	110
— Sentencia 1603/2000, de 16 de octubre: Apelación contra sentencia dictada por el Tribunal del Jurado	114
— Sentencia 1574/2000, de 17 de octubre: Responsabilidad civil derivada del delito	115
— Sentencia 1586/2000, de 17 de octubre: Negociaciones prohibidas a funcionarios públicos	118
— Sentencia 1165/2000, de 19 de octubre: Protección de testigos	120
— Sentencia 1611/2000, de 19 de octubre: Homicidio imprudente	122

	Página
— Sentencia 1618/2000, de 19 de octubre: Alcance de la sentencia de casación que declara no haber lugar a la nulidad decretada por el TSJ en la apelación de sentencia dictada en causa con jurado .	124
— Sentencia 1599/2000, de 20 de octubre: Hurto de uso de vehículo de motor	126
— Sentencia 727/2000, de 23 de octubre: Prevaricación	128
— Sentencia 1614/2000, de 23 de octubre: Improcedencia del recurso de casación	130
— Sentencia 1077/2000, de 24 de octubre: Apelación de sentencia del Tribunal del Jurado	132
— Sentencia 1657/2000, de 24 de octubre: Imputación extemporánea no generadora de indefensión	134
— Sentencia 1639/2000, de 26 de octubre: Aborto terapéutico. Error vencible de prohibición	136
— Sentencia 1666/2000, de 27 de octubre: Vulneración del principio acusatorio	139
— Sentencia 1700/2000, de 3 de noviembre: Auto de aclaración	141
— Sentencia 1688/2000, de 6 de noviembre: Prescripción en delito fiscal	142
— Sentencia 1731/2000, de 10 de noviembre: Utilización de menores en la mendicidad	144
— Sentencia 1741/2000, de 14 de noviembre: Pertenencia a banda armada y colaboración con banda armada	146
— Sentencia 1742/2000, de 14 de noviembre: Nulidad de diligencia de entrada y registro	149
— Sentencia 1341/2000, de 20 de noviembre: Imputabilidad del esquizofrénico	150
— Sentencia 1341/2000, de 20 de noviembre: Denuncia como requisito de procedibilidad	151
— Sentencia 1790/2000, de 22 de noviembre: Robo y detención ilegal	152
— Sentencia 1809/2000, de 24 de noviembre: Estafa impropia (doble venta)	154
— Sentencia 1837/2000, de 28 de noviembre: Tráfico de drogas (organización)	156
— Sentencia 1832/2000, de 29 de noviembre: Competencia del Tribunal del Jurado (delitos conexos)	157

	Página
— Sentencia 1856/2000, de 29 de noviembre: Lesiones	160
— Sentencia 1858/2000, de 1 de diciembre: Principio acusatorio	162
— Sentencia 1875/2000, de 1 de diciembre: Malversación de caudales públicos	163
— Sentencia 1866/2000, de 5 de diciembre: Tentativa inidónea .	165
— Sentencia 1866/2000, de 5 de diciembre: Valor de las declaraciones del coimputado	169
— Sentencia 1874/2000, de 5 de diciembre: Apropiación indebida	172
— Sentencia 1889/2000, de 11 de diciembre: Tráfico de drogas .	173
— Sentencia 1895/2000, de 11 de diciembre: Tentativa	174
— Sentencia 1911/2000, de 12 de diciembre: Traducción (pericial) de las conversaciones telefónicas intervenidas	176
— Sentencia 1923/2000, de 14 de diciembre: Robo con intimidación	178
— Sentencia 1929/2000, de 15 de diciembre: Ejercicio legítimo del cargo	180
— Sentencia 1947/2000, de 15 de diciembre: Asistencia letrada de oficio	181
— Sentencia 1965/2000, de 15 de diciembre: Apropiación indebida (y administración desleal)	183
— Sentencia 1940/2000, de 18 de diciembre: Actuación en nombre de otro	184
— Sentencia 1950/2000, de 19 de diciembre: Denegación de prueba	185
— Sentencia 1801/2000, de 20 de diciembre: Excusa absolutoria	187
— Sentencia 2011/2000, de 20 de diciembre: Responsabilidad civil derivada del delito	188
— Sentencia 2004/2000, de 21 de diciembre: Obstrucción a la justicia y amenazas	191
— Sentencia 1805/2000, de 26 de diciembre: Alzamiento de bienes .	192
— Sentencia 2001/2000, de 27 de diciembre: Falsedad en certificación	195
— Sentencia 1816/2000, de 28 de diciembre: Incongruencia omisiva	197
— Sentencia 1997/2000, de 28 de diciembre: Proporcionalidad de la pena en tráfico de drogas	199

	Página
— Sentencia 2047/2000, de 28 de diciembre: Asesinato (infanticidio)	201
— Sentencia 1867/2000, de 29 de diciembre: Presencia del interesado en el registro domiciliario	202
— Sentencia 2030/2000, de 29 de diciembre: Revisión penal ...	203
— Sentencia 40/2001, de 16 de enero: Declaraciones testificales contradictorias	205
— Sentencia 30/2001, de 17 de enero: Imputación objetiva en delito de lesiones	206
— Sentencia 26/2001, de 22 de enero: Tenencia de armas prohibidas	208
— Sentencia 27/2001, de 22 de enero: Falta de motivación en la individualización de la pena	211
— Sentencia 34/2001, de 22 de enero: Dolo eventual	212
— Sentencia 74/2001, de 22 de enero: Legítima defensa, tenencia ilícita de armas	213
— Sentencia 75/2001, de 22 de enero: Internamiento del inimputable	216
— Sentencia 46/2001, de 24 de enero: Dilaciones indebidas	217
— Sentencia 60/2001, de 27 de enero: Intervención del Ministerio Fiscal en recursos de casación por delitos privados	218
— Sentencia 61/2001, de 27 de enero: Pericia antropomórfica ..	220
— Sentencia 87/2001, de 29 de enero: Atentado	221
— Sentencia 86/2001, de 31 de enero: Participación en riña	222
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	 225
— Sentencia 181/2000, de 29 de junio (AP Valencia): Infracción de la medida cautelar de no aproximación a la presunta víctima .	225
— Auto 205/2000, de 14 de agosto (AP Vizcaya): Interpretación de la habitualidad delictiva a los efectos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena	227
— Sentencia de 5 de septiembre de 2000 (AP Barcelona): La capacidad económica para pagar pensiones alimenticias es elemento típico que debe probarse	229
— Auto 275/2000, de 6 de septiembre (AP Barcelona): Resoluciones que precisan de notificación personal a los interesados ..	231

	Página
— Sentencia de 12 de septiembre de 2000 (AP Barcelona): Consumación de los delitos relativos a la propiedad intelectual . . .	232
— Auto de 28 de septiembre de 2000 (AP Barcelona): Delito de impedimento de ejercicio de otros derechos cívicos	234
— Auto 385/2000, de 4 de octubre (AP Vizcaya): La deshabitación como requisito para suspender la ejecución de penas privativas de libertad de hasta tres años	235
— Sentencia 210/2000, de 4 de octubre (AP Vizcaya): Sucesión de la cobertura del seguro de responsabilidad civil en caso de transmisión de vehículo asegurado	236
— Sentencia 312/2000, de 7 de octubre (AP Madrid): Grabación videográfica en vía pública: no le son aplicables las garantías puestas para la intercepción de comunicaciones telefónicas . .	238
— Sentencia de 9 de octubre de 2000 (AP Barcelona): Faltas de amenazas pueden integrar delito de violencia familiar	240
— Sentencia 369/2000, de 10 de octubre (AP Madrid): Aplicación del principio “non bis in idem” entre los artículos 379 y 380 del Código Penal	241
— Sentencia 296/2000, de 16 de octubre (AP Madrid): Interpretación auténtica de animal dañino o fiero a los efectos de la falta correspondiente	242
— Sentencia 394/2000, de 23 de octubre (AP Madrid): Sobre si la exhibición al público para su venta en establecimiento comercial constituye tenencia ilícita de armas	243
— Sentencia 544/2000, de 31 de octubre (AP Madrid): La renuncia del perjudicado no impide la persecución del delito contra la propiedad industrial	245
— Sentencia 402/2000, de 7 de noviembre (AP Madrid): Problemática de las alcoholemias comprendidas entre 0,50 y 2 gr. de alcohol por 1000 cc de sangre	246
— Auto de 8 de noviembre de 2000 (AP Barcelona): Delito de transformación en procedimiento abreviado. Motivación	248
— Auto de 17 de noviembre de 2000 (AP Barcelona): Competencia territorial: amenazas verbales telefónicamente	249

	<u>Página</u>
— Sentencia 110/2000, de 30 de noviembre (AP Sevilla): Distinción entre imprudencia grave e imprudencia profesional	251
— Auto 266/2000, de 7 de diciembre (AP Sevilla): Responsabilidad civil “ex delictu”: ¿devenga intereses el retraso en el pago de condena a pagar intereses?	253
— Sentencia 449/2000, de 22 de diciembre (AP Madrid): No constituye falsedad documental la falsificación de tarjeta telefónica .	255

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

— Consulta 2/2000, sobre la aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 56 del Código Penal	259
— Circular 1/2001, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles .	267

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Crónica Legislativa	273
---------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

— Recensión	277
— Derecho Penal	283
— Derecho Procesal Penal	287

ARTÍCULOS DOCTRINALES

IMPRUDENCIA PUNIBLE Y ACTIVIDAD MÉDICO-QUIRÚRGICA

CARLOS FRAILE COLOMA

Magistrado

El progresivo aumento que han venido experimentando en los últimos años, tanto en nuestro país como en los demás países de nuestro entorno sociocultural, las acciones penales contra los profesionales sanitarios⁽¹⁾, hace que sea de extraordinario y permanente interés el planteamiento de las cuestiones relativas a la configuración de los delitos imprudentes y de los específicos problemas que se suscitan cuando los agentes de los mismos son los citados profesionales.

La exigencia de responsabilidad penal al médico ha sido una constante histórica. Ya en la *Lex Aquilia* romana se encuentran referencias a la misma. También en las Partidas⁽²⁾ se alude al médico o cirujano que causare muerte o lesiones, distinguiendo si ello se ocasionaba a siervos o a hombres libres. En el primer caso se obligaba a la reparación del daño al señor del siervo y, en el segundo, se anunciaba la imposición de una pena, según el arbitrio del juzgador.

No han faltado, sin embargo, posturas en favor de la irresponsabilidad de los profesionales sanitarios. Así, el Dr. Marañón decía que es un disparate fundamental y un principio totalmente inaceptable pedir cuentas al médico de su fracaso con un criterio científico, “... *como se le pide a un ingeniero que ha*

(1) Según RUIZ VADILLO —“La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la Medicina”, en *Actualidad Penal*, 1994—, más del 10% de los médicos fueron objeto en Estados Unidos, en el año 1991 de reclamaciones judiciales.

(2) Partida VII, Ley IX, Título XV.

calculado mal la resistencia de un puente... El enfermo debe aceptar un margen de inconvenientes y de peligros derivados de los errores de la Medicina y del médico mismo como un hecho fatal, como acepta la enfermedad misma. Esta afirmación parece mucho más atrevida de lo que es en realidad; nada que es exacto es atrevido desde el momento que se plantea con claridad. Lo único que se puede exigir al médico es buena fe, buena voluntad, honradez, moralidad. Si falta a ellas, sí será culpable, claro es; pero de otra clase de delitos, cuya sanción nadie será capaz de discutir...”

Y es que nos movemos en un terreno ciertamente resbaladizo en el que no resulta sencillo el encaje de los numerosos aspectos en conflicto. La propia naturaleza de la actividad médica es, en este sentido, un factor más que decisivo, pues su ejercicio genera riesgos para las personas, que se asumen en atención a la finalidad curativa o paliativa que persiguen. Ello se acentúa por el extraordinario avance que la Medicina viene experimentando, lo que se proyecta en una cada vez mayor proliferación y diversificación de tratamientos, así como en el incremento de la tecnificación del ejercicio y de las exigencias de especialización y de actualización de los profesionales.

Pero, desde el punto de vista de los pacientes, la situación también ha evolucionado, haciéndolo de modo paralelo a la elevación del nivel cultural y a las facilidades de acceso a la información. Así, por una parte, se ha perdido el modo reverencial con que se configuraba la relación con el facultativo, y, por otra, se está en mejor disposición para valorar la actuación del mismo, utilizando los múltiples datos que fluyen a diario en los medios de comunicación, en los que se da difusión detallada a hechos similares.

Finalmente, en lo que a nuestro ordenamiento jurídico respecta, hay que resaltar que, además del Ministerio Fiscal, los particulares pueden ejercitar acciones penales, sean o no perjudicados por el delito —art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— y que cabe que dichos particulares deduzcan en el proceso penal la acción civil de restitución, reparación o indemnización, bien separadamente, bien juntamente con la penal, siendo esto último obligatorio —art. 108 Lecrim.— para el Ministerio Público, salvo renuncia expresa del ofendido.

Con tales premisas, el aumento de reclamaciones judiciales resulta inevitable, así como la elección en muchas ocasiones de la vía procesal penal, ya que el objetivo primordial, la obtención de la indemnización, es susceptible de ser alcanzado con mayor rapidez, bien por la naturaleza más expeditiva de este ámbito procesal, bien por la coerción que el anuncio de la pena puede suponer para el profesional imputado, lo que puede impulsarle a procurar un acuerdo económico con el denunciante o querellante.

Pero todo esto también repercute en el profesional a la hora de articular el ejercicio de la actividad sanitaria con especial preocupación por su propia pro-

tección. Surge así la llamada medicina defensiva, en la que se recurre de manera incluso abusiva a las pruebas para asegurar una correcta diagnosis, sometiendo a veces al paciente a los riesgos innecesarios que tales pruebas comportan y demorando la propia actuación curativa, con el consiguiente aumento de riesgo y la desviación de la actividad médica de su fin último, que no es otro que procurar la curación del paciente o la minimización de sus dolencias, evitándole todo tipo de sufrimientos innecesarios para llegar a tal meta.

El Tribunal Supremo —entre otras, sentencia de 8 de julio de 1994— se hace eco de estas cuestiones, al señalar que “... *la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre graves dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por definición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico, que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico, la libertad en la medida expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales*”.

Aunque no faltan cuestiones problemáticas en el área de la culpabilidad dolosa⁽³⁾, el estudio de la responsabilidad criminal en el ejercicio de la actividad sanitaria, por razones puramente prácticas y de incidencia litigiosa, debe centrarse fundamentalmente en la materia relativa a la imprudencia punible. Veremos a continuación, alguno de los aspectos más relevantes que plantea su estudio, así como, sin pretensión de exhaustividad, los criterios doctrinales y jurisprudenciales más relevantes.

1. Los tipos penales implicados y sus requisitos comunes

El Código Penal incluye varios preceptos de naturaleza culposa que tienen una especial incidencia en la actividad sanitaria. Así, el artículo 142 castiga el homicidio, con una previsión agravatoria, en el apartado 3, para los casos de imprudencia profesional; el 146, se refiere al aborto, con idéntico supuesto de agravación; el 152, acoge los diversos casos de lesiones, también susceptibles de agravación por la razón antes señalada; el 158, regula las lesiones al feto, con la correspondiente alusión a la imprudencia profesional; el 159.2, hace referencia a la alteración del genotipo; finalmente, además de los anteriores tipos, todos ellos constitutivos de delito, el artículo 621 configura como falta las lesiones del artículo 147.2, cometidas por imprudencia grave, y el homicidio y las demás lesiones, cuando la imprudencia que las ocasiona es de carácter leve.

Con carácter general, la causación al paciente, en el ámbito de la actividad sanitaria, de la muerte, de las lesiones o de cualquier otro de los resultados típi-

(3) Más adelante, al hablar del consentimiento, se abordan aquí algunas.

cos antes mencionados, llevarán respectivamente al nacimiento de las correspondientes infracciones imprudentes, siempre que concurren los siguientes tres elementos: un comportamiento infractor del deber objetivo de cuidado, la producción de uno de aquellos resultados típicos de muerte o de menoscabo de la salud y la existencia de relación de causalidad y de imputación objetiva entre la acción objetivamente imprudente y el resultado. La ausencia de cualquiera de ellos excluye la consideración de la conducta desde el punto de vista del homicidio, lesiones o demás infracciones punibles imprudentes, ya que el desvalor de la acción carece de transcendencia, si no va acompañado del desvalor del resultado derivado de aquella y, a la inversa, la muerte o el menoscabo de la salud del paciente no harán nacer la responsabilidad penal si la intervención se ajusta a las exigencias de la norma de cuidado.

El Tribunal Supremo, se ha ocupado ampliamente de la cuestión. Así, la sentencia de 13 de febrero de 1997, con relación a la imprudencia médica, hacía referencia a la evolución jurisprudencial, en los siguientes términos: *La culpa o negligencia con resultado de muerte o lesiones dentro del ámbito sanitario presenta ciertas peculiaridades con relación a otras actividades dentro de la vida social, como ocurre "ad exemplum" en el campo automovilista, pues mientras en éste con tal actuación ya se generan riesgos, la prestación médica y sanitaria se produce ya en situaciones de peligro y de variable gravedad no determinadas por lo general por el quehacer profesional que interviene precisamente para suprimir o aminorar tal peligrosa situación.*

Pero, en todo caso, según la más moderna doctrina científico-penal el delito imprudente en la actividad sanitaria exige en la estructura de su tipo:

- a) *La inobservancia de los deberes objetivos de cuidado que impone la concreta actividad.*
- b) *La producción de muerte o lesiones.*
- c) *Una relación de causa a efecto entre la conducta del agente y el resultado dañoso producido.*
- d) *Imputación objetiva del resultado.*

Aparece así una diferencia entre las infracciones dolosas y las imprudentes, no sólo en el orden a la diferente forma de culpabilidad, sino en que aquellas admiten una imperfección o deficiencia del resultado querido, al paso que ello resulta inconcebible en los delitos culposos, en los que tan sólo existe infracción punible cuando se ha producido el resultado lesivo o dañoso y en concreto en el ámbito médico-sanitario precisa un resultado de muerte o de lesiones. Se trata en definitiva de homicidios y lesiones imprudentes y no sólo con la promulgación del nuevo Código Penal de 1995, que sigue el sistema de los "crimina culposa" junto a las infracciones dolosas correspondientes, sino in-

cluso bajo el sistema del texto derogado del crimen “culpa”, pues no en vano el artículo 565 exigía la ejecución de un hecho, que si mediare dolo, constituiría delito y a continuación se refería a la producción de muerte o lesiones y concretaba resultados específicos al referirse en dicho precepto a los artículos 418, 419 o 421.2 del mismo texto penal.

Incluso la más añeja jurisprudencia de esta Sala, ya abandonada, distinguió en la imprudencia punible tres elementos fundamentales: una acción u omisión voluntaria no maliciosa, un mal efectivo y concreto y una relación de causalidad entre ambos. Más modernamente, la sentencia de 2 de mayo de 1975 configura el delito culposo como “la voluntaria omisión de la diligencia personal, y del deber objetivo de cuidado exigido, que genera en una adecuada relación causal, un resultado punible, y que por su naturaleza de previsible pudo y debió preverse por el agente, cuya naturaleza ha de reprocharse culpabilísticamente, por su manifiesta e indebida deficiencia. “Por tanto, no es suficiente con una conducta imprudente, se precisa además la producción de un resultado material perjudicial, pues se trata de un delito de resultado material. Ya en la sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 1991 se exige “el daño o perjuicio concreto, sobrevenido como consecuencia de aquella conducta negligente, en su doble vertiente de falta de previsión o “deber de saber” y la falta de cuidado o “deber de evitar”, añadiendo, además, la citada resolución que “entre la actuación negligente y el resultado dañoso ha de mediar la correspondiente relación de causalidad, de causa a efecto, lo que a su vez generará la responsabilidad cuando el reproche sea imputable a persona determinada”.

A su vez, la sentencia de 8 de noviembre de 1999, señala: *El Código penal de 1995 ha variado sustancialmente la naturaleza de la imprudencia. Al adoptar el sistema de “crimina culposa” determina que “son delitos o faltas las acciones y omisivas dolosas o imprudentes penadas por la ley” (art. 10 Código Penal) y que “las acciones y omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”.*

La exigencia de responsabilidad por imprudencia parte de comprobar que existió una acción, u omisión, que crea un riesgo o supera el riesgo permitido, produciendo un resultado que sea concreción de la acción realizada. Desde el análisis del comportamiento, activo u omisivo, ha de comprobarse que el sujeto pudo reconocer el peligro que su acción suponía y que pudo adoptar la solución correcta. Ambas situaciones, reconocimiento del peligro y capacidad para actuar correctamente deben ser examinadas con arreglo a un baremo derivado de la norma objetiva de cuidado cuya infracción determinará el comportamiento imprudente. El resultado debe ser consecuencia del comportamiento calificado de imprudente y debe ser evitable con alta probabilidad, desde un comportamiento observante de la norma objetiva de cuidado.

2. Inobservancia de los deberes de cuidado

El delito imprudente ⁽⁴⁾ supone la infracción de la norma objetiva de cuidado, ya que el tipo culposo responde a una de tales normas que abarcan todas las posibles conductas capaces de crear un riesgo no permitido de lesión de un bien jurídico. El riesgo será no permitido y, por ende, típicamente relevante cuando sea adecuado para causar la lesión y exigible y posible al sujeto su evitación.

En cada uno de los sectores en que se desenvuelve la actividad humana, suelen existir cuerpos normativos específicos de carácter técnico, reglas surgidas de la experiencia con el fin de evitar la puesta en peligro o la lesión de los bienes jurídicos. Pero mientras tales normas se formulan genéricamente, el deber objetivo ha de establecerse individualizadamente en cada una de las situaciones concretas, por lo que, en caso de conflicto, será la valoración judicial la que habrá de determinar si se produjo la infracción del último, sin que la transgresión de las primeras suponga sin más que surja la infracción, ya que, en lo que concierne a la imprudencia punible, tienen un valor meramente indicativo.

Siguiendo a JESCHEK, viene distinguiendo la doctrina entre los deberes de cuidado interno y externo. El primero ⁽⁵⁾, exige advertir el peligro para el bien jurídico protegido y valorarlo correctamente, y el segundo obliga a evitar la producción del resultado mediante un comportamiento adecuado. La jurisprudencia suele ubicar sistemáticamente el primero dentro del tipo del injusto imprudente, derivando el segundo, centrado en los conceptos de previsibilidad y evitabilidad, al área de la culpabilidad.

En cuanto a la naturaleza de este deber, hay posturas doctrinales encontradas a la hora de establecer su naturaleza. Hay autores —CORCOY BIDASOLO, MIR PUIG— que para la determinación de su contenido, dentro del tipo del injusto, acuden a criterios subjetivos o individuales, teniendo en cuenta, como medida de valoración, la capacidad individual del autor y su específica aptitud para prever la posibilidad de lesión del bien jurídico. Así, cuanto mayor sea el nivel del profesional, más alto estará el techo de su responsabilidad, lo que, llevado al extremo contrario, conduciría incluso a la desaparición de la responsabilidad de quien posea una capacidad o conocimientos inferiores. Si se entiende, con otros autores —JESCHECK, CEREZO MIR—, que el deber de cuidado es objetivo, existirá un nivel general exigible a todos, independientemente de la capacidad o habilidad personal.

(4) Vid. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente, criterios de imputación del resultado*, Ed. PPU, 1989. Cfr. también GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Ed. Bosch, 1997.

(5) Vid. JORGE BARREIRO, “La imprudencia profesional”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993.

Aunque los dos criterios presentan inconvenientes, la referencia, siguiendo a JORGE BARREIRO ⁽⁶⁾, ha de establecerse, sin perder de vista unos índices mínimos de generalidad y objetividad y no de forma atomizada y singularizada. De este modo hay que tener en cuenta las circunstancias, conocimientos y aptitudes concurrentes, previamente a la realización del hecho, pero ello ha de ponerse en relación con la conducta de un hombre diligente del mismo ámbito socio-laboral, en la misma situación y con similares conocimientos o aptitudes.

Como ya hemos dicho, un primer paso para la determinación del cuidado objetivamente debido es acudir a ciertas formulaciones normativas, que recogen el conjunto de reglas técnicas a las que suele sujetarse el ejercicio de una actividad profesional. Es lo que se ha venido conociendo como *lex artis*.

No existe una reglamentación general que establezca la norma de cuidado en la esfera sanitaria. El derecho a la salud, que consagra el artículo 43 de la Constitución Española, se desarrolla a través de diversas normas que regulan aspectos particulares. Podemos citar, a este respecto, como más destacable, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad ⁽⁷⁾. Asimismo, pueden reseñarse el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, aprobado por D. 3160/1966, de 23 de diciembre ⁽⁸⁾, y el Estatuto Jurídico del Personal Sanitario no Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, recogido en la Orden Ministerial de 26 de abril de 1973 ⁽⁹⁾.

A la hora de efectuar la labor individualizadora del caso concreto, para valorar si se ha producido o no la infracción del cuidado objetivamente debido, son varios los aspectos a verificar, entre otros: la propia capacidad del profesional para llevar a cabo el acto, la existencia o no de una permanente actualización de los conocimientos profesionales, las circunstancias concretas de tiempo y de lugar en que se lleva a cabo la actividad sanitaria, el deber de información al paciente o a los familiares. Y ello, con la correspondiente atención a las distintas fases de la actividad médico-quirúrgica: anamnesis, diagnosis, prognosis, ejecución de la actividad y seguimiento posterior del paciente.

(6) Op. cit.

(7) Modificada por la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento y la Ley 55/1999, de 29 de diciembre.

(8) Objeto de numerosas modificaciones, entre las que cabe citar las operadas por los Decretos 1873/71, de 23 de julio, Reales Decretos 1033/1976, de 9 de abril, 701/1977, de 28 de marzo, 3110/1977, de 28 de octubre, 2690/1981, de 2 de octubre, y 118/1991, de 25 de enero, y por el Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero.

(9) También modificado sucesivamente por las Órdenes Ministeriales de 27 de diciembre de 1983, 14 de junio y 11 de diciembre de 1984, y 27 de diciembre de 1986, por el Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, y por el Real Decreto-ley 1/1999, de 8 de enero.

Resulta de interés en este punto el planteamiento de la cuestión relativa a la necesidad de consentimiento del paciente en el tratamiento médico⁽¹⁰⁾. En su actuación curativa, el médico lleva a cabo actuaciones que en abstracto podrían integrar, al menos aparentemente, los tipos penales de lesiones dolosas. Este problema ha atraído desde hace tiempo a la dogmática penal, que ha acudido a diversos expedientes para articular la necesaria ausencia de responsabilidad penal del médico. En unos casos, afirmando la tipicidad, se reclama la concurrencia de causas de justificación, como el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de oficio o cargo —art. 20.7 CP—, siempre y cuando concurra el consentimiento del paciente, o, si falta éste y la intervención es de carácter curativo, el estado de necesidad —art. 20.5 CP—. La postura, mantenida entre otros autores por RODRÍGUEZ DEVESA, es la habitual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Pero también, desde una óptica finalista, se argumenta que los actos no serían en tales supuestos típicos, ya que faltaría el *ánimus laedendi*, elemento subjetivo característico del delito de lesiones, a lo que se añade que, en supuestos de resultado positivo de la actuación médica, estaría incluso ausente el tipo objetivo, ya que el bien jurídico protegido quedaría incólume, puesto que la salud del paciente ha de considerarse globalmente, prescindiendo del concreto aspecto o sector del organismo afectado por la intervención. Si, en cambio, la intervención fracasa, aunque la ausencia de propósito de lesionar impide el surgimiento del tipo doloso, se propugna (MUÑOZ CONDE) la aparición de la imprudencia punible, a no ser que se cuente con el consentimiento del paciente.

Cuando el consentimiento falte, en casos de intervenciones urgentes, podrá acudir al estado de necesidad justificante, de otro modo la acción será delictiva. En tales casos, según la opinión mayoritaria, seguida por el Tribunal Supremo, concurre el tipo de lesiones u homicidio por imprudencia. Otro sector doctrinal más minoritario, se decanta por el delito de coacciones del art. 172 del CP, por cuanto una intervención conforme a la *lex artis* no puede ser típica, aunque sea a título de imprudencia o bien faltaría la imputación objetiva del resultado, al tratarse de conductas al margen del área de protección de la norma del tipo de las lesiones. Las posturas intermedias distinguen entre las intervenciones con éxito y las fallidas: las primeras carecerían de tipicidad, como lesiones u homicidio, aunque falten consentimiento y estado de necesidad; las segundas, en ausencia de estos últimos, serían típicas. Finalmente, se ha llegado a proponer incluso la conveniencia de un nuevo tipo penal para estos casos de tratamiento médico arbitrario.

(10) Vid. MOYANO GARCÍA, “Consentimiento del paciente e imprudencia médica”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993.

Para el Tribunal Supremo, sólo hay ejercicio legítimo de profesión médica cuando hay consentimiento o estado de necesidad justificante, por lo cual, a falta de cualquiera de éstos, las intervenciones no terapéuticas, o terapéuticas en favor de tercero e incluso las realizadas en favor del paciente pero fallidas, son verdaderos tipos imprudentes de lesión u homicidio, y no simples coacciones. En los supuestos de intervenciones con éxito, es más dudoso que pudiera apreciarse el delito de coacciones o también las lesiones imprudentes.

Como referencia obligada en materia de consentimiento, es preciso aludir a la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, en cuyo artículo 10 se configura un elenco de derechos de los pacientes con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias, y dentro de ellos, hay que destacar los derechos mencionados en los siguientes apartados:

4. *A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro sanitario.*
5. *A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.*
6. *A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:*
 - a) *Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.*
 - b) *Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.*
 - c) *Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.*

Todo ello consagra el llamado derecho al consentimiento informado, mediante el cual se robustece y dota de pleno sentido el derecho de elección del paciente sobre su propio proceso terapéutico, ejerciendo libremente las diversas opciones, hasta el punto de poder negarse al tratamiento y obtener el alta volun-

taria, tal y como se recoge expresamente en el apartado 9 del mismo art. 10 de la LGS.

La sentencia del TS, de 3 de octubre de 1997, destaca en esta línea: *La información —en una razonable exégesis del artículo 10 de la Ley General de Sanidad— ha de ser suficiente, esclarecedora, veraz y adecuada a las circunstancias, o, si se quiere, en palabras de la Corte de Casación francesa “simple, aproximativa, inteligible y leal”, sin que su formulación y la de la consiguiente manifestación del consentimiento transformen la existencia de dicho binomio garantista del Derecho a la Salud en una exigencia con caracteres de requisito “ad solemnitatem” ni, por contra, sus trámites formales reduzcan la operatividad de aquél a la de un puro trámite burocrático standarizado devaluando así la integración del deber de informar y el correlativo derecho a recibir información en lo que se ha dado en llamar “lex artis ad hoc”.*

Por ello si —según consta en el “factum” de la recurrida y tal como se ha reflejado en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución— existió adecuada información, consentimiento expreso del enfermo y de sus familiares más allegados, exposición previa de incidencias quirúrgicas y aceptación de las mismas por aquéllos y ausencia de quebranto de la confianza junto a una correcta técnica operatoria y adecuada atención facultativa en el período postquirúrgico inmediato a la intervención por parte del cirujano protagonista de la imputación por negligencia, se cancela toda posibilidad de que prospere aquélla aun cuando a través de la misma se exacerbe, hasta asignarle caracteres de requisito formal inalterable desnaturalizador de la relación de confianza que debe existir entre el facultativo y el paciente, la exigencia de una adecuada información como soporte del consentimiento prestado.

La razonabilidad, la proporcionabilidad a las características del caso concreto, la idoneidad de los destinatarios de la información, el modo y alcance y tiempo en que ésta tiene lugar en el supuesto contemplado según se refleja en el “factum” a través de las incidencias prequirúrgicas y consultas que en dicho relato se describen, permiten homologar la decisión exculpatoria de instancia sin riesgo para rechazar como indebida la tacha de consentimiento viciado que el recurrente atribuye al prestado en su momento.

Dentro del deber objetivo de cuidado, ha venido suscitando no pocas polémicas el diagnóstico, y la posible incidencia de la actuación médica encaminada a su formulación. Hay que tener en cuenta que las especialidades de la actividad que nos ocupa llegan hasta el punto de implicar en el diagnóstico, además de los criterios meramente científicos, otros de carácter intuitivo —el llamado ojo clínico—, lo que comporta evidentes riesgos de error, por lo que, en caso de surgir éste, no puede sostenerse, sin más, al nacimiento de la responsabilidad penal por imprudencia.

La doctrina y jurisprudencia ponen el acento, a la hora de verificar si se ha actuado o no en el diagnóstico conforme al deber de cuidado, en el proceder del profesional hasta llegar a la emisión de aquél. No habrá responsabilidad, por lo tanto, cuando el diagnóstico, aun equivocado, se basa en el conjunto de observaciones y exploraciones del paciente, pruebas, análisis que aconsejan, en cada circunstancia, tanto la ciencia como la práctica profesional. Por el contrario, faltará al deber de cuidado, el facultativo que no examine adecuadamente al paciente, o que no ordene la práctica de las pruebas necesarias, conforme a la praxis, para emitir el diagnóstico, o que valore a la ligera las pruebas y la clínica o, incluso, si prescribe un tratamiento sin haber establecido el diagnóstico.

En la Jurisprudencia, aplicando criterios similares a los antes expresados, encontramos ejemplos tanto de estimación como de desestimación de imprudencia punible en casos de diagnóstico equivocado. La STS, de 2 de mayo de 1999, dice sobre esta materia que, *en concreto en el caso de culpa médica se ha reconocido en la doctrina de esta Sala que no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando constituyen un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy calificada especialización, y para evaluarla se encarece señaladamente que se tengan en consideración las circunstancias de cada caso concreto, con lo que se determinan grandes dificultades porque la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes determinados en gran medida por los avances científicos en la materia.*

En esta sentencia, se aborda el caso de un obstetra que, en la atención de urgencia a una embarazada —a la que ya había venido tratando anteriormente y que unos días antes le había puesto al corriente del desarrollo de diversas adenopatías en la zona látero-cervical, con síntomas de tos, cansancio, apatía y pérdida de peso— con un cuadro de desmayo y vómitos, diagnosticó una intolerancia alimentaria y prescribió un fármaco antidispepsia, resultando finalmente una meningitis tuberculosa. El TS confirma la condena del Tribunal de instancia y afirma: *El acusado señala que realizó todas las actividades que le pidió la paciente, pero es indudable que de un médico, especialista o no, se ha de tener una conducta activa de descubrimiento de síntomas y aplicación de terapias oportunas y adecuadas para contrarrestar las patologías que se encuentren. No lo hizo así el recurrente, en un caso en que los síntomas de las adenopatías eran ya evidentes en el cuello de la paciente y de la relevante significación en relación con todos los otros datos de sintomatología que se ofrecían (tos, cansancio, apatía, pérdida de peso) en un lugar donde ya era conocido entre el personal médico la recurrencia, antes desusada, de casos de tuberculosis, por lo que tal omisión ha de considerarse imprudencia grave a los efectos de aplicar al caso el citado artículo 152 del Código Penal.*

3. Producción de resultado perjudicial

Como ya hemos dicho, junto al desvalor de la acción, el tipo del injusto imprudente integra el desvalor del resultado. Esta postura, mayoritaria ahora en la doctrina, no ha dejado de tener críticas. Así, los finalistas, siguiendo a WELZEL, sostenían que el injusto de los delitos imprudentes se completa con el desvalor de la acción, mientras que el desvalor del resultado cumple una función selectiva o delimitadora de las conductas imprudentes a efectos de la punibilidad, es decir, que toda actuación contraria al deber objetivo de cuidado es antijurídica en sí misma, pero sólo cuando se concreta en el resultado tendrá efectos penales. De este modo, KAUFMAN sostuvo de manera explícita que la producción del resultado no es sino una mera condición de punibilidad. Otro sector finalista, sin embargo, seguida por los autores españoles, como CERESO MIR, reclama para el injusto, tanto desvalor del resultado como desvalor de la acción, de manera que no hay delito imprudente sin resultado, a no ser que la culpa sin consecuencias se halle excepcionalmente tipificada.

No basta, por lo tanto, con la falta de observancia del cuidado objetivamente debido, sino que habrá de añadirse la producción de un resultado de muerte, de lesiones o cualesquiera otros recogidos en los tipos imprudentes a que antes hemos hecho mención. A la inversa, como ya hemos dicho, la existencia de un resultado dañoso o perjudicial para el paciente, no implica tampoco la existencia de culpa punible en el profesional actuante, ya que en este caso habrá que plantearse aún si se infringió el deber objetivo de cuidado y si se daban los presupuestos de relación de causalidad y de imputación objetiva.

El resultado lesivo, además de la índole de la imprudencia, viene a determinar la aplicación de los distintos supuestos de delitos imprudentes (homicidio, lesiones, aborto, etc.). En este sentido, el Código Penal de 1995, constituye un cierto retroceso respecto al anterior, tras la reforma de 1989, que había minimizado la tipificación a través del resultado. Ahora, sin que pueda comprenderse el motivo, el art. 620.1 distingue el delito de la falta de lesiones con el resultado como único criterio. Además, el número 2 del mismo artículo, conceptúa como falta las lesiones cometidas por imprudencia leve, siempre que el resultado sea constitutivo de delito. Finalmente, los arts. 148 a 150 varían la pena, teniendo en cuenta los diferentes resultados, para los diversos delitos cometidos por imprudencia grave. Tal sistema implica que un mismo grado de infracción del deber objetivo de cuidado puede dar lugar a distintas calificaciones y penas, dependiendo ello de un elemento ajeno a la voluntad del sujeto.

Conviene recordar, finalmente, que nuestro Código Penal tiene un concepto de lesión típica muy amplio, ya que incluye todo menoscabo en la integridad corporal o en la salud física o mental de la víctima producido por cualquier medio o procedimiento, lo que ha permitido a la jurisprudencia (Cfr. STS 28 de

enero de 1999) calificar de lesiones la transmisión del virus del SIDA, aunque no llegue a desarrollarse la enfermedad.

4. Relación de causalidad

Entre los dos elementos precedentes, acción imprudente y resultado típico de muerte o lesiones, debe darse la relación de causalidad, entendida ésta como causalidad natural ⁽¹¹⁾. Ha de verificarse, por tanto, que la muerte o lesiones del paciente han sido causadas por la intervención médica, para lo que se acude, en la jurisprudencia, a los criterios clásicos de la equivalencia de las condiciones. Así, todo comportamiento que haya condicionado, de acuerdo con criterios de experiencia comúnmente aceptados, la producción del resultado será relevante a los efectos del reproche penal. Esta causalidad material da lugar a múltiples problemas, que han producido los correspondientes pronunciamientos jurisprudenciales. No obstante, los excesos que tan amplia formulación puede originar deben corregirse, no ya en el seno de la culpabilidad, como ocurría en la concepción clásica, sino en el propio ámbito del injusto, por la vía de la aplicación de los criterios de la imputación objetiva.

Podemos encontrar referencias en la jurisprudencia al nexo causal y su posible ruptura. Así la STS de 5 de noviembre de 1990, en la que se razona: *En la tripartición de condiciones que las doctrinas causalistas proponen en orden a su eficacia causal: Preexistentes, concomitantes y sobrevenidas, las primeras, tanto en doctrina como en la jurisprudencia patria, no obstan al nexo causal, incluso son irrelevantes si, siendo coetáneas al hecho, están ligadas en su eficacia a otras anteriores. En tales casos y en la terminología jurisprudencial no puede hablarse de “accidentes extraños” a la relación causal. Como tampoco entran en tal consideración las condiciones estrictamente concomitantes. El caballo de batalla está en las condiciones o series causales sobrevenidas. Su influencia está en relación con su mayor o menor dependencia con el actuar del sujeto. Los cursos causales que se presentan como dependientes de la conducta del agente, no hay duda que no rompen la relación de causalidad. Es en este grupo donde entran una serie de casos de gran frecuencia en la práctica. Se trata de aquellas lesiones calificadas de mortales, “per accidentes”, es decir, por falta de cuidado y auxilio facultativo. Pues bien, si esa falta de asistencia guarda estrecha conexión con el acto delictivo, hasta constituir, en cierto aspecto, elementos o circunstancias del mismo, como sucede con el tiempo y lugar de ejecución, seguiremos estando ante una consecuencia natural.*

(11) Sobre esta materia, cfr., TORÍO LÓPEZ, “Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización”, *Revista de Derecho Penal*, Ed. Lex Nova, n.º 1, septiembre 2000.

5. Imputación objetiva

La causalidad meramente natural, implica una visión restrictiva de la tipicidad y lleva a excesos, difícilmente encauzables por el simple recurso a la corrección culpabilística. Estos inconvenientes dieron lugar a una evolución⁽¹²⁾ que desde las concepciones clásicas de LISTZ o BELING condujeron a la formulación de la teoría de la imputación objetiva, a través de la cual se introducen importantes restricciones, dentro de la tipicidad a la causalidad material.

La epistemología clásica distingue los aspectos objetivos: tipicidad y anti-juricidad y los subjetivos, señalando en este apartado a la culpabilidad, entendida como una relación psicológica del autor con el hecho. En este contexto —en el que se considera acción a cualquier movimiento corporal voluntario, dejando sólo al margen los movimientos inconscientes, reflejos o impulsados por fuerzas externas irresistibles— habrá tipicidad siempre que se dé la relación causal entre acción y resultado. La relación causal se examina según la teoría de la equivalencia de las condiciones, antes señalada, formulada, entre otros por VON BURI, estimando que es causa toda condición que, hipotéticamente eliminada, haría desaparecer el resultado.

La limitación de las consecuencias de esta teoría se procuraba en el área de la culpabilidad, lo que resultaba inadecuado para explicar los delitos cualificados por el resultado y algunos procesos causales imprevisibles objetivamente, por lo que, dentro de la misma concepción causalista, surgieron otras teorías encaminadas a solucionar estos problemas como la teoría de la adecuación y de la relevancia. Conforme a la primera —VON BAR y VON KRIES— causa será la condición generalmente aceptada para producir el resultado de acuerdo con la experiencia.

Más adelante, la necesidad de superar la dogmática causal, dio origen a la teoría de la *relevancia*, de MEZGER, para quien la relación causal necesita ser relevante en términos jurídico-penales, ya que no todas las condiciones del resultado son equivalentes en sentido jurídico, debiendo separarse el nexo causal —equivalencia de las condiciones— y nexo de responsabilidad —elección de las relevantes para el Derecho—, con lo que la corrección causal se anticipa al ámbito de la culpabilidad, sin esperar al filtro de la culpabilidad.

El tránsito hacia la imputación objetiva tiene otros hitos, como la versión teleológica de LARENZ, para el cual, serán imputables al autor, centrándonos en la relevancia de la voluntad del mismo, todas las consecuencias de su comportamiento por él previstas y las que pudo prever, ya que la posibilidad de

(12) Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Ed. Edersa, 1992.

prever permite orientar el proceso causal hacia la evitación del resultado. Es al llegar al examen de la culpabilidad cuando habrán de valorarse las circunstancias individuales del autor.

Según la teoría de la imputación objetiva, para que un resultado pueda ser atribuido a un sujeto es preciso que aquél constituya la realización de un riesgo jurídicamente relevante cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto. Ello resulta propio tanto del injusto doloso como del imprudente. No basta, por tanto, con afirmar la relación causal entre conducta y resultado típico producido, sino que es preciso plantearse, para el surgimiento de los tipos delictivos —centrándonos ahora en los imprudentes—, si, en el caso concreto, el resultado de muerte o lesiones fue la materialización del riesgo creado o incrementado por la intervención y, por otro lado, hay que determinar además si la conducta causante del resultado concreto satisface las exigencias del tipo penal respectivo, o contiene un enfrentamiento con la norma de mandato o de prohibición que sirve de fundamento al tipo penal correspondiente. Esto último es una consecuencia derivada de que los tipos penales no se dirigen sin excepción contra cualquier acción que origine el riesgo de la producción del resultado típico, sino simplemente contra aquellas que ya no se inscriben en el marco del riesgo permitido o que rebasan la medida de éste.

Estas ideas, aplicadas a la actividad curativa, implicarían la toma en consideración, en lo que respecta al criterio de materialización del riesgo, de si nos hallamos ante un riesgo permitido. Este extremo es de capital importancia en el ámbito de la profesión sanitaria, habida cuenta de la cada vez más alta tecnificación y los avances de la Medicina, lo que determina que se aborden tratamientos de riesgo creciente, como respuesta a patologías que poco antes se consideraban incurables. Se propone, por ello ⁽¹³⁾, como criterio restrictivo del tipo, la valoración *ex ante* de los intereses en juego, para delimitar el riesgo permitido, siendo dos los criterios más adecuados a tal finalidad: el grado de probabilidad de lesión y las clases de bienes jurídicos amenazados, teniendo en cuenta en este último apartado la indiscutible utilidad social de la actividad sanitaria.

Si se ha sobrepasado el riesgo permitido y superado, por lo tanto, el primer filtro restrictivo, habrá que atender al criterio del fin de protección de la norma, conforme al cual solamente será típica la actuación del profesional, cuando la norma de cuidado vulnerada tuviera precisamente como fin evitar el resultado lesivo producido en la práctica ⁽¹⁴⁾.

(13) CORCOY BIDASOLO, Op. cit.

(14) Cfr. JORGE BARREIRO, Op. cit., que incluye también, como criterio restrictivo complementario la evitabilidad del resultado mediante el comportamiento del profesional conforme a la norma de cuidado.

Podría sostenerse, por todo ello, la exclusión de la tipicidad por falta de imputación objetiva, la actuación médica conforme a la *lex artis*, ya que, por una parte, no se hallaría comprendida dentro del fin perseguido por la norma: evitar acciones peligrosas para la vida, en el homicidio, o, para la integridad corporal o la salud, en las lesiones consiste en evitar acciones peligrosas para la integridad corporal o la salud; por otro lado, la acción médica *lege artis* disminuye objetivamente el peligro y no intensifica el riesgo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha acogido la imputación objetiva en numerosas sentencias, relativas a imprudencias punibles en la actividad sanitaria o en otros ámbitos. Así, la de 19 de octubre de 2000, dice: *La teoría de la imputación objetiva es la que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.*

Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar:

1.º *Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado.*

2.º *Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.*

Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal.

La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a éstos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado. El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de

riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la “autopuesta en peligro” o “principio de la propia responsabilidad”. Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva.

6. Culpabilidad

Además de lo anterior, será necesario comprobar el carácter culpable de la conducta, su reprochabilidad, lo que lleva a considerar la personal previsibilidad y evitabilidad del resultado, así como a la concurrencia de los presupuestos de conciencia de la antijuridicidad, la imputabilidad y la exigibilidad del comportamiento conforme a la norma. Si, dados esos presupuestos, el resultado era previsible y evitable, habrá entonces imprudencia punible. La obligación de advertir la presencia del peligro en su gravedad aproximada, forma parte del deber de cuidado interno, cuya ausencia es presupuesto de la acción imprudente. En el ámbito profesional, el nivel de exigencia será en este sentido mucho mayor que el propio de ámbitos no profesionales.

Como hemos dicho anteriormente, la jurisprudencia suele colocar sistemáticamente este deber interno de cuidado en el área de la culpabilidad, siguiendo a la doctrina mayoritaria. La STS de 5 de noviembre de 1990, afirma en este sentido: *Centrada así la imputación objetiva, se desprende de ella sin esfuerzo la subjetiva o de la culpabilidad, puesto que creada la situación de peligro mortal para el lesionado, en lugar de zanjar los médicos con una asistencia correcta tal situación de la que eran conscientes, la omiten, con una cuota de culpabilidad igualmente grave, es obvio que contribuyeron, no sólo desde el plano de la causalidad material, sino también de la moral o subjetiva a que el peligro creado, antesala de la culpa, como ha dicho tantas veces esta Sala, progresara hasta el resultado letal, como así se deduce también de la jurisprudencia acabada de citar. Y la de 4 de septiembre de 1991, que la culpabilidad radica en que el facultativo pudo evitar el comportamiento causante del resultado lesivo —SS 16 de abril de 1970, 26 de junio de 1980 y 25 de noviembre de 1980, 5 de febrero y 8 de junio de 1981—.*

Es precisamente en la previsibilidad, en la que, atendiendo a su susceptibilidad de graduación, la jurisprudencia atiende en muchas ocasiones para diferenciar la imprudencia grave de la de carácter leve. Así, la STS de 9 de marzo de 2000, acude incluso a criterios estadísticos para valorar el grado de previsibilidad, en los siguientes términos: ... *como afirma la sentencia de 29 de mayo de*

1999, cuando el resultado acaecido guarda una cierta desproporción estadística entre la conducta realizada y lo que habitualmente ocurre, la gravedad de la imprudencia debe ser degradada. En el mismo sentido, la STS de 29 de mayo de 1999. Por su parte, la de 22 de enero de 1999, señala que *el carácter grave o temerario de la imprudencia fluye sin dificultad del relato fáctico de la sentencia de instancia ya que las omisiones denunciadas implican un olvido total y absoluto de los más elementales deberes de previsión y cuidado.*

7. Posibles causas de justificación

En las imprudencias punibles producidas en el ejercicio de la actividad médico-quirúrgica, cabe plantearse la eventual concurrencia de causas de justificación, singularmente el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo —art. 20.7 CP— o el estado de necesidad —art. 20.5 CP—. No obstante, el Tribunal Supremo ha venido desestimando la posibilidad de apreciación de la primera en los delitos culposos, dada la ausencia de intencionalidad, con lo que resulta imposible el propósito de evitar la causación de un mal, a lo que algunos autores, como CÓRDOBA RODA, han respondido que en estos delitos hay un querer jurídicamente relevante, si no orientado hacia el resultado delictivo, sí dirigido a la infracción de la norma de cuidado. En cuanto al cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales se centran, prácticamente de manera exclusiva, en las imprudencias punibles cometidas por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

8. Autoría

Dentro de este apartado, dada la alta especialización del trabajo en el área de la Medicina, genera una problemática especial la cada vez más frecuente necesidad de actuación en equipo. Al formularse la responsabilidad en derecho penal, en términos personales e individuales, resulta indispensable concretar y singularizar el ilícito penal y la culpabilidad que ha de atribuirse a cada sujeto integrante de un equipo de trabajo. Para responder a tales cuestiones, la dogmática penal moderna ha ido desarrollando unos principios o criterios, entre los que destacan el principio de división de trabajo y el principio de confianza.

Mediante el primero se pretende distinguir qué funciones desempeña cada uno de los intervinientes, en qué medida contribuye al desarrollo del trabajo en común, así como el tratamiento jurídico de las relaciones personales entre los diversos miembros del grupo de trabajo. Dos aspectos pueden recogerse en este apartado: división de trabajo horizontal, que es la que se da entre profesionales no subordinados, esto es, en situación de igualdad (cirujano-anestésista); y división de trabajo vertical, que se refiere al personal en que concurre una relación de subordinación profesional (médico y enfermero).

Según el principio de confianza, que procede del derecho de la circulación, el profesional que actúa conforme a las reglas que rigen su actividad está autorizado a confiar en que los demás intervinientes se comportarán también correctamente, salvo circunstancias especiales del caso. Cada miembro del equipo responderá, en consecuencia, por las prestaciones defectuosas en el ámbito de sus propias funciones. El director del equipo tendrá unos deberes especiales inherentes a su función: coordinación, selección de los miembros y colaboradores, asignación de tareas según capacidades, etc.. Lógicamente, el principio de la confianza dejará de ser aplicable cuando concurra la conducta imprudente de un miembro del equipo y ello haya sido percibido por otro u otros miembro del mismo.

La STS de 5 de abril de 1995, afirma así que *en el equipo asistencial no es desdeñable ni menos importante ningún cometido, puesto que todo descansa en la confianza de que, en la esfera de la función, cada uno cumplirá con su deber; y basta con que falle una pieza del sistema, como en el caso de autos, para que se produzca un resultado, por supuesto no querido, pero grave y de lamentables consecuencias.*

Y la de 7 de julio de 1993, señala: *Ni el conocimiento y consentimiento del cirujano-jefe de su ausencia sirve de causa exculpadora porque el anestesista asume, dentro del equipo médico de que forma parte, con plena autonomía y responsabilidad, todas las funciones que son de su competencia y atinentes a su especialidad (preparación, ejecución y vigilancia del procedimiento de narcosis y control de las constantes biológicas del intervenido); no puede escudarse tampoco en la presencia de un Ayudante técnico-sanitario, experto en anestesia, porque el cometido de la anestesia es de su exclusiva y personal incumbencia, indelegable en el personal auxiliar no médico; y no es ajustado, finalmente, dirigir la responsabilidad de los hechos hacia la dirección médica del Hospital con fines exculpatorios, porque los niveles de cobertura y equipamiento en el aspecto de los medios técnicos era el adecuado, y en el aspecto de los medios personales, tratándose en el caso concreto de operaciones no urgentes y programadas con tiempo (estrabismo y fimosis) no se advierte una situación de urgencia que obligara a una intervención simultánea en las dos operaciones.*

9. Comisión por omisión

La imprudencia puede nacer de comportamientos activos de los profesionales sanitarios, pero también de conductas de carácter omisivo. En estos casos, la no ejecución de una conducta, contrariando las exigencias del deber objetivo de cuidado, da lugar al resultado típico.

En esta materia, constituye una novedad en nuestro sistema, la normativa contenida en el artículo 11 del Código Penal, que exige, para la imputación en

estos casos que la no evitación del resultado equivalga, según el texto de la Ley, a su causación, siempre que exista una específica obligación legal o contractual de actuar o cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de enero de 1999, señala a este respecto: *El comportamiento humano, criminalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada “acción”, que también podemos llamar “comisión”, y un no hacer lo debido, en principio considerado como conducta pasiva, denominada “omisión”. Los delitos de omisión ofrecen dos modalidades: los delitos propios o puros de omisión y los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión. La estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son:*

- a) *Una situación típica.*
- b) *Ausencia de la acción determinada que le era exigida.*
- c) *Capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. La posición de garante del recurrente en los hechos enjuiciados aparece incuestionable en cuanto estaba encargado y asumió la asistencia en el embarazo y en el parto de María de las Nieves.*

Tampoco ofrece cuestión que el acusado omitió varias acciones que le eran debidas; así, en primer lugar, prescindió de consultar con un urólogo u otro especialista respecto a las molestias de que se quejaba la embarazada y ello le llevó, por dos veces, a hacer un diagnóstico equivocado, atribuyendo a un inexistente cólico nefrítico lo que eran dolores lumbares propios de “trabajo de parto”; igualmente omitió el deber que le era inexcusable de reconocer ginecológicamente a la embarazada, especialmente ante los resultados que presentaban los análisis y la ecografía practicada; y en definitiva, omitió atender un parto en el momento en el que todos los síntomas lo hacían necesario. No había nada que restringiera o limitara su capacidad para realizar la acción que omitió y que le era exigible. El resultado producido en el niño, consistente en el padecimiento de una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, es concreción de la situación de peligro para la producción de ese resultado que supuso la omisión, por parte del recurrente, de los deberes de cuidado que le incumbían respecto a la asistencia ginecológica a la embarazada. Puede afirmarse, pues, la imputación objetiva de ese resultado. Y así viene descrito en el relato histórico de la sentencia de instancia. Resultado que no se hubiese producido si el acusado se hubiese ajustado al deber de cuidado que le era exigible y hubiese realizado las consultas pertinentes, el inex-

cusable reconocimiento ginecológico y, en definitiva, atendido el parto en el momento oportuno. Respecto al tipo subjetivo de un delito de omisión imprudente, éste viene constituido por el desconocimiento negligente de las circunstancias que fundamentaban su deber de actuar, desconocimiento que hubiese evitado el acusado si hubiera actuado diligentemente y conforme al deber de cuidado que le incumbía. En consecuencia, habrá que apreciar imprudencia respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no pudo tener conocimiento de la situación de hecho que generaba su deber de actuar. Y todo eso se puede afirmar en este caso, en el que la negligencia no se asienta en el error de diagnóstico, aunque en este caso sea bien patente, sino en las omisiones antes mencionadas que lo permitieron y determinaron la desatención del parto cuando era exigida. El carácter grave o temerario de la imprudencia fluye sin dificultad del relato fáctico de la sentencia de instancia ya que las omisiones denunciadas implican un olvido total y absoluto de los más elementales deberes de previsión y cuidado.

10. Imprudencia profesional

Junto a las penas previstas con carácter general para las distintas modalidades de homicidio o lesiones imprudentes, el Código Penal recoge una agravación específica, consistente en añadir la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, cuando la muerte o lesiones sean consecuencia de una *imprudencia profesional*, concepto éste que ha sido objeto de amplia discusión por la doctrina y por la propia jurisprudencia en orden a la determinación de su sentido y alcance. En general, la doctrina ha venido criticando duramente la existencia del subtipo agravado y la jurisprudencia se muestra muy restrictiva a la hora de aplicarlo.

Se ha venido distinguiendo entre la *culpa del profesional* que es la que cometería el profesional en el ejercicio de su profesión, y la *culpa profesional* que descansaría en la impericia o incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, imprudencia agravada por transgresión de deberes técnicos de competencia del profesional, transgresión que hace muy peligroso el ejercicio de su profesión por el autor.

La doctrina⁽¹⁵⁾ estima que el criterio con que opera la jurisprudencia para distinguir la imprudencia común y la negligencia profesional ha de tildarse de inadecuado. En primer lugar porque resulta equívoco y ambiguo en su aplicación práctica al tratarse de una distinción difícil de trazar en muchos supuestos. Y, en segundo término, porque no se considera ponderado ni equitativo desde una perspectiva de justicia material. Así, el criterio jurisprudencial llevaría a

(15) Cfr. JORGE BARREIRO, Op. cit.

que no se aplicara el subtipo agravado cuando un cirujano amputara la pierna sana en lugar de la dañada, o que interviniera quirúrgicamente del hígado a un paciente que estaba tratándose de una dolencia diferente. Pues en ambos casos estaríamos ante un descuido común, y no de falta de conocimientos quirúrgicos o de una defectuosa intervención técnica. Porque no es fácil ni conveniente diferenciar entre el acto estrictamente técnico y los de carácter común que coadyuvan a su ejecución. Y, además de ello, la jurisprudencia se desdice en algunos supuestos de su propio criterio, aplicando el subtipo agravado a descuidos comunes que tienen lugar dentro de la actividad profesional (así el anestesista que abandona momentáneamente el quirófano, en la STS de 4 de septiembre de 1991).

Finalmente, como paradigma del estado de la jurisprudencia en este punto, podemos citar la STS de 22 de enero de 1999: *reiterada jurisprudencia de esta Sala distingue entre la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél, en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia, que aparece, en el artículo 565, párrafo segundo del Código de 1973, y apartado 3.º del artículo 152 del Código de 1995, como una especie de subtipo agravado, y viene a englobar de un lado la impericia profesional, en la que el agente activo pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya por una inactualización indebida, ya por una dejación inexcusable de los presupuestos de la “lex artis” de su profesión, le conduzca a una situación de ineptitud manifiesta, o con especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión. Esta “imprudencia profesional”, caracterizada, pues, por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un “plus” de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto (Cfr. Sentencias de esta Sala 29-3-1988, 27-5-1988, 5-7-1989, 1-12-1989, 8-6-1994, 8-5-1997 y 16-12-1997).*

En el supuesto que examinamos es perfectamente aplicable la doctrina jurisprudencial que se deja expresada para apreciar la concurrencia de la imprudencia profesional. El recurrente no sólo ha omitido los deberes más elementales que le eran exigibles para evitar el resultado producido, sino que además entraña una mayor reprochabilidad al actuar con máxima dejación y olvido de los deberes técnicos —lex artis— que como profesional de la medicina le competían, siendo especialmente reseñable que hubiese prescindido del reconocimiento ginecológico que resultaba inexcusable. Incurre, sin duda, en la agravación específica de haber cometido las lesiones por imprudencia profesional.

LA DETENCIÓN Y OTRAS MEDIDAS DE COERCIÓN CON MENORES

PRUDENCIO APARICIO BLANCO

Magistrado-Juez de menores de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN

1. La medida cautelar de la detención de los menores por la policía imputados en un hecho delictivo ha sido permanente fuente de conflictos generados, en parte, por la ausencia de una normativa clara que regule el régimen procesal de esta medida cautelar unido a su propia condición de inimputable del menor lo que conducía a la afirmación, mantenida, incluso por expertos procesalistas, según la cual el menor no podrá ser objeto de detención.

La propia Ley de Enjuiciamiento Criminal ha contribuido, en parte, a generar esta errónea interpretación, tan extendida en los medios policiales, cuando en el art. 433 contiene un tratamiento distinto de la forma en que deben declarar los testigos, exigiendo juramento a los denominados “púberes” de decir verdad bajo responsabilidad por falso testimonio, de los “impúberes” que sólo serán “interrogados”. Pudiera ser éste el origen de que todavía hoy nos encontramos atestados policiales o de la Guardia Civil en los que la declaración del menor detenido se denomina “exploración” mientras que la del adulto se recoge bajo el término declaración. Esto no impide, sin embargo, el que se mantenga vigente el contenido del art. 380 de la Ley Procesal que permite el procesamiento de los menores mayores de 9 años y que sólo se explica si se tiene en cuenta que cuando fue redactado se encontraba vigente el Código Penal de 1870 que fijaba en 9 años la edad de responsabilidad penal, dependiendo la de los menores comprendidos entre los 9 y los 15, del grado de discernimiento, precepto que debe entenderse derogado, al menos, desde el Decreto de 1948 de Protección de Menores.

El menor del que se presume su implicación en un hecho delictivo siempre ha sido objeto de detención policial y sometido a declaración con independencia de la denominación que se le haya venido dando a esta diligencia. Nos estamos refiriendo a los menores de edad penal (16 años hasta el Código Penal de 1995) ya que a partir de esta edad aunque siguen siendo menores de edad civil, la detención policial no plantea problema alguno llevada a cabo en el ámbito de una investigación criminal.

Por si quedara alguna duda sobre lo que venimos afirmando, no sólo ha sido objeto de detención el menor de edad penal implicado en la comisión de hechos delictivos, también lo ha sido en nuestro ordenamiento jurídico en alguna situación, no demasiado alejada en el tiempo, cuando nada tenía que ver con la violación de la norma penal. A título de ejemplo, recordemos que la Ley de 23 de julio de 1903 sobre Represión de la Mendicidad y Vagancia de los menores —curiosamente en ningún momento derogada de forma expresa— en su art. 5.º disponía que “los agentes de la autoridad deberán detener a los menores de 16 años que mendiguen, vaguen o pernocten en parajes públicos, solos o acompañados por personas mayores”, obligación que se convertía en facultad otorgada a cualquier persona que se encontrase a un menor en dicha situación. Otro tanto cabe afirmar de la facultad otorgada a los padres por el Código Civil (art. 156), hasta la reforma de 1981, para impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa que debería prestarlo tanto en el interior del hogar doméstico como para la “detención” de los hijos y retención en establecimientos de instrucción.

2. Paradójicamente, la filosofía aparentemente proteccionista y paternalista según la cual los menores, por su condición de tal, no podían ser objeto de detención, ha producido en nuestro país una renuncia a que aquélla, cuando se producía se efectuara sin las garantías jurídicas de las que venían disfrutando los adultos cuando eran objeto de esta medida privativa de libertad. Como sabemos, el Reglamento para la Ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM) de 1948 impedía la intervención en los expedientes de corrección abiertos a un menor infractor de los abogados y procuradores, impidiendo su defensa y representación, que, curiosamente, sí se garantizaba a los mayores de 16 años (art. 29).

La indefensión del menor infractor se venía denunciando de forma reiterada por la doctrina especializada, convirtiéndose en clamor a raíz de la Constitución, momento a partir del cual tal situación se hace insostenible por cuanto el procedimiento corrector contemplado en la LTTM no respetaba las garantías jurídicas procesales contempladas en el art. 24 de la norma fundamental entre las que se encuentran el derecho a la defensa y la asistencia de letrado.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 36/91 de 14 de febrero, declaró inconstitucional el procedimiento corrector de menores previsto en la LTTM por entender que su texto no respetaba las garantías del art. 24 de la Constitución. Ciertamente esta sentencia no afirma de forma específica que aquel proce-

dimiento violara el derecho fundamental de defensa del menor pero ello es debido, afirma, “a que no es admisible el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad frente a toda la legislación de menores y menos aún de aquellas normas que no tengan rango legal”. Lo relevante para el TC es que el procedimiento corrector contemplado en el Decreto de 1948 es incompatible con los derechos fundamentales contenidos en el art. 24 de la Constitución por lo que considera superfluo enumerar uno por uno los mencionados derechos fundamentales.

3. La detención del menor, como medida cautelar de custodia aparece tratada por primera vez en la LO 4/1992, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, fruto de la doctrina sentada por el TC en la sentencia mencionada. Las referencias a esta medida cautelar, sin embargo, son tan imprecisas que en modo alguno puede afirmarse que contenga un tratamiento procesal de los numerosos supuestos que en la práctica pueden justificar la adopción de esta medida, limitándose a afirmar en la regla 3.^a del art. 15 que “las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento estarán obligados a instruir al menor de sus derechos” afirmando, acto seguido, que “el menor que fuere detenido gozará de los derechos que se establecen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

La LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, tampoco puede afirmarse que haya prestado demasiada atención a la figura de la detención del menor acusado de infringir la ley penal. Aunque contiene avances indudables en dirección a un tratamiento diferenciado y más favorable que el vigente para la detención de los adultos, no da respuesta, a nuestro juicio, a las demandas que desde el campo de la doctrina procesal y en el marco de las Recomendaciones Internacionales relativas a la Justicia de Menores se vienen haciendo en los últimos tiempos.

Aunque pueden darse varios tipos de detención (gubernativa —policial y fiscal— y judicial) vamos a examinar en estas breves páginas la primera de las indicadas por la especial relevancia que para la reinserción del menor infractor tiene el primer contacto de las instancias de control formal (Policía y Ministerio Fiscal), como ha sido puesto de relieve por la doctrina especializada en el ámbito de la criminología juvenil, no sólo en el procedimiento penal de los menores sino también en el de adultos.

II. NORMATIVA INTERNACIONAL RELATIVA A LA DETENCIÓN DEL MENOR

Según dispone el art. 10.2 de nuestra norma fundamental “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los De-

rechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Cuando el sujeto afectado tiene la condición de menor se encuentra protegido de forma específica no sólo por las normas relativas a los derechos fundamentales de ámbito internacional, sino también, por aquellas que les afectan como tal al afirmar el art. 39.4 de nuestra Constitución que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

No es materia de estudio en el presente trabajo examinar la naturaleza, carácter, presupuestos y finalidad de la medida cautelar de la detención, siendo suficiente afirmar que como medida privativa de libertad, cuando recae sobre un menor deben cumplir y respetar las garantías y límites constitucionalmente establecidos, en iguales condiciones que para la de los adultos, por las leyes y la doctrina constitucional, con las particularidades específicas que se irán indicando. No existe, pues, diferencia procesal alguna entre la detención de un adulto y la que se ejerce sobre un menor en el ámbito de un procedimiento penal; en ambos casos, se trata de una medida privativa de libertad, de carácter cautelar y personal regida por los elementos de provisionalidad, proporcionalidad, legalidad y excepcionalidad.

El escrupuloso respeto a los principios indicados pudieran no ser suficientes, sin embargo, para entender correctamente practicada la detención policial de un menor. De las normas internacionales vinculantes para los poderes públicos se desprende la decidida voluntad del legislador de someter a mayores garantías y exigencias la privación de la libertad de un menor.

De acuerdo con una interpretación teleológica o finalista de esta normativa, no basta con prohibir las detenciones arbitrarias (art. 9.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) impidiendo la privación de libertad de toda persona “salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. Es preciso, también —lo que tendrá una dimensión especial al tratarse de menores— que la persona privada de libertad sea tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, debiendo gozar de un tratamiento especial a lo largo de todo el proceso que sea “adecuado a su edad y condición jurídica” y que tiene manifestaciones concretas en cuestiones tales como la separación de los menores delincuentes respecto de los adultos, el de ser llevado ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento y el ser sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica (art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966).

La simple existencia de Convenios y Recomendaciones Internacionales relativos al tratamiento del menor delincuente revelan, con su misma existencia, el convencimiento de la sociedad de reforzar aquellos derechos contemplados con carácter general para todas las personas detenidas otorgándoles un “plus” de protección derivado de su condición de menor. Ésta es la razón por la que en

el art. 40 de la Convención de Derechos del Niño de 1989 contiene disposiciones específicas a tener en cuenta con los menores acusados de infringir las normas penales recomendando que sean tratados “de manera acorde con su sentido de la dignidad” y la importancia de promover su reinserción social.

Atendiendo a estas Recomendaciones, la detención de un menor —al igual que su internamiento provisional— implicado en hechos delictivos deberá adoptarse sólo en los casos y con las limitaciones siguientes:

- S Debe tener carácter excepcional y sólo deberá adoptarse por hechos delictivos de naturaleza muy grave. El Consejo de Europa en su Recomendación NR (87) 20 de 17 de noviembre, relativa a las Respuestas Sociales a la Delincuencia Juvenil, recomienda “evitar y excluir en la medida de lo posible, la detención preventiva de los menores, salvo de modo excepcional por infracciones muy graves cometidas por menores de edad”.
- S La detención de un menor ha de ser contemplada como último recurso y durante el período más breve posible. La Convención de Derechos del Niño en su art. 37 afirma que “la detención, encarcelamiento o prisión de un menor se utilizará sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. Por su parte la Regla núm. 13 de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de 1987 (Reglas Beigin) indica que “sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible”.
- S Finalmente, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad adoptadas por Resolución de la Asamblea General 45/13, de 14 de diciembre de 1990, reitera las recomendaciones anteriores afirmando que “la privación de la libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales” (Regla 2 y 17).

III. LA DETENCIÓN DEL MENOR EN LA LO 5/2000, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

El tratamiento procesal de la detención de los menores de edad viene recogido en el art. 17 de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. De la redacción del precepto se desprende que el legislador está regulando la detención gubernativa o policial, cuando, como vemos afirmando, la detención puede ser llevada a cabo también por el Ministerio Fiscal y por la propia autoridad judicial. En un solo precepto se da respuesta a todos los aspectos relevantes que han de ser tenidos en cuenta para la adop-

ción de esta medida cautelar: órganos encargados de adoptarla, forma en la que se ha de practicar, derechos que asisten al menor detenido, forma de practicar el interrogatorio policial, plazo de la detención y órganos competentes para resolver sobre la detención arbitraria, es decir, el procedimiento de “habeas corpus”.

El art. 17 de la CE sólo autoriza privar de libertad a una persona con observancia de lo establecido en dicho artículo, en los casos y en la forma previstos en la ley. La detención preventiva, afirma el precepto citado, no podrá durar más del tiempo necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. El detenido deberá ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos entre los que se encuentra el de no declarar y el de la asistencia de letrado.

La LO 5/2000 es respetuosa, como no podría ser de otra forma, con las garantías constitucionalmente establecidas para privar de libertad a un menor, articulando un tratamiento legal específico dirigido a reforzar aquellas garantías más allá de los términos exigidos constitucionalmente. Examinaremos este tratamiento especial poniendo de manifiesto las diferencias que presenta respecto de la detención de los adultos, centrando el análisis en las tres dimensiones constitucionales de la detención: supuestos que la autorizan, forma en que debe llevarse a cabo y derechos del menor detenido.

A) SUPUESTOS QUE PERMITEN LA DETENCIÓN DE UN MENOR

1. Como hemos indicado la CE (art. 17) sólo permite privar de libertad a una persona en los casos establecidos en la ley. Existe, pues, una remisión del legislador constitucional al ordinario para que fije los supuestos en los que se pueda privar del derecho a la libertad personal mediante ley que, al afectar a un derecho fundamental, ha de tener carácter de orgánica.

La Ley Penal Juvenil no contempla una relación detallada y específica de los supuestos o casos en los que pueda detenerse a un menor implicado en la comisión de hechos delictivos. Podría haberlo hecho pero dado el silencio que mantiene, ante tan relevante aspecto, cabe afirmar que los supuestos que autorizan la detención de un menor son los mismos que los establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la detención de un adulto dado el carácter supletorio de esta norma en el procedimiento penal de menores (Disposición Final Primera).

De acuerdo con lo razonado, un menor podrá y deberá ser detenido por los agentes de la policía cuando concurra cualquiera de los supuestos contemplados en el art. 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no vemos obstáculo legal alguno para extender esta facultad a los propios particulares en los supuestos

del art. 490. Alguno de los supuestos contemplados en el art. 492 que legitiman la detención de un adulto es dudoso, sin embargo, que respeten las Recomendaciones Internacionales examinadas. Tal sería el caso del núm. 4.º que obliga a practicar la detención cuando el imputado lo es por un delito con pena inferior a prisión menor cuando el agente tenga motivos racionales bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente carácter de delito y para creer que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él. Este supuesto de detención policial ha sido criticado por la doctrina respecto de los adultos, crítica que está más justificada si el sujeto de tal medida es un menor. En palabras de RODRÍGUEZ RAMOS (La Detención. Akal, 1987) “parece enormemente inseguro y sin homologación europea que personas que aún no han incurrido en rebeldía ni en sustracción de hecho a la acción de la justicia, lo van a hacer en un futuro inmediato”. Lo cierto es, sin embargo, que en tanto no se reforme la Ley de Enjuiciamiento Criminal hay que entender que el menor puede ser detenido en los mismos casos recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de los adultos, participando en este sentido del mismo tratamiento procesal.

2. Ahora bien, la detención de un menor —como la de un adulto— no se agota con los supuestos contemplados en los arts. 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Son múltiples las situaciones que pueden generar la adopción de esta medida cautelar. Por otro lado, la nueva posición del Fiscal en el procedimiento penal de menores, que pasa a asumir la función de instructor, modifica sustancialmente las competencias de los funcionarios y agentes de la policía en materia de detención, lo que obliga a examinar el nuevo tratamiento de esta institución en función de la concreta situación en cuyo seno aquella medida se adopta. Nos estamos refiriendo al tratamiento de la detención de un menor en los supuestos contemplados en los arts. 498, 499 y 550 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- 5 Cuando una persona es detenida por la Policía Judicial por encontrarse en alguno de los supuestos comprendidos en el art. 498 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —es decir, cuando existe contra aquella un procedimiento penal y orden de busca y captura por encontrarse fugado— el artículo mencionado ordena que el Juez de Instrucción ante el que ha sido presentado y que ha de ser el más próximo al lugar en el que se hubiere practicado la detención (art. 496), si no es el competente, se limitará a su entrega al que lo sea. Pues bien si el detenido es un menor deberá ser presentado ante el Fiscal de Menores, dada su condición de instructor, asumiendo, en este caso, las funciones que dicho artículo atribuye al Juez de Instrucción, pues no otra cosa afirma el art. 17.4 de la Ley, y será quien llevará a cabo las diligencias prescritas en el mencionado art. 498, remitiéndolas, con la persona del detenido al Fiscal o Juez de Menores competente (ya que tanto puede depender del primero si se encuentra detenido a su disposición, como del segundo). Lo que

no procederá es que sea presentado ante el Juzgado de Instrucción del lugar ni ante el Juzgado de Menores para que adopten aquellas diligencias. No puede ignorarse que la ubicación geográfica de las Fiscalías en la capital de la provincia obligará al traslado del menor hasta aquella sede lo que se obviará, en algún supuesto, mediante la debida comunicación telefónica, resolviendo el Fiscal sobre la situación procesal del menor, pero lo que no es procedente es la presentación ante el Juzgado de Instrucción del Partido Judicial, pese a ser esto lo que afirma el art. 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- S Cuando el menor es detenido por encontrarse en alguno de los supuestos comprendidos en el art. 499 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, cuando no exista procedimiento penal abierto contra el mismo, deberá ser presentado igualmente al Fiscal de Menores aunque no sea el competente para conocer de los hechos quien, en cumplimiento de lo que ordena dicho precepto, practicará las primeras diligencias, pondrá al menor detenido en libertad o instará del Juzgado de Menores la adopción de medida cautelar remitiendo, en ambos casos, las diligencias y la persona del menor al órgano competente.
- S Cuando el menor es detenido por encontrarse en alguno de los supuestos contemplados en el art. 500 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —menor condenado que se ha fugado y respecto del que existe orden de busca y captura— y el Juez de Menores competente no es el del lugar más próximo al de la detención, tendrá que ser presentado ante el Fiscal de Menores quien se limitará a cumplir con lo establecido en el citado artículo es decir, dispondrá que inmediatamente sea remitido al establecimiento en el que deba cumplir la condena. Más aún, tratándose de menores condenados y fugados o declarados en rebeldía o respecto de los que exista una orden de busca y captura e ingreso en centro de cumplimiento de menores infractores, no vemos razón para tener que presentarlo ante el Fiscal o Juez como afirma el art. 496 pudiendo, a nuestro juicio, ser ejecutada la orden de ingreso directamente por la propia policía, trasladando al menor al centro de menores del que se ha fugado o al que exista en la población.
- S El art. 16.5 de la Ley del Menor contempla el tratamiento de aquellos casos en los que aparecen implicados en hechos delictivos mayores y menores de edad penal, autorizando al Juez de Instrucción competente para adoptar las medidas necesarias para asegurar el éxito de la investigación respecto de los mayores y ordena, respecto de los menores, remitir testimonio de los particulares precisos al Fiscal de Menores. El precepto legal no parece autorizar a la policía, que instruye el atestado por hechos en los que aparezcan implicados mayores y menores de edad penal para separar la causa y remitir al Juez de Instrucción lo que

afecta a los primeros y al Fiscal de Menores por los segundos. En estos casos, aunque se trate de menores detenidos deben ser presentados al Juez de Instrucción y no al Fiscal, siendo una excepción al principio general del art. 17.4 que ordena a la policía poner al menor detenido a disposición del Fiscal. Entendemos, no obstante, que en tales supuestos el menor detenido debe ser presentado ante el Juzgado de Instrucción en el plazo de 48 horas al constituir el tiempo máximo permitido a la detención policial de un menor.

- S El art. 550 en relación con el 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite acordar la entrada y registro de un domicilio particular “cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado” es decir, con la única finalidad de proceder a su detención. Por otro lado, el art. 553 autoriza a la propia policía, sin necesidad de previa autorización judicial, a entrar en domicilios particulares para proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas. Esto significa que una orden de detención dada por la policía o por el Fiscal de Menores no es suficiente título para habilitarlos, sin mandamiento judicial, para penetrar en un domicilio particular pues es preciso una orden de prisión, es decir, de internamiento provisional del Juez de Menores.

Dado que la ley habla de “procesado” (art. 546) y de “presos” (art. 553) cabe preguntarnos si puede ser equiparada a estas otras situaciones en las que la persona no tenga esta condición y, en concreto, si, en el ámbito del proceso penal del menor, podrá decretarse la entrada y registro para la detención de un menor cuya citación por el Fiscal no ha sido atendida si se presume que se encuentra oculto en su domicilio o cualquier otro lugar calificado como tal. La respuesta que procede dar, a nuestro juicio, es afirmativa: cuando el Fiscal de Menores acuerda la detención de un menor en el marco de unas diligencias de investigación criminal y se presume que se encuentra en un domicilio particular, la policía no podrá penetrar en dicho domicilio debiéndose interesar del Juzgado de Menores orden de entrada y registro a fin de ser detenido.

B) DERECHOS DEL MENOR DETENIDO

1. Información de derechos. De acuerdo con lo perpetuado en el art. 17.4 de la LO 5/2000, las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor estarán obligados a informarle, en lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los recogidos en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo tanto, el primer derecho que se reconoce al menor detenido es el de información sobre los derechos que

como tal le otorga el ordenamiento jurídico. En este punto no difiere el tratamiento procesal de la detención del menor del de los adultos, reproduciendo la ley especial de forma prácticamente literal el texto del art. 17.3 de la CE y 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la normativa supranacional establecida para la detención provisional de una persona (art. 5.º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y art. 9.3 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de 1996).

2. Contenido de los derechos. La LO 5/2000, en su artículo 17, contempla y garantiza dos grupos de derechos a todo menor detenido: uno, que podríamos designar genérico, compartido con los adultos, como se ha indicado, en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo, el derecho a ser asistido por abogado, asistencia gratuita de intérprete y a ser reconocido por el médico forense. Junto a estos derechos recoge otros específicos, derivados de su condición especial de menor que suponen un reforzamiento de la protección jurídica que se le otorga y, que merecen un examen especial:

S Notificación de la detención a los representantes legales y al Ministerio Fiscal. Lo que en la detención de un mayor de edad penal es un derecho renunciable del que simplemente debe ser informado, se convierte en una obligación cuando el detenido es menor de edad, viniendo obligados los funcionarios que han intervenido en la detención a notificar de forma inmediata tanto la detención como el lugar de custodia a los representantes legales y al Ministerio Fiscal. Ciertamente, este derecho no venía contemplado en el art. 520.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero ahora se refuerza con las siguientes particularidades:

- La detención se ha de notificar a los representantes legales del menor. A nuestro juicio, la “expresión representante legal” no debe ser entendida en sentido estricto, lo que exigiría que los notificados fuesen los padres o tutores, pues son los únicos que ostentan la representación legal del menor, incluida la entidad pública competente en protección de menores cuando se trate de menores tutelados por la Administración, es decir, aquellos declarados previamente en situación legal de desamparo. Restringir la notificación a los representantes legales provocaría, en no pocas ocasiones, la imposibilidad de cumplir satisfactoriamente por la policía con esta obligación si se considera que no serán infrecuentes los casos en que estén ante menores inadaptados o procedentes de familias desestructuradas en las que los padres pueden desentenderse de sus propios hijos y no querer comparecer ante la policía.

- Si la finalidad de la notificación de la detención a la familia es la de poder acompañar a su hijo ante el interrogatorio policial —como exige el número 2 del art. 17— podrá entenderse cumplido el requisito notificando aquélla a las personas que también pueden acompañarlo en su declaración, es decir las que, sin ostentar la representación legal, tengan la guarda del menor, incluso de hecho. No puede exigirse a la policía una investigación exhaustiva dirigida a conocer la situación legal del menor y bajo qué personas se encuentra, situación que incluso puede ser ignorada por el propio menor.
- S Notificación inmediata de la detención al Ministerio Fiscal. El art. 520.3 exigía la notificación al Fiscal de la detención de un menor sólo en aquellos casos en los que el representante legal no fuera hallado. Por el contrario, la nueva Ley Penal del Menor exige que se notifique siempre al Fiscal con independencia de que también deba hacerse a la familia, notificación que debe practicarse de forma inmediata. La notificación deberá ser, por lo tanto, la primera diligencia que deba hacerse en el atestado policial cuando el menor es presentado por los agentes en las dependencias policiales.
- S Notificación de la detención a las Autoridades consulares cuando el menor es un extranjero. Tratándose de menores extranjeros la ley distingue dos situaciones a efectos de la notificación de su detención. Si reside fuera de España se habrá de notificar la detención obligatoriamente a las autoridades consulares, ya que si reside en España habrá que hacerlo a sus representantes legales o personas con quien conviva. Con independencia de que resida o no en España habrá que comunicarle la detención al cónsul de su país si lo pide el menor o sus representantes legales. Cabría preguntarse acerca de la eficacia de esta notificación ya que no parece que lo sea con la finalidad de que los representantes consulares suplan a los representantes legales en el interrogatorio del menor, ausencia que viene suplida en la ley por la presencia de un miembro del Ministerio Fiscal. Con todo, no parece que exista objeción procesal alguna para que, si es materialmente posible, dichas autoridades acompañen al menor en su declaración ante la policía, Fiscalía y Juzgado de Menores, lo que desde luego, no será habitual a la luz de lo que ofrece la experiencia.
3. Declaración del detenido en presencia del letrado y del representante legal. Como no podía ser de otra forma, la declaración del menor detenido debe prestarse inexcusablemente en presencia de letrado en cumplimiento de la normativa constitucional (art. 17.2) que garantiza la asistencia de letrado al detenido en los “términos que la ley establezca”.

Procede preguntarnos si la ley especial contempla el derecho de asistencia letrada con atribuciones distintas y superiores de las recogidas para los adultos en el art. 520.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, solicitar que se informe al detenido de los derechos, solicitar ampliación de algún extremo para que conste en acta y entrevistarse separadamente con el menor una vez efectuada la declaración. Del texto del art. 17 de la LO 5/2000 se desprende las siguientes diferencias relativas a la forma de la declaración del menor y contenidos de la asistencia letrada.

El art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal admite la validez de la declaración del detenido sin la presencia de letrado cuando éste no comparece en el plazo de las 8 horas siguientes desde la comunicación, siempre que lo consintiere el interesado quien podrá renunciar, también, a dicha asistencia técnica si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico. Este supuesto ¿será de aplicación a la detención del menor?

Si de acuerdo con lo preceptuado en el art. 17.3, la asistencia de letrado al detenido se ha de garantizar en la forma que la ley establezca, habrá que acudir a la Ley Especial 5/2000, por ser la aplicable al caso, donde se comprueba que en la normativa relativa a la diligencia de detención no establece excepción alguna a la obligatoria presencia de letrado en el interrogatorio de la policía. Por otro lado, sin embargo, la Disposición Final Primera afirma que tendrán el carácter de normas supletorias para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ley que, como hemos recordado, admite en su art. 520 dos excepciones a la asistencia letrada al detenido. Pues bien, no contemplando referencia alguna sobre el particular la ley especial de menores habrá que entender que serán de aplicación supletoria las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por lo tanto, concluir que será de aplicación a la declaración de un menor detenido las disposiciones del número 4.º y 5.º del art. 520 que permiten, en los casos allí indicados, su declaración en ausencia de letrado, pero siempre que —y este aspecto nos parece trascendental— que dicho menor lo “consintiere” o renunciare a este derecho. ¿Puede un menor de edad civil (18 años), que carece de capacidad de obrar, emitir una declaración de voluntad vinculante renunciando a un derecho?, ¿el consentimiento del menor tiene plena validez procesal sin necesidad de que sea sustituido y complementado con la aceptación del representante legal?

La LO 5/2000 está reconociendo al menor en todo momento plena capacidad de obrar procesal al extremo de que la intervención en el procedimiento de los padres y representantes legales, en general, no se contempla como un requisito necesario para suplir su falta de capacidad sino simplemente, como un derecho del propio menor y su familia para intervenir en aquél. De hecho, el menor es el único sujeto pasivo del procedimiento —como no podía ser de otra

forma dada su condición personal de imputado— y, como tal, puede tomar decisiones en cuanto al fondo, tales como prestar su consentimiento a la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad [art. 7.1.j)], asumir compromisos con la víctima o perjudicado reconociendo el daño causado (art. 19), prestar su conformidad a los escritos de alegaciones del Fiscal (art. 32 y 36) sin que en estas cuestiones tenga intervención alguna el representante legal. Por lo tanto, entendemos que, tratándose de un menor, las autoridades y funcionarios encargados de su declaración y obligados a garantizar su derecho fundamental a la asistencia letrada, están cualificados para practicar la diligencia en ausencia de abogado en los mismos supuestos contemplados en el art. 520.4 y 5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero deberán valorar el grado de madurez que aprecien a la hora de consentir o renunciar a la asistencia letrada especialmente si a ello se oponen los representantes legales presentes. Como ocurre cuando se presenta alguna duda sobre el tratamiento de los menores detenidos lo más adecuado será ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

4. Derecho del menor a entrevistarse con el letrado incluso antes de prestar declaración. El art. 520.6.c) incluye, entre los contenidos de la asistencia de letrado el derecho de éste a entrevistarse reservadamente con el menor detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido. Por el contrario, el art. 22.1.b) de la LO 5/2000 puesto en relación con el art. 17, permite entender que, en el ámbito del procedimiento penal del menor, se garantizará la comunicación con el letrado del menor detenido antes de su declaración. No otra interpretación cabe hacer del mencionado art. 22 según el cual se reconoce al menor, desde el mismo momento de la incoación del expediente, a designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a “entrevistarse reservadamente con él incluso antes de prestar declaración”. Podría afirmarse, ciertamente, que el art. 22 está contemplando los derechos reconocidos de un menor tras la apertura de expediente contra el mismo, es decir, en sede Fiscal no siendo de aplicación a los menores detenidos por la policía en las diligencias de investigación previas a la incoación de expediente por el Fiscal. Sin embargo, si la expresión examinada “incluso antes de prestar declaración” no viniera referida más que a los menores ya encausados, constituiría, en sí misma, una obviedad, pues es evidente que una persona que no está privada de libertad puede entrevistarse —y así lo hará— con quien desee sin necesidad de que se le reconozca como derecho especificado por ley. La facultad otorgada en el precepto indicado no puede tener otra interpretación, a nuestro juicio, que la de garantizar la comunicación con letrado por el menor detenido antes del interrogatorio policial, quedando a salvo, evidentemente, aquellos supuestos en los que se ha acordado la incomunicación del detenido en cuyo caso, de conformidad con lo establecido en el art. 527, no podrá disfrutar del derecho a entrevistarse con su abogado (art. 527 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

5. Presencia del representante legal. Siguiendo las Recomendaciones Internacionales sobre la Administración de la Justicia de Menores, el legislador español exige que la declaración del menor detenido se preste en presencia no sólo del letrado, sino también de aquellas personas que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor —de hecho o de derecho— salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de tales personas la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente.

Como ya se indicó en otro momento, la ley no exige la presencia del representante legal en sentido técnico-jurídico, para que la finalidad de asistencia quede lograda, con la presencia, incluso, del guardador de hecho, condición ciertamente difícil de acreditar en las diligencias policiales. Para que la diligencia de interrogatorio no se vea paralizada por la incomparecencia de aquellas personas se podrá celebrar con un miembro del Ministerio Público. Se pretende con esta medida dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 3.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que atribuye a éste “la representación y defensa en juicio de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representante legal, no puedan actuar por sí mismos”. Atribuida al Fiscal de Menores la instrucción del procedimiento y, al mismo tiempo, el ejercicio de la acción penal contra un menor no parece lógico otorgar a la misma persona, las funciones propias de los representantes legales a los que, en su ausencia, sustituye ante las diligencias policiales, razón por la que esta misión se encomienda a otro miembro del Ministerio Fiscal, distinto del instructor.

El precepto comentado es expresión gráfica tanto de la contradicción, expresamente asumida por la ley, que supone atribuir al Ministerio Fiscal, al mismo tiempo, funciones opuestas, como son la defensa de los derechos del menor y la de acusador público de dicho menor (art. 6.º) como de la traslación al proceso del menor de aquellas funciones atribuidas al Ministerio Fiscal en su Estatuto Orgánico de “asumir la representación y defensa en juicio de quienes por carecer de capacidad de obrar y de representante legal no puedan actuar por sí mismos”, atribución, a nuestro juicio, innecesaria ya que, como hemos indicado, el legislador esta otorgando al menor en todas las etapas del procedimiento plena capacidad de obrar procesal. De lo contrario, ¿por qué no disponer la presencia del Ministerio Fiscal, en defecto del representante legal, en todas aquellas otras diligencias en las que éstos puedan faltar, en lugar de ordenar su asistencia, sólo cuando se trata de la declaración del menor detenido? Las Recomendaciones Internacionales exigen la presencia de los representantes legales del menor no porque se entienda que carece éste de capacidad de obrar, sino como un derecho básico de aquéllos y del propio menor a comparecer en el procedimiento. (Regla 7.1. de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de 1987.)

6. Derecho a recibir los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física. El legislador español asume el mandato recogido en el art. 37 de la Convención de Derechos del Niño y, en concreto, la Recomendación N.13.5. de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de 1987, cuyo texto copia, prácticamente en forma literal, ya que en esta Regla se afirma que “mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda asistencia social, educacional, profesional, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales”. La protección integral del menor mediante la atención de sus necesidades específicas queda garantizada en la ley en todos las etapas del procedimiento, razón por la que el art. 22 recoge entre los derechos de aquel, tras la apertura de expediente, el de “asistencia afectiva y psicológica” en cualquier estado y grado del procedimiento, así como “la asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al Juzgado de Menores” [art. 22.1.e) y f)].

La obligación de prestar este tipo de asistencia al menor detenido recae, evidentemente, sobre los organismos policiales que se verán obligados a crear en las propias Comisarías los servicios técnicos —en plantilla o contratados— necesarios para garantizar la efectiva atención del menor. De ello se desprende que no será suficiente con la creación de los Grupos de Menores de las Brigadas de Policía Judicial que ordena el número 4 de la Disposición Final segunda sino que, junto a estos miembros de policía especializada, deberán trabajar otros profesionales: psicólogos y trabajadores sociales especialmente, que puedan llevar a cabo la asistencia específica que el menor detenido necesite, en la dirección iniciada por las Unidades de Policía especializadas en cuestiones relativas a mujeres maltratadas o víctimas de agresiones sexuales.

IV. CONDICIONES Y PLAZO DE LA DETENCIÓN

Como ocurre con los adultos (art. 520.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal) la detención del menor deberá practicarse en la forma que menos perjudique a éste (art. 17.1) es decir, con palabras de la Convención de Derechos del Niño (art. 37), será tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana. Este es el fundamento que sustenta la fijación de un plazo de detención gubernativa más corto que el previsto para los adultos y la necesidad de que los menores deberán hallarse custodiados en “dependencias adecuadas y separados de las que se utilicen para los mayores de edad”.

La ausencia de una reglamentación más específica sobre lo que deba entenderse por “dependencias adecuadas” obligará a la Administración a una necesaria interpretación teniendo como referencia la necesidad de conciliar los fines de custodia inherentes a toda privación de libertad con el imprescindible respeto a la dignidad del propio menor.

Una de las novedades más avanzadas de la ley —y al mismo tiempo más cuestionada— es aquella que hace referencia al plazo máximo de la detención gubernativa. Conforme al art. 17.4 la detención policial de un menor no podrá ser superior a las 24 horas debiendo en este tiempo practicar las diligencias de averiguación tendentes al esclarecimiento de los hechos y acordar la libertad del detenido o su puesta a disposición del Ministerio Fiscal quien sólo dispondrá de otras 24 horas para mantener la situación de detención. Como ocurre con los adultos, la detención de un menor no podrá durar más que el tiempo estrictamente necesario para la práctica de las diligencias indicadas, debiéndose entender que el plazo de las 24 horas es el máximo concedido a los funcionarios policiales.

La breve duración de la detención policial de un menor y la necesidad de que, mientras ésta se mantenga, tenga el detenido que ser custodiado en dependencias adecuadas, ha provocado que aquella medida cautelar se venga cumpliendo en las denominadas Unidades de Acogida existentes en los Centros de Reforma pertenecientes a las CCAA competentes para la ejecución de las medidas privativas de libertad. Esta práctica, sin embargo, carece de cobertura legal ya que la competencia relativa a la custodia de los menores detenidos por la Policía es del Ministerio del Interior, sin perjuicio de que, como ocurre con nuestra Comunidad Autónoma la administración titular de los centros de reforma acepte que estos menores pernocten en sus centros, con separación del resto de los internados. Por lo tanto, cuando la ley habla de dependencias adecuadas como lugar de custodia del menor detenido, debe entenderse “dependencias policiales”.

No es competencia, pues, de la Comunidad Autónoma ejecutar las medidas cautelares de detención policial, pese a lo indicado en el art. 54 de la Ley. De acuerdo con este precepto “las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares de internamiento que se impongan de conformidad con esta ley, se ejecutarán en centros específicos para menores infractores...” Debe entenderse, sin embargo, que el texto hace referencia a la detención que puede acordar el Juez cuyo plazo puede llegar hasta las 72 horas (art. 17 CE) pero no a la detención policial.

Puede discutirse si la Administración Autónoma, con base en el artículo que comentamos, vendrá obligada a ejecutar las medidas cautelares de detención acordadas por el Fiscal, constituyendo uno de los puntos más oscuros de la Ley. Entendemos que una interpretación integradora del ordenamiento jurídico conduce a considerar que la detención de un menor acordada por el Fiscal también es competencia de la Comunidad Autónoma con base en el art. 54 de la Ley ya que el Reglamento Penitenciario incluye, entre las autoridades que pueden ordenar el ingreso de una persona en un centro penitenciario, además de la judicial, al Ministerio Fiscal (art. 15.3), quedando excluida la Policía Judicial

que sólo puede acordar el ingreso de un detenido cuando se efectúa en cumplimiento de una orden judicial.

La Ley, finalmente, establece una importante excepción al principio general relativo al plazo de la detención de menores, duración y autoridad a cuya disposición debe ser puesto cuando el delito del que es imputado se encuentre comprendido en aquellos a los que se refieren los arts. 571 a 580 del Código Penal (delitos de terrorismo). En estos supuestos la competencia ha sido atribuida al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, y le será de aplicación a la detención el plazo de 72 horas al remitir el art. 17.4 de la Ley Especial a lo dispuesto en el art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiéndose prolongar aquélla hasta un límite máximo de otras 48 horas con autorización del Juez Central de Menores.

El régimen de la detención cuando se enjuician delitos de terrorismo en la forma en que está formulado en la ley —incluida su reforma— no deja de plantear dudas interpretativas de mayor importancia, dada la relevancia de la derogación del régimen general, justificada por la gravedad de los delitos enjuiciados. Para la Fiscalía General del Estado, siguiendo una interpretación literal del precepto —se aplicará lo dispuesto en el art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— la detención gubernativa de los menores implicados en hechos terroristas tendrá un plazo máximo de duración de 72 horas, plazo al que se le sumará, si procede, la prórroga de la detención por otro plazo máximo de 48 horas, entendiendo que la Policía Judicial se relacionará de forma directa con la autoridad judicial sin interposición del Ministerio Fiscal. Pudiera entenderse, sin embargo, que las referencias al art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo son a los solos efectos de la prolongación de la detención, manteniéndose en 48 horas la detención gubernativa del menor, ya que el mencionado artículo, en su primera parte, se limita a ordenar que el detenido será puesto a disposición del Juez competente dentro de las 72 horas, que no constituye un plazo distinto al previsto en el art. 17 de la CE.

V. LA DETENCIÓN DE MENORES DE 14 AÑOS

No será infrecuente que, en la práctica, participen en la comisión de hechos delictivos menores de 14 años, bien de forma aislada, bien conjuntamente con mayores de esta edad. El hecho de que el ámbito personal de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores venga referido a mayores de esta edad, no siendo de aplicación a los menores de 14 años respecto de los que sólo pueden adoptarse medidas protectoras y asistenciales por los organismos administrativos pero nunca medidas judiciales, genera la razonable duda de si estos menores pueden ser detenidos por la Policía cuando aparecen implicados en la comisión de hechos delictivos.

Ciertamente, el art. 3.º de la Ley que establece el régimen legal de los menores de 14 años, no contiene referencia alguna a tan delicada cuestión, pues la necesidad de adoptar con estos jóvenes medidas de carácter protector pudiera no ser incompatible con la legitimidad de una previa detención gubernativa por los funcionarios de policía y su puesta a disposición del Ministerio Fiscal aunque resultara acreditado, desde el primer momento, su edad y, por tanto, la no exigencia de responsabilidad penal de la que quedan excluidos por el art. 1.º de la Ley.

El simple hecho de ser el presunto autor de un delito menor de 14 años no impide su detención por los agentes y funcionarios de policía siempre que concurren los supuestos contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o, por decirlo más claramente, siempre que se den los presupuestos que legitiman esta medida cautelar: un título de imputación, es decir, la participación del menor en un hecho delictivo y que el mismo sea de tal gravedad que haga presumir que se puede sustraer a la acción de la justicia. Sería absurdo llegar a la conclusión —e iría contra toda regla de criterio humano— que un menor de 14 años autor de un delito grave no pudiera ser detenido aunque se supiera que no podría ser objeto más que de medidas de protección al estar exento de responsabilidad penal sin que, por ello, el funcionario que practicara aquélla incurriera en un delito de detención ilegal.

Es evidente, sin embargo, que la detención de un menor por funcionarios de la policía sólo procederá en el supuesto contemplado en los números 1.º y 2.º del art. 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —al que intentare cometer un delito y al delincuente *in fraganti*— y 4.º del art. 492 —a la persona de la que el agente tenga motivos racionales bastantes para creer en la existencia de un hecho delictivo y para creer que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él—. El resto de los supuestos contemplados en el art. 492 no serán aplicables a la detención de menores de 14 años dado que todos ellos exigen de la existencia previa de una causa penal abierta contra el mismo lo que no es posible al estar exentos de responsabilidad penal.

La Policía Judicial podrá, pues, proceder a la detención de un menor de 14 años en ejercicio de las atribuciones que le otorga el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dirigidas a la averiguación de los delitos, descubrimiento del delincuente y aseguramiento de la persona implicada, pudiendo, por propia autoridad, en el ámbito de las diligencias de prevención proceder a su detención. Se trata de una competencia natural de la Policía Judicial atribuida por nuestra constitución (art. 126), por la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 445) y por el Real Decreto de 19 de junio de 1987, Regulador de la Policía Judicial, en virtud de los cuales “podrá practicar por su propia iniciativa las diligencias de investigación criminal con carácter previo a la apertura de las actuaciones judiciales bajo la dependencia del Ministerio Fiscal” (art. 20).

Ahora bien, detenido un menor de 14 años, ¿podrá la policía proceder a su interrogatorio o declaración con las garantías y derechos recogidos en el artículo 17 de la Ley Especial y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal? o, por el contrario, acreditada la edad, ¿deberá dar por concluidas las diligencias policiales y entregarlo a sus padres o, en su caso a la Administración encargada de la protección de menores? Las diligencias de investigación practicadas por la Policía Judicial tienen por objeto la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, formando parte de las mismas el reconocimiento de la identidad y la declaración del detenido, razón por la que, en principio, también la declaración del menor de 14 años debería ser competencia de la Policía Judicial. No puede ignorarse, sin embargo, que se trataría de una diligencia cuyo resultado no podrá sustentar un título de culpabilidad de quien ya se sabe que está exento de responsabilidad, pese a lo cual sería sometido al rigor que siempre implica una actuación policial de esta naturaleza. Dado que en este punto no existe un marco normativo suficientemente claro sería aconsejable ponderar los intereses en conflicto —los de la justicia, que exigiría completar las diligencias de investigación, y los derechos del propio menor— ponderación que deberá hacer el Ministerio Fiscal, instructor del procedimiento y, al mismo tiempo, velador de los derechos de los menores, siendo aconsejable que sea éste quien adopte la decisión precedente sobre la conveniencia de recibirle declaración que ya no sería, obviamente en calidad de imputado, adoptando posteriormente, de ser preciso medidas de protección.

Por las razones indicadas, no compartimos el criterio sustentado por la Dirección General de la Policía en las “Normas Provisionales sobre Tratamiento Policial de Menores” de 12 de enero de 2001 cuando afirma que a los menores de 14 años, cualquiera que sea la infracción penal que cometan, no les será de aplicación ninguna de las medidas policiales destinadas a la actuación policial con menores infractores entre los 14 y 18 años. La detención del menor puede ser una medida cautelar preprocesal necesaria y justificada y, a nuestro entender legítima que puede ser adoptada por los agentes de la Policía sin perjuicio de que se limiten a su traslado a las dependencias Policiales y posterior identificación, entregándose posteriormente a la familia, a la administración protectora o interesando la intervención inmediata del Fiscal.

VI. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS EN EL ÁMBITO DE LA DETENCIÓN POLICIAL DE MENORES

Entre las múltiples cuestiones que plantea la detención gubernativa de los menores de edad, dos generan una permanente preocupación de los funcionarios y autoridades responsables de la adopción de esta medida cautelar: las conduckiones y traslados de los menores detenidos y las diligencias de reconocimiento fotográfico.

Conducciones y traslados

Nada dice la LO 5/2000 sobre la forma y garantías con las que deben practicarse los traslados de un menor detenido para la práctica de las diligencias policiales y judiciales. Tampoco la normativa internacional es precisa acerca de tan relevante cuestión. La Regla 45 de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955 —de aplicación a los menores infractores— prohíbe el transporte de los reclusos en malas condiciones de ventilación o de luz o por cualquier medio que les imponga un sufrimiento físico. Referido, en concreto, a los menores delincuentes, la Regla 21 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad afirma que “el transporte de los menores deberá efectuarse a costa de la administración, en vehículos debidamente ventilados e iluminados y en condiciones que no le impongan de modo alguno sufrimientos físicos o morales”.

El derecho a la intimidad que tanto parece haber preocupado al legislador en la LO 5/2000, sentando el principio general de la no publicidad de la audiencia y la prohibición a los medios de comunicación de obtener y difundir imágenes del menor ni datos que permitan su identificación (art. 35), exigirá prestar atención en el próximo Reglamento de Ejecución de la Ley, que deberá promulgarse, a los aspectos que estamos examinando y otros relacionados con ellos como son los relativos a la ausencia de datos identificativos de los vehículos policiales, necesidad o no de personal uniformado o la utilización de esposas u otros medios de contención, sin perjuicio del necesario margen de discrecionalidad concedida a los agentes encargados de la detención y traslados del menor para ponderar en cada caso, en función de la peligrosidad o riesgo de fuga, la conveniencia y uso adecuado de aquellos instrumentos.

El art. 39 de la Recomendación N (87) 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las Reglas Penitenciarias Europeas indica que “si es preciso, como medida de precaución contra una evasión durante un traslado podrá utilizarse las esposas, siempre que sean retiradas tan pronto como el interno comparezca ante una autoridad judicial o administrativa, a menos que dicha autoridad decida de otro modo”, teniendo siempre como norte de actuación que la privación de libertad de un menor debe tener lugar en condiciones materiales y morales que aseguren el respeto a la dignidad humana y a la especial consideración que se deriva de su minoría de edad.

La Administración española ha sido especialmente sensible a la hora de preservar el derecho de intimidad de los menores detenidos. Las Normas Provisionales anteriormente citadas elaboradas por la Dirección General de la Policía establecen que el esposamiento de menores se llevará a cabo en los casos que sea necesario, como respuesta proporcional al hecho y a las circunstancias personales del menor y que los traslados se realizarán en la medida de lo posible, en vehículos sin distintivos y por policías no uniformados, siempre en la forma

que menos perjudique al menor y con respeto y garantía de sus derechos. Esta normativa merece el mayor de los aplausos y consideración.

Reconocimientos fotográficos

La diligencia de “reconocimiento fotográfico”, dirigida a la identificación de los presuntos autores de un delito, no implica una restricción del derecho a la intimidad, razón por la que podrá ser practicada tanto por el Fiscal instructor como por la Policía en las diligencias de investigación criminal.

Distinta será la necesidad de regular la existencia y uso en las Comisaría de Policía de los llamados álbumes y ficheros fotográficos de menores que, obviamente, estarán integrados por aquellos que han sido detenidos con anterioridad a los hechos que son objeto de investigación. Su utilización abusiva pudiera afectar al derecho a la intimidad de los menores fichados si se tiene en cuenta la específica protección reforzada que del derecho a la intimidad de los menores otorga el art. 29 de la CE y el art. 4.º de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

La utilización por la Policía de los ficheros fotográficos de menores existentes, de forma más o menos permanente, en los archivos policiales, que van a ser objeto de exposición ante terceros en el marco de cualquier investigación penal debería tener una regulación legal expresa si se tiene en cuenta la crítica de la doctrina efectuada a esta práctica de investigación policial, incluso, en la investigación criminal de adultos defendiéndose que aquella debe ser erradicada de los hábitos policiales y cuya legalidad ha sido cuestionada por el propio Tribunal Supremo habiéndose interrogado sobre el “por qué de la insistencia de los funcionarios policiales en practicar algo que excede de su misión y que la norma reserva al Juez de Instrucción” (S. 31-01-92).

La doble protección constitucional del derecho a la intimidad de un menor sometido al proceso exige reforzar los controles de la misma, también en la fase instructora regulando la existencia y utilización de los ficheros fotográficos de menores y atribuyendo su control al Ministerio Fiscal, al fin y al cabo, director de la investigación, instructor del procedimiento y defensor de los derechos del menor imputado (art. 6.º), residenciando la práctica de los reconocimientos fotográficos en este órgano constitucional y sustrayéndola a la policía. Esta diligencia debería ser practicada por el Fiscal de Menores o expresamente autorizada por el mismo, habilitando a la Policía Judicial para que la lleve a efecto pues es lo que se desprende, al fin y al cabo, de los contenidos de los arts. 368 y 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Somos conscientes de que no es lo mismo el uso de los ficheros fotográficos policiales de menores que la información pública prohibida que de los mismos pudiera hacerse, por atentar al derecho a la intimidad de aquellos recogido

en el art. 4.º de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Con todo, no sería desacertado dar cobertura legal a la existencia y uso en las Comisarias de Policía de estos ficheros fotográficos sobre menores que por ser datos de carácter personal y afectar a su intimidad tienen la condición de datos especialmente protegidos por la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal de forma que sólo puedan ser incluidos en los ficheros de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras (art. 7.º).

VII. A MODO DE CONCLUSIONES

El régimen de la detención de los menores de edad no difiere, en cuanto a los supuestos legales que autorizan la adopción de esta medida, del establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los adultos. En principio, pues, el menor implicado en la participación de hechos delictivos podrá detenerse por los agentes de la policía en los mismos casos que los adultos.

La doctrina, desde hace tiempo, viene reclamando una reforma sustancial del tratamiento de la detención como medida cautelar —al igual que de la prisión provisional— especialmente respecto de los supuestos que permiten su adopción. Esta reforma es más necesaria, si cabe, en la detención de los menores, en la dirección de limitar los supuestos que la autoricen previstos con carácter general en la ley procesal común. El legislador español ha preferido obviar esta cuestión y hacer una remisión genérica del régimen de esta medida cautelar al contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en lugar de atender las Recomendaciones Internacionales que afirman la excepcionalidad y subsidiariedad de toda medida privativa de libertad.

A pesar de lo indicado la LO 5/2000 respeta los mínimos establecidos por la normativa supranacional así como las garantías constitucionales establecidas en el art. 17 de nuestra norma fundamental.

La ausencia de un tratamiento en profundidad de la detención de los menores va a generar dudas en los agentes y funcionarios policiales a la hora de abordar el tratamiento de esta medida en los diversos supuestos contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse modificado sustancialmente el sistema procesal penal por la atribución al Fiscal de las funciones de instrucción. Por otro lado, las genéricas e inevitables menciones de la ley a la forma de practicarse la detención de un menor —en la forma que menos perjudique a éste y por el tiempo más breve posible— obligará a los funcionarios de policía a actuar con una sensibilidad especial sólo posible de obtener mediante la creación de Unidades Especiales integradas por profesionales formados en el campo de la delincuencia y derecho de menores.

La profesionalidad de la actuación a través de la debida especialización será la mejor garantía de que la intervención policial con un menor no desencadene el conocido proceso de criminalización secundaria en la persona del detenido, dificultando cualquier medida resocializadora a la que posteriormente pueda ser sometido por la justicia juvenil. Por esta razón sorprende que la ley no incluya entre los profesionales a los que se exige la debida especialización —jueces, fiscales y abogados— a la policía judicial. Pudiera ser, no obstante, porque tal especialización se esté dando por entendida con la referencia que la Disposición Final Segunda de la Ley hace a los Grupos de Menores de la Policía Judicial, dirigiendo un mandato al Gobierno para que se adecue la plantilla de estos Grupos con objeto de establecer su adscripción a las Secciones de Menores de las Fiscalías.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ART. 31 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO

*Profesor de Derecho penal
Universidad de Oviedo*

1. La previsión legal de una cláusula de extensión de la autoría en el Código Penal español

Sabido es que el art. 31 CP 95 tiene como antecedente el art. 15 bis, introducido en nuestro anterior Código Penal por la LO 8/1983, de 25 de junio. En dicho precepto se contenía una fórmula, que ha sido conocida con frecuencia como “cláusula de extensión de la autoría”. Con la misma, se permitía extender o, mejor dicho, transmitir los elementos objetivos de autoría a sujetos que habían llevado a cabo materialmente la acción (u omisión) típica, sin ser sin embargo los sujetos cualificados por el tipo legal. Antes de la inclusión en el Código del referido precepto, la jurisprudencia ya venía sin embargo realizando la referida extensión de la autoría, pese a carecer de referente legal que lo autorizase, lo que suponía una evidente quiebra del principio de legalidad.

El nuevo Código en su art. 31 actualiza, completa y, sin duda, mejora la fórmula contenida en el antiguo art. 15 bis, permitiendo extender la responsabilidad penal al que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica y al que actúe en nombre o representación de otra persona física (vid. más ampliamente, FERNÁNDEZ TERUELO J.G., “Las denominadas actuaciones en lugar de otro”, *Actualidad Penal*, n.º 47, 1999).

Transcurridos varios años desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal, es un buen momento para hacer una sucinta valoración de cómo han afrontado nuestros tribunales la aplicación de esta cláusula y cuáles son los presupuestos de aplicación y el concreto significado que le han atribuido. Desgraciadamente, como iremos viendo, dicha valoración no puede ser positiva. Se trata de un precepto respecto al cual existen escasos pronunciamientos judiciales y, desde luego, muy pocos del Tribunal Supremo, lo que ha contribuido a que el

mismo siga siendo uno de los grandes desconocidos —al menos en este ámbito judicial— de la Parte General del Código Penal español.

La limitada jurisprudencia existente sobre el art. 31 CP no se debe —a nuestro juicio— a que en la práctica no accedan a los tribunales supuestos en los que están presentes los presupuestos de aplicación del mismo. Lo que sucede con frecuencia es que tales supuestos se resuelven con sentencias condenatorias frente a sujetos que carecen de elementos objetivos de autoría reclamados por el tipo. El tribunal no suele explicar mínimamente a través de que fórmula, o al menos porqué está atribuyendo tales condiciones personales a un sujeto que en realidad carece de las mismas. Así por ejemplo, entre otras muchas, la ST 20 de enero de 2000 AP de Zaragoza, que condena penalmente a un sujeto que, en nombre de la sociedad que administra, compra a otra sociedad facturas de servicio u obras inexistentes, con la finalidad de justificar al fisco unos pagos y con ello disminuir los ingresos para minorar los impuestos debidos. Como consecuencia de dicha operación, se produce un fraude fiscal superior a 20 millones de pesetas. El sujeto pasivo de la obligación tributaria es la referida sociedad, con lo que también es quien ostenta la cualidad subjetiva reclamada por el art. 305 CP, cuestión en la que no repara la sentencia condenando directamente, y sin dar explicación alguna, al administrador de la misma.

2. El rechazo del art. 31 como fuente de responsabilidad objetiva

Uno de los principales logros jurisprudenciales de los últimos años es haber consolidado en buena medida —frente a las dudas interpretativas que se plantearon en el pasado respecto al art. 15 bis CP 73— una interpretación en esta materia, según la cual el art. 31 tiene como finalidad exclusiva la resolución de un problema técnico y en ningún caso contiene una regla de responsabilidad objetiva. Quiere esto decir que el art. 31 no autoriza el surgimiento de una responsabilidad penal por la sola circunstancia de ostentar el sujeto determinada posición fáctica o poder de representación de la persona jurídica, sino que ese dato debe ser considerado requisito o paso previo, pero no suficiente, para llevar a cabo la atribución de responsabilidad penal, siendo necesario probar en cada caso concreto, tanto la participación real en los hechos delictivos como la culpabilidad.

En consecuencia, procederá la absolución cuando no sea posible averiguar quiénes han llevado a cabo la acción u omisión típica, ya que una respuesta condenatoria por el *status* personal sería contraria al principio de culpabilidad penal, que, como es sabido, sólo permite reprochar a los acusados las acciones u omisiones que hubieran protagonizado personalmente. Veamos a título de ejemplo alguna sentencia que pone de manifiesto esta acertada interpretación:

STS 22 de mayo de 2000: “*Con el pretendido amparo de tal norma **no se puede construir una responsabilidad objetiva** derivada del solo hecho de ser*

órgano o representante de una persona jurídica (o de una empresa o de una persona física): han de concurrir los elementos exigidos en los arts. 27 a 30 CP actual para las respectivas conductas como autor, inductor, cooperador necesario o cómplice”.

ST 30 de octubre de 1998 AP Granada: “(...) no es aceptable la tesis de hacer responsable penal a quien **ni por acción ni por omisión** ha tenido participación en unos hechos **por la sola circunstancia de ostentar un poder de representación** de la persona jurídica en ciertos ámbitos. (...) Ahora bien, ello no significa (...) que tales preceptos vengan a introducir una especie de **responsabilidad objetiva** que permita actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada una conducta constitutiva de una infracción penal cometida al amparo de una persona jurídica, **no resulte posible averiguar** quiénes, de entre sus miembros han sido los auténticamente responsables de la misma”⁽¹⁾.

Pese a que la interpretación expuesta es —como decimos— ciertamente mayoritaria, no falta algún pronunciamiento que —sorprendentemente— parece admitir el funcionamiento automático del art. 31 como causa de extensión de responsabilidad penal, al margen de la demostración de la concreta actuación u omisión del sujeto que resulta condenado. Así, la ST 12 de mayo de 1999 AP Huelva confirma una sentencia condenatoria por una falta de coacciones del representante legal del “Cobrador del Frac” por la actuación de uno de sus empleados, sin que se entienda probada la efectiva participación en los hechos de la persona condenada:

“En cuanto a la segunda alegación del apelante, decir que no se condena a una persona jurídica sino al legal representante de “El Cobrador del Frac”, y el artículo 31 del Código Penal, establece que el que actúa como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente. Ello da lugar a que desestimemos el recurso interpuesto y confirmemos la sentencia recurrida”.

3. La aplicación del contenido del art. 31 a delitos comunes

Una de las decisiones jurisprudenciales más sorprendentes, y sin duda errónea, es la constante referencia o uso del contenido de este artículo para solventar supuestos en los que se comete un delito común en el seno de una persona jurídica.

⁽¹⁾ En idéntico sentido, STS 18-12-2000 (n.º 1940/2000), STS 22-5-2000, S 18-6-1998 AP Huesca, S 22-5-1998 AP Las Palmas, S 13-3-1998 AP Barcelona, S 15-1-1998 AP Segovia, S 10-3-1997 AP La Rioja, S 21-4-1997 AP Barcelona, S 29-11-1999 AP Segovia, S 8-10-1999 AP Tarragona, S 8-6-1999 AP Madrid y S 21-4-1997 AP Barcelona.

Son absolutamente minoritarios los supuestos en que esta cuestión se plantea de un modo correcto, como sí hace la ST 22 de mayo de 1998 AP Las Palmas: *“Sin embargo, tal precepto no puede ser aplicado en el presente caso puesto que es doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 24 de marzo de 1997) la de que “en los denominados delitos especiales, que exigen unas determinadas condiciones, cualidades o relaciones en el sujeto activo, surge un problema de tipicidad cuando quien realiza la conducta típica no está investido de esas especiales características, pero sí la persona —física o jurídica— en cuyo nombre se actúa. (...) En consecuencia, el ámbito de aplicación del art. 15 bis —igual que el vigente art. 31— se ciñe, por tanto, a esos fines y a los delitos especiales, como sucede en el delito de quiebra fraudulenta que es objeto de nuestra atención”.*

Sin embargo con mucha frecuencia y, lo que es más grave, poniendo de manifiesto la falta de comprensión del sentido del precepto los tribunales utilizan o se plantean la aplicación de la cláusula contenida en el art. 31 a delitos comunes como la estafa⁽²⁾, apropiación indebida⁽³⁾, e incluso a una falta de lesiones⁽⁴⁾ o de coacciones⁽⁵⁾, entre otros supuestos.

Como decimos, esta postura jurisprudencial no tiene sentido, ya que en los delitos comunes no hay obstáculo para considerar penalmente responsables a quienes realizan materialmente los hechos delictivos. Si el delito en cuestión no exige una especial cualificación personal, obviamente no es necesario realizar ningún traslado o extensión de los elementos de la autoría.

4. Responsabilidad omisiva impropia del administrador en los supuestos de cualificación subjetiva de la persona jurídica

La cuestión relativa a la extensión de los elementos de la autoría en delitos especiales suele estar íntimamente ligada a una posible responsabilidad por omisión impropia. Ya hemos visto que el art. 31 no autoriza una condena penal frente al directivo que no posee la cualidad subjetiva típica, si no se demuestra su participación activa, en cuyo caso podría en muchos casos plantearse de un modo subsidiario una posible responsabilidad por omisión impropia.

Resulta sin embargo curiosa la escasez de pronunciamientos jurisprudenciales en los que se plantea esta posibilidad. Excepcionalmente la STS 22 de mayo de 2000, analiza esta cuestión: *“(...) podemos decir que han de responder*

(2) STS 22-5-2000, AUTO 6-9-1999 AP Barcelona.

(3) S AP Barcelona 21-4-1997.

(4) S AP Segovia 15-1-1998.

(5) S AP Santa Cruz de Tenerife 12-12-1997.

penalmente como autores todos aquellos que en la organización y funcionamiento real y de hecho de la entidad tiene una posición de dominio en relación concreta con el hecho delictivo de que se trate, de tal forma que podrán ser considerados quienes realizaren la actuación delictiva (...) y **quienes, siendo dirigentes de la empresa, conociendo lo que estaba ocurriendo y teniendo poderes para impedirlo, no lo hicieron**, consintiendo así en una actividad delictiva realizada en el seno de la sociedad que dirigían y que, por ello, **tenían la facultad y el deber de impedir (...)**”.

Obsérvese, sin embargo, cómo se fundamenta la responsabilidad en comisión por omisión en virtud de la presencia de una obligación de impedir el resultado, sin concretar (y no sería fácil hacerlo) el origen de tal deber que —como es sabido— a tenor del art. 11 CP —y al margen de los supuestos de injerencia— debe tener naturaleza legal o contractual.

5. Valoración final

Con este breve examen jurisprudencial, parece ponerse de manifiesto que el art. 31 carece aún de una correcta y sólida interpretación. Hemos visto, por ejemplo, cómo se recurre a dicho precepto cuando no procede hacerlo (delitos comunes) y se olvida sin embargo cuando debiera ser utilizado, siendo excepcionales los supuestos de correcta aplicación⁽⁶⁾ (ejemplar resulta la STS de 16 de julio de 1999). Debido sin duda a esta falta de claridad en cuanto a su concreto significado, el art. 31 CP ha jugado hasta la fecha un pobre papel, pese a ser —como afirma la reciente STS 18 de diciembre de 2000 (n.º 1940/2000)—, una “*regla extraordinariamente útil*”. Desgraciadamente parece haberse convertido fundamentalmente en un instrumento utilizado con frecuencia por la parte acusadora para, mediante una interpretación interesada, pretender hacer responsable penalmente al administrador o directivo por el mero hecho de ostentar una posición formal de dirección.

⁽⁶⁾ El desconcierto en este ámbito de atribución de la responsabilidad en el seno de las personas jurídicas ha llevado en algún caso a resoluciones sorprendentes como la de un juzgado de Arenas de San Pedro, que absuelve a una sociedad limitada como autora de una falta de lesiones por imprudencia. Afortunadamente la Audiencia de Ávila (S 31-5-1999 AP Ávila) declaró su nulidad: “*Por todo lo estudiado se llega a la conclusión de que la sentencia recurrida es nula, pues se da una manifiesta falta de jurisdicción para imputar o no una falta penal a una persona jurídica*”.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Aborto:

- STS 1639/2000, de 26 de octubre 136

Actuación en nombre de otro:

- STS 1940/2000, de 18 de diciembre 184

Administración desleal societaria:

- STS 1965/2000, de 15 de diciembre 183

Aforamiento:

- STC 64/2001, de 17 de marzo 100
— ACUERDO TS, de 15 de diciembre de 2000 105

Alevosía:

- STS 1537/2000, de 9 de octubre 108

Alzamiento de bienes:

- STS 1805/2000, de 26 de diciembre 192

Amenazas:

- STS 2004/2000, de 21 de diciembre 191

Animales dañinos:

- SAP MADRID 296/2000, de 16 de octubre 242

Apropiación indebida:

- STS 1874/2000, de 5 de diciembre 172
- STS 1965/2000, de 15 de diciembre 183

Asesinato:

- STS 1537/2000, de 9 de octubre 108

Asesinato (Infanticidio):

- STS 2047/2000, de 28 de diciembre 201

Atentado:

- STS 87/2001, de 29 de enero 221

Auto de archivo:

- STC 16/2001, de 29 de enero 94

B

Bandas armadas:

- STS 1741/2000, de 14 de noviembre 146

C

Coimputado (declaración del):

- STS 1866/2000, de 5 de diciembre 169

Comisión por omisión:

- STS 1538/2000, de 9 de octubre 110

Competencia territorial:

- AAP BARCELONA, de 17 de noviembre de 2000 249

Conducción bajo los efectos del alcohol:

- SAP MADRID 402/2000, de 7 de noviembre 246

D

Delito fiscal:

- STS 1688/2000, de 6 de noviembre 142

Delitos relativos a la propiedad industrial:

- SAP MADRID 544/2000, de 31 de octubre 245

Delitos relativos a la propiedad intelectual:

- SAP BARCELONA, de 12 de septiembre de 2000 232

Denuncia previa:

- STS 1341/2000, de 20 de noviembre 151

Derecho a un Juez imparcial:

- STC 310/2000, de 18 de diciembre 85

Derecho al honor:

- STC 297/2000, de 11 de diciembre 79

Derecho de defensa:

- STS 1947/2000, de 15 de diciembre 181

Detención ilegal:

- STS 1790/2000, de 22 de noviembre 152

Dilaciones indebidas:

- STS 46/2001, de 24 de enero 217

Dolo eventual:

- STS 34/2001, de 22 de enero 212

E

Ejercicio legítimo del cargo:

- STS 1929/2000, de 15 de diciembre 180

Entrada y registro:

- STS 1742/2000, de 14 de noviembre 149
- STS 1867/2000, de 29 de diciembre 202

Error de prohibición:

- STS 1639/2000, de 26 de octubre 136

Estafa impropia:

- STS 1809/2000, de 24 de noviembre 154

Excusa absolutoria:

- ACUERDO TS, de 15 de diciembre de 2000 105
- STS 1801/2000, de 20 de diciembre 187

F

Falsedad documental:

- SAP MADRID 449/2000, de 22 de diciembre 255

Falsedad en certificación:

- STS 2001/2000, de 27 de diciembre 195

H

Habeas Corpus:

- STC 288/2000, de 27 de noviembre 90

Hurto de uso de vehículos:

- STS 1599/2000, de 20 de octubre 126

I

Impago de pensiones:

- SAP BARCELONA, de 5 de septiembre de 2000 229

	<u>Página</u>
Impedimento del ejercicio de derechos cívicos:	
— AAP BARCELONA, de 28 de septiembre de 2000	234
Imprudencia punible:	
— STS 1611/2000, de 19 de octubre	122
— SAP SEVILLA 110/2000, de 30 de noviembre	251
Imputabilidad:	
— STS 1341/2000, de 20 de noviembre	150
Imputación objetiva:	
— STS 1611/2000, de 19 de octubre	122
— STS 30/2001, de 17 de enero	206
Incongruencia omisiva:	
— STS 1816/2000, de 28 de diciembre	197
Intervención telefónica:	
— STS 1911/2000, de 12 de diciembre	176
— SAP MADRID 312/2000, de 7 de octubre	238

L

Legítima defensa:	
— STS 74/2001, de 22 de enero	213
Lesiones:	
— STS 1856/2000, de 29 de noviembre	160

M

Malversación de caudales públicos:	
— STS 1875/2000, de 1 de diciembre	163
Medición de la pena:	
— STS 1537/2000, de 9 de octubre	108
— STS 27/2001, de 22 de enero	211

Medidas cautelares:

- SAP VALENCIA 181/2000, de 29 de junio 225

Medidas de seguridad y corrección:

- STS 1666/2000, de 27 de octubre 139
 — STS 75/2001, de 22 de enero 216

Mendicidad de menores:

- STS 1731/2000, de 10 de noviembre 144

N

Negociaciones prohibidas a funcionarios:

- STS 1586/2000, de 17 de octubre 118

Notificaciones:

- AAP BARCELONA 275/2000, de 6 de septiembre 231

O

Obstrucción a la justicia:

- STS 2004/2000, de 21 de diciembre 191

P

Participación en riña:

- STS 86/2001, de 31 de enero 222

Prescripción:

- STS 1688/2000, de 6 de noviembre 142

Prevaricación administrativa:

- STS 727/2000, de 23 de octubre 128

Principio acusatorio:

— STS 1666/2000, de 27 de octubre	139
— STS 1858/2000, de 1 de diciembre	162

Prisión provisional:

— STC 28/2001, de 29 de enero	98
-------------------------------------	----

Procedimiento abreviado:

— STS 1532/2000, de 9 de octubre	106
— STS 1657/2000, de 24 de octubre	134
— AAP BARCELONA, de 8 de noviembre de 2000	248

Proporcionalidad de la pena:

— STS 1741/2000, de 14 de noviembre	146
— STS 1997/2000, de 28 de diciembre	199

Prueba (denegación):

— STS 1950/2000, de 19 de diciembre	185
---	-----

Prueba alcohometrica (negativa):

— SAP MADRID 369/2000, de 10 de octubre	241
---	-----

Prueba pericial:

— STS 61/2001, de 27 de enero	220
-------------------------------------	-----

R

Recurso de aclaración:

— STS 1700/2000, de 3 de noviembre	141
--	-----

Recurso de apelación:

— STC 284/2000, de 27 de noviembre	88
— STC 11/2001, de 29 de enero	92

Recurso de casación:

— STS 1618/2000, de 19 de octubre	124
— STS 1614/2000, de 23 de octubre	130
— STS 60/2001, de 27 de enero	218

Recurso de reforma:

— AAP BARCELONA 275/2000, de 6 de septiembre	231
--	-----

Recurso de revisión:

— STS 2030/2000, de 29 de diciembre	203
---	-----

Responsabilidad civil:

— STC 21/2001, de 29 enero	95
— STS 1574/2000, de 17 de octubre	115
— STS 2011/2000, de 20 de diciembre	188
— SAP VIZCAYA 210/2000, de 4 de octubre	236
— AAP SEVILLA 266/2000, de 7 de diciembre	253

Robo con violencia o intimidación:

— STS 1790/2000, de 22 de noviembre	152
— STS 1923/2000, de 14 de diciembre	178

S

Suspensión condicional de la pena:

— AAP VIZCAYA 205/2000, de 14 de agosto	227
— AAP VIZCAYA 385/2000, de 4 de octubre	235

T

Tenencia de armas:

— STS 26/2001, de 22 de enero	208
— STS 74/2001, de 22 de enero	213
— SAP MADRID 394/2000, de 23 de octubre	243

Tentativa:

— STS 1895/2000, de 11 de diciembre	174
---	-----

Tentativa (inidónea):

— STS 1866/2000, de 5 de diciembre	165
--	-----

Testigos (declaraciones contradictorias):

— STS 40/2001, de 16 de enero	205
-------------------------------------	-----

Testigos (protección):

— STS 1165/2000, de 19 de octubre	120
---	-----

	<u>Página</u>
Tráfico de drogas:	
— STS 1837/2000, de 28 de noviembre	156
— STS 1889/2000, de 11 de diciembre	173
— STS 1997/2000, de 28 de diciembre	199
Tribunal del jurado:	
— STS 1603/2000, de 16 de octubre	114
— STS 1618/2000, de 19 de octubre	124
— STS 1077/2000, de 24 de octubre	132
Tribunal del jurado (competencia):	
— STS 1531/2000, de 5 de octubre	105
— STS 1832/2000, de 29 de noviembre	157

V

Violencia doméstica:	
— SAP BARCELONA, de 9 de octubre de 2000	240

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 297/2000 de la Sala 2.^a del TC de 11 de diciembre de 2000 (BOE 16 de enero de 2001) (Recurso de amparo 1718/1997)

LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DERECHO AL HONOR.

Art. 20 CE

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

SÍNTESIS

El TC otorga el amparo al condenado por delito de injurias, ratificando sus planteamientos sobre el modo en que debe resolverse el conflicto entre libertad de expresión y de información, por un lado, y protección del honor, por el otro. [Parcialmente coincidente, la STC 2/2001, de 15 de enero (BOE 16 de febrero), Ponente Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez, pero aquí se concede el amparo porque la sentencia condenatoria de la Audiencia no hace examen previo de las libertades constitucionales implicadas].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Lo que una vez más se somete a este Tribunal con el presente recurso de amparo es la delicada relación entre el Derecho penal y las libertades de expresión e información del art. 20.1.a) y d) CE. En el asunto que ahora debemos examinar se vuelve a cuestionar en esta sede la lesión en que se puede incurrir al interpretar y aplicar tipos penales relacionados con el ejercicio de los derechos fundamentales, en general, y de las

libertades de expresión e información en particular, consistente en el desconocimiento del contenido constitucionalmente protegido de esos derechos.

Bien sabido es que nuestro juicio en estos casos no se limita a un examen externo del modo en que han valorado los órganos judiciales la concurrencia en el caso de autos de los derechos a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1.a) CE] y a comunicar libremente información veraz

por cualquier medio de difusión [art. 20.1.d) CE] y el derecho al honor del ofendido; sino que aplicamos los cánones de constitucionalidad propios de dichos derechos a los hechos establecidos por los Jueces y Tribunales.

En consecuencia, no basta con que los órganos judiciales hayan efectuado una valoración de los derechos constitucionales en presencia y que ésta puede tenerse por razonable. Dicha valoración, para ser constitucionalmente respetuosa con los derechos fundamentales contenidos en los arts. 18.1 y 20.1 CE, ha de llevarse a cabo de modo que se respete la posición constitucional de los mismos, respeto que corresponde verificar a este Tribunal. Dicho en otras palabras, a este Tribunal le compete verificar si los órganos judiciales han hecho una delimitación constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales en conflicto, lo que sólo puede llevar a cabo comprobando si las restricciones impuestas por los órganos judiciales a cualquiera de los derechos fundamentales están constitucionalmente justificadas (SSTC 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 13; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3, y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 5). No se trata, por tanto, en esta sede, de hacer un juicio sobre la aplicación del tipo penal a los hechos tenidos por probados por la jurisdicción penal. En contra de lo aducido por el recurrente, si este Tribunal aprecia una infracción del art. 20.1 CE, no será por la conculcación de lo dispuesto en los arts. 208 y 209 del Código Penal, cuestión de mera legalidad ordinaria sólo relevante, en su caso, a los efectos del art. 25.1 CE, que no ha sido invocado en este proceso; sino por la aplicación de esos tipos penales en contra del contenido constitucionalmente protegido de las libertades de expresión e información.

4. Ciertamente que tanto el Juez penal como la Audiencia Provincial han tenido en cuenta la posible concurrencia en los hechos de un eventual ejercicio legítimo de la libertad de información. Pero no es menos cierto que han concluido que no lo hubo, siendo ésta la cuestión que debe constituir el objeto de

nuestro juicio. Como ha señalado la STC 110/2000 (FJ 4), se trata, por tanto, de examinar “si la interpretación de la norma penal hecha por los órganos judiciales es compatible con el contenido constitucional de las libertades de expresión e información (STC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11) y, por tanto, si la condena penal impugnada constituye o no una decisión constitucionalmente legítima, ya que, como este Tribunal declaró en la STC 111/1993, de 25 de marzo, FFJJ 5 y 6, los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales”. A lo que añadimos a renglón seguido (FJ 5), que “para poder determinar si esa aplicación vulnera los referidos derechos, es necesario precisar inicialmente si la conducta objeto de sanción constituye, en sí misma considerada, lícito ejercicio del derecho fundamental invocado y, en consecuencia, está amparada por el mismo. Dicho de otro modo, no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2)”. Como ha señalado nuestra jurisprudencia, la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone “la necesidad de que ... se deje un amplio espacio” (STC 121/1989, de 3 de julio, FJ 2), al disfrute de las libertades de información y expresión [STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 3, letra a)].

El Juez de lo Penal y la Audiencia Provincial han fundado, en parte, la condena en la apreciación de ese “animus iniuriandi” que con arreglo a la doctrina de este Tribunal no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FFJJ 4 a 7; 107/1988, de 25 de junio, FJ 2; 105/1990, de 6 de junio, FJ 3; 320/1994, de 28 de diciembre, FFJJ 2 y 3; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2; 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5).

De modo que tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial refieren dicho ánimo al carácter objetivamente lesivo del honor de las expresiones empleadas. Sin embargo no coinciden una y otra instancia judicial en los criterios seguidos para condenar al recurrente en amparo. El Juez de lo penal consideró que el periodista no obró con temerario desprecio de la verdad, pues había investigado los hechos que denunciaba en su artículo y los narró en la creencia de ser ciertos, por lo que su conducta no podía calificarse penalmente de calumniosa, aunque sí que había ejercido su libertad de información con el indiscutible ánimo de vejar al ofendido haciéndole desmerecer objetivamente ante los demás empleando calificativos y juicios de valor indudablemente deshonrosos.

La Audiencia Provincial, a pesar de que coincide con el Juez penal en considerar que los hechos no eran constitutivos de un delito de calumnias, discrepa respecto de la veracidad de la información transmitida, considerando que el periodista sí la divulgó despreciando temerariamente la verdad, pues aunque investigó parcialmente los hechos de esa investigación, no resultaron probadas las graves imputaciones vertidas contra la persona del Sr. B., alentadas por un indudable ánimo injurioso y vejatorio de la persona de este último.

5. Conviene iniciar nuestro examen de la cuestión indicando que, pese a que, en principio, parece que hayan de ubicarse los hechos en el eventual ejercicio de la libertad de información, una vez leído el texto del extenso reportaje objeto del proceso penal, debe advertirse que está compuesto, por un lado, de la narración de diversos hechos respecto de las relaciones habidas entre el ofendido y el Consistorio, la existencia de una licencia de apertura de las instalaciones de un diario del que era propietario y editor esa misma persona, la inserción de publicidad institucional en este periódico, su conflicto con el diario dirigido por el actual recurrente en amparo y en el que se publicaron los controvertidos artículos, la denegación de la li-

ciencia de apertura de sus instalaciones a este último diario, las diversas actividades y ciertos datos biográficos del Sr. B. Y aderezando esa narración de hechos, cuya divulgación puede constituir, si es veraz, ejercicio de la libertad de información, la noticia se salpica de diversos calificativos y juicios de valor que se vierten sobre las actividades y persona del ofendido, entre las que deben destacarse aquellas que han sido el verdadero meollo del litigio penal, a saber, el párrafo en el que el ahora recurrente en amparo decía que: “Desde la sombra va empujando a Lalchandani y comienza sus retorcidos pinitos para ir pasando el inmovilizado de Edimesa a Premesa en un más que presunto delito de alzamiento de bienes”; “Estafa a Edimesa sin convocar Junta de Accionistas, levanta bienes y se apropia del patrimonio de Edimesa a excepción de las nóminas de los trabajadores que las deja para provocar la quiebra de Edimesa mientras que los ingresos los deja a nombre de Premesa”.

Ya hemos indicado en otras ocasiones que en supuestos como el actual, en el que a la simple narración de hechos le acompañan juicios de valor y calificativos vertidos por el autor de aquella narración al hilo de la misma, esto es, diversas opiniones, se está ante un caso en el que se ejercen tanto el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1.d) CE], cuanto el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1.a) CE].

Por esa razón nuestro análisis deberá es-
crutar sucesivamente la concurrencia en la conducta sancionada de los requisitos exigidos por los arts. 20.1.a) y d) CE para que el acto comunicativo merezca la protección constitucional (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 110/2000, FJ 6, y 112/2000, FFJJ 6 y 7, ambas de 5 de mayo). Así pues, cuando lo traído al conocimiento de este Tribunal es la narración de unos hechos en relación con los cuales se formulan juicios personales sobre las conductas de quienes los protagonizan, los términos de nuestro examen deben

tener en cuenta de consuno la información y las opiniones a las que aquélla sirve de soporte, comprobando, en el contexto del reportaje periodístico, que la primera es veraz y las segundas no contienen expresiones vejatorias (SSTC 105/1990, de 6 de junio; 171/1990 y 172/1990, ambas de 12 de noviembre; 223/1992, de 14 de diciembre; 4/1996, de 16 de enero; 57/1999, de 12 de abril; 110/2000 y 112/2000).

6. Para llevar a cabo ese análisis hemos de tener en cuenta, en primer término, que las expresiones controvertidas surgen en el curso de una polémica periodística que versa sobre asuntos de interés público y que atañe a personas con relevancia pública lo que, de una parte, excluye, en principio, la afectación de la intimidad y, de otra, amplía los límites de la crítica permisible, tanto por la pauta que representa el modo normal en que tales polémicas discurren cuanto por el interés público subyacente. De modo que, en estos casos, quedan amparadas por las libertades de expresión e información, no sólo críticas inofensivas o indiferentes “sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar” [STC 110/2000; en el mismo sentido, STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y SSTEDH, de 7 de diciembre de 1976, § 24 (Handyside c. Reino Unido), y de 8 de julio de 1986, § 41 (Lingens c. Austria)].

En segundo lugar, ha de destacarse que este Tribunal ha venido diferenciando desde la STC 104/1986 entre la diversa amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20.1 CE según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la narración de hechos). Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de “pensamientos, ideas y opiniones” [art. 20.1.a) CE], sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, hemos dicho que dispone de un campo de acción muy amplio, que viene delimitado sólo por la ausencia de expresiones intrínsecamente vejatorias (SSTC 107/1988, de 8 de junio, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990 y

172/1990, ambas de 12 de noviembre, 85/1992, de 8 de junio, 134/1999, de 15 de julio, 192/1999, de 25 de octubre, y ATC 271/1995, de 4 de octubre) que resulten impertinentes e innecesarias para su exposición. Ese campo debe ser respetado rigurosamente por el juez penal que ha de atenerse a esa amplitud de la protección constitucional, para no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático (STC 105/1990, FFJJ 4 y 8; STEDH, caso Castells, 23 de abril de 1992, § 46).

Por el contrario, cuando se suministra mera información sobre hechos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz [art. 20.1.d) CE]. Requisito de veracidad que no puede, obviamente, exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas, sin perjuicio de que, como acaba de decirse, de venir aquella información acompañada de juicios de valor u opiniones, como sucede en el caso de autos, estas últimas deban someterse, además de a las exigencias de veracidad, al canon propio de la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], esto es, a la comprobación de si, en el contexto en que se emplean, poseen o no carácter deshonoroso o vejatorio.

7. Como hemos dicho en la STC 180/1999, de 15 de noviembre, resumiendo nuestra doctrina (FFJJ 4 y 5, y las restantes Sentencias allí citadas), el honor es un concepto jurídico indeterminado cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. De ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental al honor.

El art. 18.1 CE otorga rango de derecho fundamental, igual al del derecho a expresarse libremente, al de no ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás (STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4). Como tantas veces ha dicho este Tribunal, el art. 20.1.a) CE no tutela un pretendido derecho al insulto (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ

8; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 5; 42/1995, de 13 de febrero, FJ 2; 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 3; 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 6; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3), pues la “reputación ajena”, en expresión del art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, caso Lingens, de 8 de julio de 1986, §§ 41, 43 y 45; caso Barfod, de 22 de febrero de 1989, §34; caso Castells, de 23 de abril de 1992, §§ 39 y 42; caso Thorgeir Thorgeirson, de 25 de junio de 1992, § 63 y sigs.; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992, §§ 34 y 35; caso Bladet Tromsø y Stensaas, de 20 de mayo de 1999, §§ 66, 72 y 73), constituye un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar.

Esto sentado, ha de advertirse que también ese derecho fundamental al honor viene limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente, al ser todos de igual rango constitucional y, por lo tanto, de obligada coexistencia. Por lo que, según las circunstancias del caso, cabe la posibilidad de que la reputación tenga que soportar restricciones, viéndose cuestionada cuando la relevancia pública de aquello sobre lo que se informa o se opina así lo requiera.

Debiendo finalmente señalarse que, cuando la jurisdicción penal, que debe administrar el *ius puniendi* del Estado, lo ejercita, ha de hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar desproporcionada ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que le impone una interpretación *secundum Constitutionem* de los tipos penales, rigurosamente motivada, y ceñida al campo que la propia Constitución ha dejado fuera de la protección que su art. 20.1 dispensa a las informaciones y opiniones. Así pues, allá donde la información o la opinión controvertidas penalmente resultan ser veraces la una o no formalmente injuriosa la otra, no cabe la sanción penal; mientras que, a la inversa, podría, en cambio, resultar constitu-

cionalmente ilegítima una conducta no sancionable penalmente.

8. Aplicando la doctrina expuesta al presente caso, cabe decir, en primer lugar, que a la vista de las propias resoluciones judiciales impugnadas, concretamente en los incisos que se transcriben en cursiva, no cabe duda alguna acerca de que el recurrente había comprobado la información que divulgó en el diario “El Telegrama de Melilla”.

En efecto, la Sentencia del Juzgado de lo Penal afirma, en su fundamento de Derecho primero que “lejos de conocer la falsedad de su imputación jurídica, ni de haber despreciado temerariamente la verdad ... el acusado creía en la probabilidad, cuando menos, de unos hechos que había indagado un tanto. Lo cual, sobre todo a la luz de la especificación típica del nuevo Código, fuerza a excluir el tipo de calumnias”.

Por su parte la Audiencia Provincial imputa al recurrente en amparo “un claro propósito de desprestigio” (fundamento de Derecho primero). “A ello”, añade, “no empecé que *los hechos hayan sido parcialmente investigados*, siendo así que el juzgador declara también que los mismos son claramente infundados por no probados en absoluto, porque las sospechas, por muy fundadas que sean no permiten airearlas impunemente, sino que tienen su conducto para ante el Juzgado de guardia, que es el encargado de investigar y agotar las posibilidades de existencia de delito con el fin de restablecer si procede el orden jurídico. Existe por tanto un temerario desprecio a la verdad que es lo que confiere gravedad al delito sancionado, al mismo tiempo que un claro ánimo de injuriar y conseguir, por vía de tan noble profesión como es la de periodista, el resultado al parecer no conseguido mediante actuaciones ante la Administración de Justicia. Para el Juzgado, que valoró en conciencia la prueba practicada conforme a lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede servir de coartada *la investigación ampliamente documentada* que se ha aportado a autos, sobre he-

chos puntuales de los que derivan claros y menospreciantes juicios de valor que se vierten en la información periodística”.

9. Hemos de detenemos, pues, en este particular habida cuenta de que la Audiencia Provincial discrepó del juicio sobre la veracidad de la información emitido por el Juez de lo Penal y de que el Fiscal en las alegaciones a este amparo sostiene que la información era inveraz. Pues bien, ambos juicios se fundan en la identificación de la veracidad de la información con su prueba judicial, obviando la reiterada jurisprudencia de este Tribunal según la cual la veracidad de una información en modo alguno debe identificarse con su “realidad incontrovertible”, que constreñiría el cauce comunicativo al acogimiento de aquellos hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados, cuando la Constitución extiende su garantía también a las informaciones que puedan resultar erróneas o sencillamente no probadas en juicio (por todas, STC 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3). Y no podría ser de otro modo, en primer lugar por la razón formal de que la protección constitucional se dispensa a las opiniones “veraces”, no sólo a las objetivamente verdaderas, como se desprende del propio texto del art. 20.1.d) CE; y, en segundo término, porque si, como parece sugerir la Audiencia Provincial, la tutela constitucional de la libertad de información hubiera de quedar ceñida a la comunicación de los hechos que luego fuesen declarados probados por los Jueces y Tribunales se constreñirían los cauces de información de la opinión pública de modo injustificado en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

Lo que la Constitución exige es que el informador transmita como “hechos” lo que ha 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 no desplegando la diligencia exigible en esa comprobación. El ordena-

miento no presta su tutela a tal conducta negligente, y 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 verdad objetiva sea controvertible. Y en el caso que nos ocupa ha quedado sobradamente acreditado que el periodista desplegó una labor de investigación diligente sobre los hechos que divulgó con posterioridad, pese a que esos hechos hayan comportado por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere. Su conducta resulta, pues, amparada por la libertad de información [art. 20.1.d) CE]

10. Sin embargo, el recurrente resultó condenado sobre la base del carácter gravemente injurioso de las expresiones empleadas para describir los hechos que relató. Pues bien, como señaló la STC 192/1999, de 25 de octubre (FJ 4), “la veracidad exigida constitucionalmente a la información no impone en modo alguno que se deba excluir, ni podría hacerlo sin vulnerar la libertad de expresión del art. 20.1.a) CE, la posibilidad de que se investigue el origen o causa de los hechos, o que con ocasión de ello se formulen hipótesis al respecto, como tampoco la valoración probabilística de esas mismas hipótesis o conjeturas. En otras palabras, la narración del hecho o la noticia comporta una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le sirven de base para la redacción de la misma como para escoger el modo de transmitirla; de modo que la noticia constituye generalmente el resultado de una reconstrucción o interpretación de hechos reales, ejerciendo el informador su legítimo derecho a la crítica, debiendo distinguirse, pues, entre esa narración, en la que debe exigirse la diligencia debida en la comprobación de los hechos, y la crítica formulada expresa o implícitamente al hilo de esa narración, donde habrá que examinar, en su momento, si es o no formalmente injurioso o innecesaria

rio para lo que se desea expresar (STEDH caso Lingens, 8 de julio de 1986, § 41, donde se dice que no es correcto sostener que el medio de comunicación sólo debe informar, siendo el lector el único que debe interpretar los hechos divulgados; en este sentido también la STC 173/1995, FJ 2”).

Las anteriores afirmaciones resultan del mayor interés para el enjuiciamiento del caso desde la perspectiva de la libertad de expresión. Pues, aunque consideradas en abstracto, determinadas expresiones puedan resultar injuriosas, no es posible valorarlas separadamente si, en el contexto concreto, resultan ser un nuevo correlato de la relación de hechos, de modo que no aportan ningún contenido de *iniuria* independiente del que puedan contener los hechos mismos.

Así, hemos estimado constitucionalmente ilícitos los apelativos formalmente injuriosos o las frases de descalificación personal en supuestos en que resultaban “innecesarios para la labor informativa”, esto es, en casos en los que no resultaban meras repeticiones

abreviadas de los hechos declarados veraces, sino que les añadían un plus lesivo del honor (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 85/1992, de 8 de junio, FJ 5; 232/1993, de 12 de julio, FJ 2; 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 5; 170/1994, de 7 de junio, FJ 4; 122/1995, de 18 de julio, FJ 3; 192/1999, de 25 de octubre, FJ 8; 6/2000, de 17 de enero, FJ 5).

Pues bien, en el presente caso las expresiones utilizadas no son sino interpretaciones de los hechos declarados veraces, carentes de sustantividad que pudiera, más allá de la imputación de hechos realizada, vulnerar el derecho al honor; máxime cuando, siendo el posible ofendido un personaje con relevancia pública, se ha expuesto a críticas como las que aquí recibe y respecto a las que dispone de medios sobrados para replicar.

Por todo ello ha de concluirse que no se ha rebasado el ámbito de la libertad de expresión protegida en el art. 20.1.a) CE.

11. Por todo lo cual ha de procederse al otorgamiento del amparo solicitado.

Sentencia 310/2000 de la Sala 1.ª del TC de 18 de diciembre de 2000 (BOE 16 de enero de 2001) (Recurso de amparo 5455/1997)

VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL.

Art. 24.2 CE

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

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho a un Juez imparcial por el hecho de que formó parte de la Sala que juzgó y condenó al recurrente el Magistrado que dictó el auto de apertura del juicio oral en un procedimiento abreviado. (Contiene voto particular del propio Ponente considerando inexistente la infracción de la garantía de imparcialidad). [Vid. asimismo STC 56/2001, de 26 de febrero (BOE de 30 de marzo)].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Alegan los recurrentes la vulneración del derecho a un Juez imparcial en el marco de las garantías del derecho a un proceso justo, por cuanto el Juez que dictó el Auto de apertura del juicio oral presidió la Sala de la Audiencia Provincial que juzgó los hechos, de manera que se habría quebrado la neutralidad requerida para ejercer la función juzgadora. (...)

4. (...) A tal efecto ha de advertirse que los recurrentes no alegan que el Magistrado haya desempeñado específicas funciones instructoras, sino que su intervención en fase previa al proceso en sentido estricto, es decir, antes de formar parte del órgano que juzgó los hechos, consistió en dictar el Auto de apertura del juicio oral. A pesar de ello, sostienen que, si la pérdida de la imparcialidad se produce cuando quien ha de juzgar ha estado en contacto previo con las fuentes de las que procede el material necesario para que se celebre el juicio, dado que ello puede hacer nacer en el Juez prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del acusado, ello también se produciría cuando quien ha de juzgar ha dictado previamente el Auto de apertura del juicio oral (...).

Pues bien, a la luz de la regulación procesal del Auto de apertura del juicio oral y de la doctrina constitucional sobre el derecho a un Juez imparcial, ha de otorgarse la razón a los recurrentes y estimar el amparo ya que se ha producido la vulneración del derecho, según se razona seguidamente.

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la competencia para dictar el Auto de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado corresponde al Juez de Instrucción (art. 790.6 LECrim) al igual que en el procedimiento ante el Jurado (art. 32 Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado). En segundo lugar, debe señalarse que en supuesto prácticamente idéntico al ahora enjuiciado declaramos que es evidente “que

los Autos de apertura de juicio oral, por su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares, tienen como base una imputación penal, que les hace partícipes de la naturaleza de las llamadas ‘Sentencias instructoras de reenvío’, en las que se determina la imputación, existentes en la práctica judicial francesa e italiana, y en este sentido es patente que no se trata de actos de mera ordenación formal del proceso, sino que por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar” (...)

Por lo tanto, se trata no sólo de que el Juez haya de mantenerse alejado de la investigación de la causa, del material sumarial, de funciones de acusación, de actividades que provoquen una primera impresión sobre la responsabilidad del acusado, sino de mantenerse ajeno, específicamente también, a la labor de incriminación o inculpación del acusado, ya sea ésta indiciaria y provisional como la que se requiere en los Autos de inculpación y procesamiento, ya se efectúe dicha incriminación de forma preventiva, como resulta necesario para dictar las medidas cautelares. En este contexto, en definitiva, el derecho a un Juez imparcial comprende no sólo la exclusión de las prevenciones y prejuicios efectivamente producidos como resultado de dichas actuaciones, sino también la exigencia de prevenir la impresión, apariencia o imagen externa de que el Juez no acomete la función de juzgar con plena imparcialidad. (...)

5. (...) la intervención del Juez con carácter previo al enjuiciamiento de los hechos, al dictar el Auto de apertura del juicio oral, hizo quebrar su neutralidad, al ser necesario a tal efecto apreciar la existencia de indicios racionales de criminalidad. En efecto, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal son dos los motivos en virtud de los cuales puede negarse la apertura

ra del juicio oral: bien el que los hechos no sean constitutivos de delito, según lo previsto en el art. 637.2 LECrim, bien el que considere que no concurren tales indicios racionales de criminalidad en el acusado (art. 790.6 LECrim). De otra parte, al igual que en el caso que dio lugar a la STC 170/1993, en el Auto de apertura del juicio oral se decretaba además la libertad provisional de los recurrentes con la obligación *apud acta* del art. 530 LECrim, lo que supone también la apreciación de la concurrencia de indicios de criminalidad. Por consiguiente, resulta difícil sostener no sólo la inexistencia de un juicio previo, provisional o indiciario, sobre la culpabilidad de los acusados, sino también la apariencia de imparcialidad de la Sala enjuiciadora, visto que uno de sus componentes, el Presidente, hubo de realizar, antes del enjuiciamiento definitivo, una valoración de los hechos y de los indicios de responsabilidad criminal de los acusados. (...)

Voto particular que formula el Magistrado don Pablo Cachón Villar a la Sentencia dictada por la Sala Primera de este Tribunal en el recurso de amparo núm. 5455/1997

Disiento de la Sentencia de la Sala, de la que fui Ponente, (...)

En aplicación de las exigencias de imparcialidad proyectadas sobre la actividad procesal este Tribunal ha establecido, como reglas constitucionales, la incompatibilidad entre las funciones de fallo y la de previa acusación o de auxilio a la acusación (SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 6; 225/1988, de 28 de noviembre, FJ 1; 180/1991, de 23 de septiembre, FJ 6; 56/1994, de 24 de febrero, FJ 6), o entre las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento (entre otras, SSTC 113/1987, de 3 de julio, FJ 4; 145/1988, de 12 de julio, FFJJ 5 y 7; 11/1989, de 24 de enero, FJ 2; 106/1989, 8 de junio, FJ 2; 151/1991, de 8 de julio, FJ 4; 142/1997, de 15 de septiembre, FJ 3). En todo caso, se ha precisado que la incompatibilidad no se proyecta sobre cualquier clase de actividad des-

plegada en el marco de la instrucción, sino que es preciso analizar cada caso concreto, “pues es la investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona”, la que fundamenta la tacha de parcialidad (...)

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha individualizado otra actividad procesal que puede hacer quebrar la imparcialidad, excluyendo del proceso debido aquellos supuestos en que la actividad jurisdiccional previa ha supuesto la exteriorización anticipada del juicio de culpabilidad (...)

Ahora bien, también ha de matizarse que la sospecha de parcialidad que puede fundar un temor objetivamente justificado —con repercusiones en el derecho al proceso debido— no deriva de la realización de cualquier clase de valoración anticipada acerca de la relevancia penal de los hechos o de la existencia de indicios para atribuir tales hechos al acusado, sino que dicha parcialidad sólo se origina cuando el contenido de la valoración es sustancialmente idéntico al que integra el juicio de culpabilidad (...)

2. En el supuesto del presente recurso de amparo se trata de determinar si está justificado el alegado temor a la pérdida de imparcialidad judicial por el hecho de que formase parte de la Sala enjuiciadora el Magistrado que dictó el Auto de apertura del juicio oral, en el cual, entre otros extremos, se acordó como medida cautelar la libertad provisional de los ahora recurrentes en amparo, con las obligaciones que prevé el art. 530 LECrim, en este caso la obligación *apud acta* de comparecer los días uno y quince de cada mes.

Debe advertirse, en primer lugar, que el hecho de dictar el expresado Auto no constituye una actuación instructora o investigadora, ni supone una toma de contacto directo sea con el acusado o acusados sea con las fuentes de prueba.

En segundo lugar, en el caso analizado se dictó el Auto de apertura del juicio oral después de que el Ministerio Fiscal hubiera efectuado el escrito de acusación y hubiera

instado la apertura de éste. En consecuencia, no se trata de una actuación de oficio realizada por el órgano judicial. Además, la única actividad desarrollada entonces por el Magistrado que después presidió la Sala fue dictar el Auto de apertura del juicio oral, sustituyendo a quien había realizado la instrucción de la causa sólo para este acto, por lo que realizó una actividad jurisdiccional no inquisitiva, en la que vino a valorar, como tercero no comprometido en la investigación, el material sumarial [véase, en sentido similar, la STC 60/1995, de 17 de marzo, sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1992 reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, FJ 6.b), afirmando que no compromete la imparcialidad objetiva el hecho de que el Juez de Menores intervenga en la comparecencia previa y con posterioridad en la audiencia principal, dictando la resolución de finalización del proceso].

En tercer lugar, a igual conclusión se llega desde la perspectiva del temor de parcialidad fundado en la emisión anticipada de un juicio de culpabilidad, bien que éste sea provisional. En el supuesto analizado, los

razonamientos efectuados para la apertura del juicio oral, incluso los realizados para decretar la libertad provisional con la obligación de comparecencia ante el Juzgado, no pueden equipararse en absoluto a los necesarios para decidir más allá de toda duda razonable la culpabilidad del acusado. Como se advierte de la lectura del Auto cuestionado, que se transcribe en lo sustancial en el antecedente 2.c), su redacción netamente formal, sin incorporar elementos de juicio individualizado sobre los hechos y sobre la atribución de responsabilidad de los acusados, avala una solución desestimatoria. Tampoco puede entenderse que el acuerdo de libertad provisional, con obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial, incorpore un juicio anticipado idéntico al de culpabilidad, pues no añade elementos nuevos que doten de mayor consistencia indiciaria la valoración de los hechos necesaria para dictar el propio Auto de apertura del juicio oral.

Por consiguiente, las sospechas de parcialidad afirmadas por los recurrentes no están objetivamente fundadas para sustentar la infracción de la garantía de imparcialidad.

Sentencia 284/2000 de la Sala 1.^a del TC de 27 de noviembre de 2000 (BOE 4 de enero de 2001) (Recurso de amparo 258/1998)

AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS EN LA VÍA JUDICIAL (NULIDAD DE ACTUACIONES).

Arts. 240.3 LOPJ; 50.1.a) y 44.1.a) LOTC

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera**

SÍNTESIS

Alegada por el recurrente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia de la sentencia de apelación, la Sala inadmite el recurso observando la falta de agotamiento de los recursos en la vía judicial, por no haber pedido la nulidad de actuaciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...) hay que examinar, esencialmente, la queja por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), como consecuencia de la eventual incongruencia omisiva de la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Valencia.

Ahora bien, antes de entrar en el fondo de tal cuestión, y teniendo en cuenta el carácter subsidiario de la jurisdicción de amparo, se hace preciso recordar que entre los requisitos que se exigen para poder acudir a esta sede jurisdiccional, y como el primero de ellos, figura el agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1.a) LOTC] (...).

Este presupuesto procesal, legalmente exigido, nos obliga a examinar —ya de oficio, ya a instancia de parte— que las demandas de amparo se interponen una vez agotados los recursos procedentes, lo que a su vez requiere determinar los recursos que caben en cada caso. Esto no quiere decir que este Tribunal se convierta en el intérprete de la legalidad procesal (STC 76/1998, FJ 2), pues no se trata de que el quejoso, con carácter previo al recurso de amparo, tenga que interponer “cualquier recurso imaginable, sino sólo aquellos que, siendo procedentes según las normas procesales concretamente aplicables, permitan una reparación adecuada de la sedicente lesión del derecho fundamental en juego” (...)

3. (...) a la vista de estas alegaciones, la queja, sustentada en la incongruencia de la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial, incurre en la causa de inadmisión de no haber sido agotados todos los recursos utilizables en vía judicial. Debíó de pedirse la nulidad de actuaciones fundada en la incongruencia del fallo (art. 240.3 LOPJ).

La nulidad de actuaciones, en el sentido de la redacción del art. 240.3 LOPJ, en su versión de la Ley Orgánica 5/1997, “ha dado un giro diametral al régimen legal de la declaración de nulidad de las Sentencias, de modo que lo que en el marco de la redacción precedente del precepto citado no era legal ni constitucionalmente posible, lo es después de la reforma, teniendo en cuenta que el derecho de tutela judicial efectiva, como derecho de configuración legal, puede tener, y de hecho tiene, un contenido distinto en los diferentes momentos históricos, al compás de los cambios de la legalidad que lo configura” (STC 108/1999, de 14 de junio, FJ 2). De conformidad con la actual redacción del art. 240.3 LOPJ, quienes fueren parte legítima podrán pedir por escrito la nulidad de actuaciones fundada en la incongruencia en el fallo, ante el Juez o Tribunal que dictó la Sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza, en el plazo de veinte días, desde la notificación de la Sentencia o resolución, o, en todo caso desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último supuesto, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la Sentencia o resolución.

Denunciada la incongruencia, tanto por los recurrentes como por el Ministerio Fiscal, resulta incuestionable que lo procedente era utilizar el remedio procesal de la nulidad de actuaciones, con anterioridad a la interposición de la demanda de amparo. (...)

En nuestra jurisprudencia tenemos establecido que ése es el remedio procesal para reparar la lesión presuntamente sufrida en los casos de Sentencias con incongruencia en sus fallos (SSTC 169/1999, de 27 de septiembre, FJ 3, 82/2000, de 27 de marzo, FJ 2, 178/2000, de 26 de junio, FJ 3, entre otras).

**Sentencia 288/2000 de la Sala 2.^a del TC de 27 de noviembre de 2000
(BOE 4 de enero de 2001) (Recurso de amparo 1697/2000)**

“HABEAS CORPUS” Y DETENCIÓN PREVENTIVA QUE EXCEDE DEL TIEMPO ESTRICTAMENTE NECESARIO.

Arts. 17.2 CE; 496 y 520.1 LECrim.

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

SÍNTESIS

La Sala otorga el amparo demandado por el recurrente tras constatar la existencia de una detención ilegal por haber excedido ésta del tiempo estrictamente necesario para que la policía practicara las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y haberse dictado por el Juez de instrucción un auto de inadmisión de la petición de “Habeas Corpus” inadmisibles por anticipar el fondo en el trámite de admisión [Vid. asimismo, y en relación con el “Habeas Corpus”, STC 287/2000, de 27 de noviembre (BOE de 4 de enero de 2001)].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. (...) La detención preventiva está constitucionalmente caracterizada por ciertas notas, entre ellas, en lo que aquí especialmente interesa, por su limitación temporal (...)

Más concretamente, en cuanto límites temporales de la detención preventiva operan dos plazos, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Para la fijación de tal plazo habrán de tenerse en cuenta estas circunstancias y, en

especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las Autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida (...). Sin embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las 72 horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el que el afectado se encuentra en dependencias policiales (STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 7).

En la hipótesis más normal de que no coincidan ambos plazos, absoluto y relativo, tendrá preferencia aquél que resulte más beneficioso para el detenido. El plazo relativo se superpone, sin reemplazarlo, al plazo máximo absoluto (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8).

En atención a tales plazos, la vulneración del art. 17.2 CE se puede producir no sólo por rebasar el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la Autoridad gubernativa o sus Agentes una vez cumplidas las 72 horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la Autoridad judicial (STC 224/1998, FJ 4).

(...)

5. (...) si en el presente caso la detención se inició a las 14 horas del día 28 de febrero de 2000, según consta en las diligencias policiales, y si cuando se negó a declarar, una vez en presencia del Abogado designado por sus padres, eran las 11 horas del siguiente día 29 del mismo mes y año, se habían realizado ya todas las investigaciones policiales necesarias, como resalta el minucioso informe del Ministerio Fiscal reseñado en el antecedente 5, así como las actuaciones derivadas del cumplimiento del art. 17.3 CE, entonces carecía de fundamento que el menor permaneciera bajo el control de los Agentes de la Policía desde ese momento en que se produjo su negativa a declarar hasta una hora no determinada del posterior día 1 de marzo de 2000, en que finalmente fue puesto a disposición judicial. De suerte que aun en la hipótesis de que la detención hubiera sido plenamente lícita en su origen, habría devenido contraria al art. 17.2 CE por haberse superado el límite relativo previsto en dicho precepto, sin que en tal momento se hubiera liberado al menor o se le hubiera puesto a disposición de la Autoridad judicial. A lo que hay que añadir que tampoco se cumplió el plazo legalmente impuesto de 24 horas, previsto en el art. 496 LECrim. Por lo que ha de concluirse que se ha producido una lesión del art. 17.2 CE por haberse prolongado, sin justificación, la de-

tención del menor en las dependencias policiales.

6. Procede, por último, examinar la conformidad con la Constitución de la resolución judicial que denegó la incoación del procedimiento de hábeas corpus previsto en el art. 17.4 CE. A cuyo fin conviene recordar, en lo que aquí interesa, la doctrina constitucional al respecto, que en sus líneas generales ha sido declarada en las recientes SSTC 208/2000 y 209/2000, ambas de 24 de julio, 232/2000, de 2 de octubre, y 263/2000, de 30 de octubre.

De un lado, ha de tenerse presente que si el derecho a la libertad posee como garantía reforzada la existencia de este procedimiento de hábeas corpus, con ello la Constitución ha querido que el control judicial de las privaciones de libertad haya de ser plenamente efectivo. (...) De otro lado, que si se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite y se da el presupuesto de la privación de libertad, no es lícito denegar la incoación del hábeas corpus. Es evidente la improcedencia de declarar la inadmisión cuando ésta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente detenido, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en este procedimiento es el de determinar la licitud o ilicitud de la detención (SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 7; 86/1996, de 21 de mayo, FFJJ 10 y 11, y 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 5). El enjuiciamiento de la legalidad de ésta, en aplicación de lo prevenido en el art. 1.º LOHC, debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas según dispone el art. 7.º LOHC, enjuiciamiento que es si cabe aún más necesario cuando el solicitante alega que la privación de libertad se ha prorrogado indebidamente. Pues en otro caso, quedaría desvirtuado el procedimiento de hábeas corpus (STC 86/1996, FJ 12).

7. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso conduce a que estimemos la

queja formulada por los recurrentes con invocación del art. 17.4 CE. En efecto, el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Valladolid deniega la incoación del procedimiento, argumentando que la privación de libertad del menor don Álvaro M.P. no puede encuadrarse en ninguno de los apartados del art. 1.º de la Ley Orgánica 6/1984, reguladora del hábeas corpus. De esta manera, la reso-

lución judicial no sólo no restableció el derecho fundamental a la libertad vulnerado, sino que desconoció la garantía específica del art. 17.4 CE, al anticipar el fondo en el trámite de admisión, impidiendo así que el recurrente compareciera ante el Juez e imposibilitando que formulara alegaciones y propusiera los medios de prueba pertinentes para tratar de acreditarlas (STC 232/1999, FJ 5). (...)

**Sentencia 11/2001 de la Sala 1.ª del TC de 29 de enero de 2001
(BOE 1 de marzo de 2001) (Recurso de amparo 1897/1996)**

SENTENCIA DE APELACIÓN VULNERATORIA DEL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA.

Arts. 24.1 CE y 795 LECrim.

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

SÍNTESIS

Declarando la corrección de los actos de comunicación procesal llevados a cabo y que a juicio de los recurrentes les había causado indefensión, la Sala declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al dictarse sentencia de apelación que, amparada en la incomparecencia de los apelantes, no analizó los motivos de apelación expuestas en los recursos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Alegan los demandantes de amparo que la Sentencia dictada el 15 de marzo de 1996 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestimó el recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 5 de l'Hospita-

let de Llobregat de 21 de noviembre de 1995, ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al no considerar sus pretensiones impugnatorias como consecuencia de su incomparecencia a la vista oral, actuación que les situó en una posición de indefensión. Argumentan que tal situación tuvo su origen en el

modo de efectuar los actos de comunicación procesal por parte de la misma Audiencia Provincial, quien, de forma incorrecta, citó como apelante a su Letrado, pero impidiéndole posteriormente la intervención en el juicio oral por carecer de poderes otorgados por sus representados. A juicio de los aquí recurrentes, el órgano judicial podría haber subsanado la inasistencia no sólo con la nueva práctica de aquellos actos, sino mediante el examen y consideración de los escritos de recurso formalizados y fundamentados en su momento. (...)

2. (...) la queja de los recurrentes no puede ser acogida en relación con los actos de comunicación procesal. (...)

(...) no toda falta de emplazamiento personal redundaría en una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, dado que la infracción procesal, desde la perspectiva de aquel derecho fundamental, debe enjuiciarse a la luz de diversas circunstancias, tales como los medios de los que el órgano judicial ha podido disponer para practicar y hacer efectivo el emplazamiento personal, la diligencia que el presuntamente lesionado ha observado a fin de comparecer en el proceso, o el conocimiento extraprocesal que haya podido tener acerca de su existencia (...)

El examen de las actuaciones judiciales pone de manifiesto que la Audiencia Provincial de Barcelona envió correctamente la citación para el acto de la vista oral al domicilio que los tres recurrentes habían designado en sus escritos de apelación, que era el de su Letrado, firmante de los tres recursos. Ciertamente, el telegrama no fue dirigido formalmente a los apelantes, sino a su Letrado, pero ello no debía impedir que éstos tuvieran conocimiento de la citación a través de su Abogado, que sí fue emplazado y acudió a la vista. (...)

3. Dicho lo anterior, debemos examinar si la vulneración de aquel derecho fundamental pudo haber tenido lugar, como alegan los recurrentes en su segunda queja, por medio del pronunciamiento efectuado por la Audiencia Provincial en su Sentencia de 15 de marzo de 1996. (...)

(...) celebrada la vista oral el día 1 de marzo de 1996 sin la comparecencia de los tres apelantes, pero con la presencia del mencionado Letrado, al que se le impidió su intervención en el acto, la Audiencia Provincial dictó Sentencia desestimando el recurso por considerar, en su fundamento único, que la incomparecencia de los apelantes “impide al Tribunal conocer, en esta segunda instancia, el mantenimiento de la pretensión impugnatoria”. La Sala se limitó pues a confirmar la Sentencia de instancia sin proceder al examen de los motivos de apelación expuestos en los recursos, a pesar de que éstos no contenían proposición de prueba y, en consecuencia, la intervención de las partes en la vista de apelación debía consistir en un resumen oral del fundamento de sus pretensiones (art. 795.8 LECrim).

Al interpretar el órgano judicial que la incomparecencia de los apelantes a la vista le impedía saber si aquéllos mantenían sus pretensiones, y concluir de ello la desestimación del recurso sin entrar a examinar los motivos de apelación, la Audiencia Provincial negó a los hoy demandantes de amparo un pronunciamiento de fondo sin ninguna causa legal, vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Así lo hemos apreciado en supuestos similares, que tuvieron lugar en procesos civiles (STC 3/1996, de 15 de enero; ATC 315/1995, de 21 de noviembre), y con mayor razón debe declararse en el presente caso, al tratarse de una apelación penal.

**Sentencia 16/2001 de la Sala 2.^a del TC de 29 de enero de 2001
(BOE 1 de marzo de 2001) (Recurso de amparo 3111/1997)**

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ACCESO A LA JUSTICIA).

Arts. 24.2 CE; 109 LECrim.; 181.3 LOPJ

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

SÍNTESIS

La falta de notificación del auto de archivo de unas diligencias previas, ignorando la designación de Abogado y Procurador por extemporánea, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia. Debíó en su caso darse la oportunidad de subsanar el defecto de postulación apreciado, como se declara en la STC 221/2000 [reproducida en el núm. 2 (enero 2001) de esta Revista de Derecho Penal].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. (...) con referencia al acceso a la jurisdicción, en el que por oposición a lo que sucede en el acceso a los recursos hemos afirmado la aplicación del principio *pro actione*, venimos sosteniendo que, con carácter general, la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales constituyen cuestiones de estricta legalidad ordinaria, cuya resolución corresponde exclusivamente a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad que privativamente les confiere el art. 117.3 CE, pues es facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar cuál sea la norma aplicable al supuesto controvertido (por todas, SSTC 147/1997, de 16 de septiembre, FJ 2; 39/1999, de 22 de marzo, FJ 3, y 122/1999, de 28 de junio, FJ 2). Ahora bien, se exceptúan de tal regla aquellos supuestos en los

que la interpretación efectuada por el órgano judicial de esta normativa sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente y, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, los casos en que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican. Dicha ampliación de los cánones de control constitucional es consecuencia de la mayor intensidad con que se proyecta el principio *pro actione* cuando lo que está en juego es la obtención de una primera decisión judicial (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 36/1997, de 25 de febrero, FJ 3; 119/1998, de 4 de junio, y 122/1999, de 28 de junio, FJ 2), toda vez que, como ha significado la reciente STC 63/1999, de 26 de abril, "el principio *pro actione* opera en este caso sobre los presupuestos procesales establecidos legalmente

para el acceso a la justicia, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida” (FJ 2; y 158/2000, de 12 de junio de 2000, FJ 5).

5. La aplicación de la anterior doctrina al supuesto sometido a nuestra consideración en el presente recurso de amparo ha de conducir a su estimación. En efecto, la demandante de amparo no se limitó a efectuar una puesta en conocimiento de la autoridad judicial de unos hechos que, en su criterio, pudieran ser constitutivos de delito, sino que, cuando conforme al art. 109 LECrim, se le instruyó del derecho a mostrarse parte, lejos de adoptar la actitud pasiva de quedar simplemente enterada de dicha facultad, manifestó clara y terminantemente su interés en el ejercicio de la acción penal que como perjudicada podía ejercitar. Más aún, su declaración de querer constituirse en parte y ejercitar la acción penal no se hacía *pro futuro*, sino que, en el mismo acto de la ratificación de la denuncia, a presencia del Juez

de Instrucción y del Secretario Judicial que daba fe de la comparecencia, efectuó la designación del Abogado y Procurador que habrían de hacerse cargo de su defensa y representación, utilizando así la posibilidad que ofrece el art. 181.3 LOPJ de otorgar *apud acta* la representación en juicio. Es cierto que cuando el Juzgado de Instrucción dictó el Auto de archivo de las diligencias el Procurador designado todavía no había presentado el escrito solicitando que se le tuviese por personado y parte en representación de la denunciante, sino que lo hizo el 12 de julio siguiente, es decir, tan sólo doce días hábiles después. Pero tal demora, que no puede calificarse de excesiva ni de indiligente, no autoriza al órgano judicial a prescindir de quien, estando autorizado por el Ordenamiento jurídico para el ejercicio de la acción penal, ha manifestado expresa e inequívocamente su voluntad de hacer uso de tal derecho mediante su incorporación al proceso como parte. Antes bien, de observar el defecto en la postulación procesal debió al menos ofrecer la posibilidad de subsanar tal defecto. (...)

Sentencia 21/2001 de la Sala 2.^a del TC de 29 de enero de 2001 (BOE 1 de marzo de 2001) (Recurso de amparo 2296/1998)

RESPONSABILIDAD CIVIL (BAREMO).

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

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

SÍNTESIS

Se vuelve de nuevo sobre los criterios trazados por la STC 181/2000, de 29 de junio, en torno a los términos de la aplicabilidad del baremo establecido en la Ley 30/1995.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. En la STC 181/2000, de 29 de junio, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el sistema de valoración previsto en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en la redacción que le dio la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, cuya doctrina resulta plenamente de aplicación al presente caso y por ello debemos remitirnos a ella. En la citada Sentencia 181/2000, FFJJ 10 y 11, al igual que en las recaídas posteriormente en la que se aplica la doctrina en ella establecida —SSTC 242/2000, de 16 de octubre, FJ 2; 244/2000 de 16 octubre, FJ 3; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 3—, sostuvimos que la desigualdad producida por el hecho de que los daños causados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor se rijan por un régimen de responsabilidad distinto del aplicable a otros sectores y que como consecuencia de ello estos daños se indemnicen de forma cuantitativamente distinta que los que se hubieran ocasionado en otro ámbito no puede considerarse contrario al principio de igualdad, ya que este tratamiento diferenciado no introduce desigualdad alguna entre las personas, pues esta diversidad jurídica de regímenes en materia de responsabilidad no se articula a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector en el que acaece la conducta o actividad productora del daño, aplicándose por igual a todos los dañados, sin que ello suponga, ni directa o indirectamente, un menoscabo de la posición jurídica de unos respecto de otros.

La aplicación de esta doctrina al presente caso conlleva la desestimación de una de las quejas por la que se alega vulneración del principio de igualdad, pues, como se acaba de señalar, no puede considerarse contrario a este principio que los daños ocasionados

en otros ámbitos distintos de la circulación de vehículos a motor se indemnicen aplicando un sistema diverso.

De igual manera tampoco puede apreciarse la queja por la que el recurrente alega que al aplicarle el baremo se le ha discriminado en relación con los trabajadores por cuenta ajena, al no tener en cuenta que, al ser un trabajador autónomo, cuando se encuentra en la situación de incapacidad laboral, tiene unos gastos [sic] que un trabajador por cuenta ajena carece (en este caso se alega que además de tener que seguir cotizando a la Seguridad Social tiene que atender a los gastos de su negocio; gastos que no tendría si no fuera autónomo). Sin embargo, tal circunstancia no determina ninguna lesión del principio de igualdad. Lo único que pone de manifiesto es que el sistema de valoración de daños previsto por la Ley otorga un tratamiento igual a supuestos diversos, pero el otorgar un mismo trato a supuestos distintos no puede considerarse lesivo de este principio. Como señaló la STC 181/2000, es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la igualdad que consagra el art. 14 CE, ni otorga un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, ya que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual. Por ello hemos sostenido que es ajeno al ámbito de este precepto constitucional la llamada discriminación por indiferenciación, lo que determina que también esta queja deba ser desestimada.

(...)

4. Queda por examinar la queja por la que se aduce la vulneración del art. 24.1 CE. Debe señalarse en primer lugar que, como sostuvimos en la STC 181/2000, FJ 19, el sistema de valoración de daños previsto en el anexo de la Ley 30/1995, “en modo alguno interfiere en el adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional, puesto que corresponde a cada Juez o Tribunal verificar, con arreglo a lo alegado por las partes y lo que

hubiese resultado de la prueba practicada, la realidad del hecho dañoso y la conducta e imputación del agente causante del daño, determinando su incidencia en relación con los daños producidos; así como subsumir los hechos en las normas, seleccionando e interpretando el Derecho de aplicación al caso, lo que supone, cuando fuese pertinente, concretar los diversos índices y reglas tabulares que utilizar para el cálculo de las indemnizaciones a que hubiese lugar”. Por ello entendimos que de la mayor o menor densidad de los contenidos normativos que, en lo que atañe a la valoración y cuantificación de los daños personales, presenta el régimen legal introducido por la Ley 30/1995, no se deriva restricción alguna de las facultades pertenecientes a Jueces y Tribunales para el ejercicio exclusivo “de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”, y por esta razón no apreciamos la vulneración del art. 117.3 CE alegada, y por los mismos motivos debemos desestimar ahora también la queja por la que se aduce que la aplicación del baremo ha limitado las funciones del órgano judicial, vulnerando el art. 24.1 CE.

No obstante, en la STC 181/2000 sostuvimos que en los supuestos en los que los daños hubieran sido causados mediante culpa relevante del autor de los mismos, el apartado B) de la tabla V del anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor “en la concreta configuración legal de los ‘perjuicios económicos’ allí contenida establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con un resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al art. 9.3 CE”. Tal consideración, unida a la circunstancia de que este sistema de valoración no incorpora ni admite ninguna previsión que permita la compatibilidad entre las indemnizaciones así resultantes y la reclamación del eventual exceso de carácter complementario, determinó que en la Sentencia citada declarásemos que “el legislador ha establecido un impedimen-

to insuperable para la adecuada individualización del real alcance o extensión del daño, cuando su reparación sea reclamada en el oportuno proceso, con lo que se frustra la legítima pretensión resarcitoria del dañado, al no permitirle acreditar una indemnización por un valor superior al que resulte de la estricta aplicación de la referida tabla V, vulnerándose de tal modo el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE” (SSTC 181/2000, FJ 20 y, en el mismo sentido, 242/2000, FJ 5).

La aplicación de esta doctrina al presente caso conlleva el otorgamiento del amparo solicitado, ya que existe culpa relevante judicialmente declarada del conductor del vehículo causante del daño, y la aplicación del apartado B) de la tabla V del baremo ha impedido al ahora recurrente en amparo que su pretensión resarcitoria de los perjuicios económicos que le ha causado el accidente de tráfico padecido haya podido ser atendida por el órgano judicial.

No puede llegarse a la misma conclusión respecto de la aplicación de las tablas VI y IV del baremo. En el presente caso, si el órgano judicial no accedió a la indemnización solicitada por las secuelas que el accidente de tráfico le ha producido —se alegaba que las lesiones permanentes que el accidente sufrido le había ocasionado le imposibilitaba para el ejercicio de su profesión habitual— no fue porque la aplicación de estas tablas le haya impedido valorar los perjuicios económicos que las referidas secuelas causan al recurrente, sino porque el órgano judicial no consideró acreditado que como consecuencia de dichas lesiones el recurrente hubiera quedado incapacitado para ejercer su profesión habitual. De este modo, al no ser la aplicación automática del baremo lo que ha impedido al recurrente que los órganos judiciales atendieran su pretensión resarcitoria por los perjuicios económicos que las secuelas originadas por el accidente de tráfico le han causado, no puede apreciarse que este pronunciamiento de la Sentencia lesione su derecho a la tutela judicial efectiva.

En este supuesto, al igual que sucedió en el caso enjuiciado por la STC 244/2000, el órgano valoró la prueba y adoptó una decisión sobre la concurrencia del daño o perjuicio que fue lo que le impidió acceder a esta pre-

tensión indemnizatoria del recurrente, por lo que no ha sido la aplicación del sistema legal de baremación lo que ha impedido al órgano judicial valorar los perjuicios económicos alegados.

**Sentencia 28/2001 de la Sala 2.^a del TC de 29 de enero de 2001
(BOE 1 de marzo de 2001) (Recurso de amparo 1725/2000)**

PRÓRROGA DE PRISIÓN PROVISIONAL Y VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD.

Arts. 504.5 LECrim.; 17.1 y 4 CE

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

SÍNTESIS

La Sala declara la vulneración del derecho a la libertad personal a causa de la prórroga de la prisión provisional en sentencia condenatoria al margen de las previsiones legales y sin audiencia previa y por autos posteriores tardíos e insuficientemente motivados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. (...) para el enjuiciamiento de la queja en lo que se refiere al período de prisión provisional del recurrente (...) hemos de partir de tres circunstancias relevantes.

La primera es la constituida por la Sentencia condenatoria de 13 de mayo de ese año, en la que se contiene un pronunciamiento acordando “la prórroga de la prisión de los condenados hasta el límite de la mitad de la pena impuesta”, lo que se justificó en la facultad que al Tribunal sentenciador concede el art. 504, párrafo 5 LECrim (fun-

damento de Derecho 9). En segundo lugar, que esta resolución judicial fue seguida por otras dos: el Auto dictado por la Audiencia Provincial el 15 de junio de 1999, por el que se prolonga la prisión provisional del recurrente hasta el 14 de mayo del año 2003, así como el Auto del 17 de junio del mismo mes y año, en el que se acuerda, al amparo de la facultad que concede el citado párrafo 5 del art. 504, “ratificar la situación de prisión provisional” hasta la fecha indicada en el Auto anterior por ser “la mitad de la pena que le fue impuesta en la Sentencia de 13 de mayo de 1999”. Por último, que la citada

Sentencia fue notificada a la representación del demandante en fechas comprendidas entre el 14 y el 20 de mayo de 1999 y los Autos a los que se acaba de hacer referencia lo fueron, respectivamente, los días 21 de junio y 15 de julio de ese año.

6. Ahora bien, en relación con lo anterior ha de tenerse presente que el art. 504 LECrim, al determinar los plazos de la prisión provisional, en su párrafo 4 ha previsto que, cuando concurren circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada dentro del plazo inicial de dos años y el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión podrá prolongarse durante un nuevo plazo, en cuyo caso “se acordará mediante Auto, con audiencia del inculcado y del Ministerio Fiscal”. Lo que no es irrelevante para la adopción de la medida, dado que en dicha audiencia es posible debatir tanto la concurrencia o no de las circunstancias determinantes para acordar la libertad o la continuación de la prisión provisional como la eventual modificación de las inicialmente apreciadas.

Pero tales requisitos no concurren en el presente caso, pues la prórroga se acordó por la propia Sentencia condenatoria y sin que tuviera lugar la referida audiencia, extremo éste que ha sido subrayado por la representación procesal del recurrente. Lo que parece situarnos en el supuesto del párrafo 5 del citado art. 504 LECrim. Si bien también ha de excluirse, pues la prórroga de la prisión provisional que ampara este precepto, hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la Sentencia condenatoria, se ha previsto “cuando ésta hubiere sido recurrida”. Lo que ciertamente no podía ser el caso en el momento de dictarse tal resolución.

7. En atención a estas circunstancias ha de llegarse a la conclusión de que las mencionadas resoluciones judiciales han vulnerado el derecho a la libertad personal del recurrente (art. 17.1 y 4 CE).

a) En lo que respecta a la legitimidad de la prórroga de la prisión provisional acordada por la Sentencia condenatoria, cabe estimar que se ha producido la lesión del derecho fundamental invocado. Pues (...) tal prórroga fue acordada al margen de las previsiones legales, por no concurrir todas las circunstancias del párrafo 5 del art. 504 LECrim, y sin haber tenido lugar la audiencia previa del acusado y del Ministerio Fiscal.

b) En cuanto a los Autos de 15 y 17 de junio de 1999, por los que se amplió la medida de prisión provisional acordada en la Sentencia condenatoria, es suficiente observar, de un lado, que se dictan cerca de un mes después de haber expirado el plazo inicial de dos años. De otro, que el primero de ellos está huérfano de toda motivación respecto de la medida que adopta y el segundo sólo contiene una escueta referencia a la pena impuesta y a la clase de delito, por lo que no satisfacen las exigencias que se derivan del art. 24.1 en relación con el art. 17.4 CE. De suerte que tales resoluciones judiciales han vulnerado las exigencias de tiempo y motivación que se derivan de los arts. 17.4 y 24.1 CE. Sin que pueda considerarse que el posterior Auto de 14 de febrero de 2000, por haberse adoptado muchos meses después de la terminación del plazo inicial, haya podido subsanar las tachas en las que incurren las resoluciones precedentes [SSTC 19/1999, de 22 de febrero, FJ 4 y 231/2000, de 2 de octubre, FJ 5.b)]. Lo que unido a lo anterior ha de conducir al otorgamiento del amparo.

**Sentencia 64/2001 del Pleno del TC de 17 de marzo de 2001
(BOE 6 de abril de 2001) (Recurso de amparo 3805/1998)**

AFORAMIENTO Y DERECHO AL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN.

Arts. 17 y 300 LECrim.; 24.2 y 71.3 CE; 14.5 PIDCP; 2.1 del Protocolo núm. 7 del CEDH.

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

SÍNTESIS

Juzgado y condenado el recurrente en primera y única instancia por la Sala de lo Penal del TS por motivos de conexidad y aforamiento de uno de los acusados, denuncia la lesión del derecho al doble grado de jurisdicción, a su juicio producida, y que el Constitucional, por contra rechaza. (Contiene voto particular de D. Tomás S. Vives Antón considerando cometida la vulneración denunciada). (Vid., asimismo, las SSTC 65/2001, y 66/2001, ambas de 17 de marzo y conteniendo el mismo voto particular indicado).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. (...) el recurrente alega la vulneración del derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal que constituiría una de las garantías inherentes al derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, así como en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 2.1. del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), que han de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales (art. 10.2 CE). Razona el recurrente, en primer término, que este derecho, que implica la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior conforme a lo prescrito por la Ley, constituye un límite in-

franqueable a la libertad de configuración normativa del legislador en materia de recursos en el orden penal. De modo que, habiendo tenido lugar el enjuiciamiento de los hechos en el Tribunal Supremo en instancia única, se le habría lesionado de forma efectiva, real e irreparable el contenido esencial del derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal. Dicha lesión, según se alega, derivaría de la aplicación de la legislación procesal que no permite interponer recurso en los casos en los que el Tribunal Supremo conoce en única instancia.

De otra parte, sostiene que la doctrina constitucional, que entiende que las garantías que protegen a Senadores y Diputados compensan la ausencia de doble instancia, debe ser matizada en este caso, dado que el recurrente no es aforado y, por tanto, no ha

utilizado ningún fuero especial, porque su condición no se lo permitía. Finalmente, afirma que la competencia funcional para el conocimiento del caso en segundo grado debería revertir al propio Tribunal Constitucional.

La queja se plantea, entonces, por quien no siendo aforado ha visto como se trasladaba ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el enjuiciamiento de las imputaciones que pesaban sobre él, dado que uno de los imputados en la misma causa tenía la condición necesaria para el aforamiento previsto en el art. 71.3 CE, y dado que se apreció conexidad respecto de los hechos atribuidos al aforado y a él mismo.

(...)

a) (...) dos precisiones son convenientes sobre el reconocimiento de tal derecho en la normativa internacional sobre derechos humanos. La primera, en relación con el referido Pacto internacional, para indicar que en el caso de aquellos Estados que formularon reservas a la aplicación de dicho art. 14.5, las mismas no fueron objetadas por otros Estados contratantes del Pacto internacional ni cuestionadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU. La segunda, respecto al Convenio europeo de derechos y libertades fundamentales hecho en Roma en 1950, que pese a que su art. 6.º no enuncia expresamente el derecho fundamental aquí considerado, si lo ha reconocido en el Protocolo núm. 7 a este Convenio, pero estableciendo una excepción significativa en su art. 2.2., ya que permite que las legislaciones de los Estados contratantes lo excluyan, entre otros supuestos, “cuando el culpable haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal”. (...)

b) Como acabamos de señalar, el reconocimiento del derecho aquí considerado no puede obviar que el art. 71.3 CE establece que en las causas contra Senadores y Diputados será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De forma que, como declaramos en la STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 6, “la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones pena-

les dirigidas contra Diputados y Senadores, ‘el Juez ordinario predeterminado por la Ley’ a que se refiere el art. 24.2 CE, esto es, aquél constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su art. 71.3”. Pues, como también sostuvimos en dicha Sentencia, “la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización de la prerrogativa de aforamiento especial de Diputados y Senadores ... [reside en proteger] la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña. La prerrogativa de aforamiento actúa, de este modo, como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial, o, dicho de otro modo, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento”.

De otra parte, si bien la literalidad del art. 71.3 CE no impone el conocimiento de las causas penales contra Diputados y Senadores en única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin embargo, ha de entenderse que el constituyente efectuó una inicial ponderación del derecho al doble grado de jurisdicción de Diputados y Senadores y de las necesidades de protección tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder judicial. Ponderación que, como también acabamos de recordar, no resulta ajena al entendimiento de los países de nuestro entorno jurídico-constitucional respecto del alcance de este derecho, pues como excepción al mismo se admite el caso en el que el Tribunal superior en el orden penal haya conocido en primera y única instancia (art. 2.2 del Protocolo 7 CEDH). Dicha ponderación convierte en innecesaria una ulterior valoración expresa de la proporcionalidad de la

restricción de este derecho fundamental, en otro caso imprescindible (...)

c) Ahora bien, en el examen de la pretensión del recurrente se ha de tener en cuenta que el fuero constitucionalizado en el art. 71.3 CE no es directamente aplicable al demandante de amparo, ya que carece de la condición de Diputado o Senador. El enjuiciamiento del recurrente por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se sustenta en las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecen el enjuiciamiento conjunto en un único procedimiento de los delitos conexos (arts. 17.1, 272.3, 300). El aforamiento especial de uno de los encausados ha tenido como consecuencia, en aplicación de dichas normas legales, que el recurrente viera modificado el órgano competente con carácter general por razón de la materia, que era la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y se restringiera, como consecuencia de su enjuiciamiento ante el Tribunal Supremo, su derecho a someter la declaración de culpabilidad y la pena ante un Tribunal superior.

La legitimidad constitucional de esta restricción del derecho al doble grado de jurisdicción en los casos de no aforados requiere la ponderación específica de los derechos e intereses en juego a la que nos acabamos de referir. Dicha ponderación ha de efectuarse primeramente por el legislador y después por los Tribunales penales teniendo en cuenta que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 847 —redactada conforme a la Ley 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, Disposición final segunda, núm. 16— ya no prohíbe expresamente el recurso de casación en estos casos.

(...)

En el presente caso se ha de tomar en consideración, en primer término, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus arts. 17, 272.3 y 300 establece la previsión de enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos. De otra parte, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el Auto de 24 de septiembre de 1997, de apertura del

juicio oral (FJ 2), en relación con la conexidad sostuvo:

“en los asuntos complejos, relativos a actividades múltiples de un mismo grupo o grupos más o menos coordinados entre sí, como pudo ocurrir con la actuación de los llamados GAL, si se utilizara un criterio amplio en cuanto al concepto de delitos conexos, podríamos llegar a incluir dentro del mismo procedimiento una pluralidad de hechos posiblemente delictivos de tal magnitud que fuera prácticamente imposible manejar el correcto funcionamiento procesal de la causa penal por sus desmesuradas proporciones. Para evitar esto es necesario que adoptemos respecto de la conexión (que obligaría a incluir en un solo proceso el conocimiento de los diferentes delitos unidos entre sí por determinados elementos —arts. 17, 18 y 300 LECr—) un criterio estricto y riguroso, lo que, por otro lado, es asimismo una exigencia derivada del carácter excepcional que el T.S. tiene como órgano judicial cuando conoce de la instrucción y enjuiciamiento de determinadas causas penales que se siguen contra determinadas personas, a las que se refiere el art. 57.2.º LOPJ.

Conforme a este criterio restrictivo ..., como la razón de ser de nuestra competencia en la presente causa se encuentra en que aparece procesado en la misma el Excmo. Sr. D. ..., .., Diputado del Congreso, y éste sólo está implicado en los hechos relativos al secuestro de ..., a su integración en el grupo de quienes llevaron a cabo dicho secuestro y al uso de los fondos públicos que para dicha acción se utilizaron, entendemos que este procedimiento sólo habrá de referirse a los delitos que pudieran haberse cometido por tales hechos, excluyendo aquellos otros que, referidos también en el citado auto de procesamiento dictado por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 en el sumario 1/1988, nada tiene que ver con el mencionado secuestro”.

A la luz de las circunstancias del caso, hemos de concluir que el Tribunal Supremo,

al apreciar la conexidad, ha tenido en cuenta el tenor de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 17, 18, 272.3 y 300) y ha utilizado un criterio de ponderación, que, de un lado, es riguroso en atención al carácter excepcional de su competencia como órgano de enjuiciamiento, y, de otro, atiende a las exigencias de una buena Administración de Justicia en materia penal, criterios que se proyectan sobre el conocimiento de todos los afectados por el proceso. Por lo que ha de desestimarse la queja aquí examinada.

(...)

Voto particular que formula el Magistrado don Tomás S. Vives Antón a la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 3805/1998

Con el mayor respeto discrepo de la opinión de la mayoría. Mi disenso se cñe a la desestimación de la demanda de amparo en la pretensión relativa a lo que hemos llamado derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal. (...)

a) Trataré de exponer brevemente el fundamento de mi disidencia, no sin antes dejar constancia de que tal vez teniendo en cuenta el Dictamen de 11 de agosto de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (caso Gómez Vázquez c. España), la mayoría ha efectuado un importante cambio en la que venía siendo nuestra doctrina tradicional al respecto y que el cambio efectuado constituye, en mi opinión, un progreso. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho fundamental analizado, lo juzgo insuficiente: en mi opinión debiera haberse optado por una perspectiva más radical, que hubiera conducido a apreciar la vulneración alegada.

En efecto, la argumentación de la mayoría, que conduce a denegar el amparo se basa en que “si bien la literalidad del art. 71.3 CE no impone el conocimiento de las causas penales contra Diputados y Senadores en

única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin embargo, ha de entenderse que el constituyente efectuó una inicial ponderación del derecho al doble grado de jurisdicción de Diputados y Senadores y de las necesidades de protección, tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder Judicial” (FJ 4). Lo que parece querer decir que el art. 71.3 CE constituye una excepción al derecho al doble grado de jurisdicción, dimanante del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en virtud de la proclamación efectuada en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España sin reserva en este punto y, por lo tanto, referencia interpretativa obligada de la Constitución española en materia de derechos fundamentales (art. 10.2 CE).

Pero, para poder entender el art. 71.3 CE como una excepción de esta índole, sería necesario que el precepto lo dispusiera expresamente o, al menos, que ese carácter de excepción pudiera inferirse implícitamente de la incompatibilidad entre la garantía y el precepto constitucional que impone el aforamiento. Sin embargo, esa incompatibilidad no existe, como viene a reconocer la decisión mayoritaria al decir que la literalidad del art. 71.3 no impone el conocimiento de las causas penales en única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De modo que si el art. 71.3 CE hace posible que haya doble grado de jurisdicción, no se ve bien por qué es entendido por la mayoría como una norma que habilita la privación de un derecho fundamental, nada menos que a los Diputados y Senadores (y consecuentemente, a los enjuiciados en la misma forma por razones de conexidad).

La única explicación razonable parece proceder de una interpretación de la Constitución según la Ley que me parece del todo improcedente en este caso, en el que, por mandato explícito del art. 10.2 CE, hay que interpretarla según el Pacto Internacional. Y eso, tanto a la hora de integrar el art. 24.2 CE

como a la hora de determinar qué derechos fundamentales corresponden a los Diputados o Senadores ex art. 71.3 CE.

Ni el hecho de que otros Estados formularan, en este punto, reservas al Pacto Internacional, ni el contenido del Protocolo VII al Convenio Europeo “no ratificado por España” me parecen relevantes para resolver

este caso, pues no creo que, pese a lo que se dice en la Sentencia, tales extremos sean significativos a la hora de interpretar el art. 10.2 CE: basta leer su texto para comprenderlo así.

Las anteriores consideraciones me llevan a concluir que en este punto, ha debido otorgarse el amparo solicitado. (...)

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdos de la Sala de lo Penal del T.S., de 15 de diciembre de 2000

“No es necesaria la petición de suplicatorio para decidir un recurso de casación de quien adquiere la condición de aforado después de haberse dictado la sentencia definitiva de primer grado”.

“No se exige la convivencia entre hermanos, para la aplicación de la excusa absoluta del art. 268 del Código Penal”.

Sentencia 1531/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 5 de octubre de 2000

COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL Y NO DEL TRIBUNAL DEL JURADO.

Arts. 1.1.a) y 2.a) y 5.2 LOTJ; 144 LECrim.

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

SÍNTESIS

La Sala razona la competencia de la Audiencia Provincial y no del Tribunal del Jurado para el enjuiciamiento de unos hechos constitutivos de un delito de agresión sexual y de otro de asesinato.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. En este primer motivo se impugna la competencia de la Audiencia

Provincial de Gerona para el conocimiento y fallo del delito de asesinato, por entender que correspondía al Tribunal del Jurado en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.º y

5.º de la LOTJ 5/1995, en relación con el art. 14 de la LECr y 238 LOPJ. Se mencionan los arts. 9.º, 14, 23, 53, 81, 117 y 125 CE, sin especificar el concreto precepto habilitante del recurso en lo procesal, que sería lógicamente el art. 5.4 de la LOPJ y así hay que entenderlo por el principio *pro actione*.

(...)

2. Para enjuiciar el delito de homicidio la competencia correspondía, en principio, al Tribunal del Jurado porque así lo dispone el artículo 1.º, apartados 1.a) y 2.a) de la LO 5/1995 del Tribunal del Jurado (LOTJ). Por este mismo precepto “a contrario” y por el art. 14.4 de la LECr la competencia correspondía a la Audiencia Provincial para enjuiciar, por las normas generales de la LECr., el delito de agresión sexual.

La conexidad indudable, en el caso enjuiciado, entre ambos delitos seguía atribuyendo la competencia, como regla general, al Tribunal del Jurado por imperativo de lo dispuesto en el apartado primero del art. 5.2 de la LOTJ pero esa regla general tenía que

ceder ante la excepción contemplada, en el apartado segundo del mismo artículo y número, cuando juzgar por separado los dos delitos podía romper la continencia de la causa, pudiendo dar lugar a sentencias contradictorias, como resolvió con acierto el Tribunal de instancia siguiendo en lo que era aplicable, porque los supuestos no son iguales, la argumentación de la sentencia de esta Sala n.º 70/1999, de 18 de febrero.

Desdoblarse el enjuiciamiento, en un caso tan grave, hubiera supuesto escenificar repetida y dolorosamente en instancias judiciales distintas el drama de unos hechos que se habían producido prácticamente de forma casi simultánea en la breve franja de tiempo de apenas dos horas y en el pequeño espacio de un apartamento, con el riesgo —ya señalado— de sentencias contradictorias. Tenían que residenciarse en un solo Tribunal y siendo juez ordinario en este caso tanto el del Jurado como la Audiencia Provincial había que atribuirlo a ésta, para cumplir el art. 117.3 de la CE, según las normas de competencia antes expuestas.

Sentencia 1532/2000, Sala de lo penal del T.S., de 9 de octubre de 2000

NATURALEZA DEL AUTO DE TRANSFORMACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN ABREVIADO.

Art. 789.5.4.ª LECrim.

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

SÍNTESIS

La ausencia de mención expresa en el auto dictado al amparo del 789.5.4.ª LECrim. del tipo delictivo por el que posteriormente fue acusado el recurrente no vulnera, como éste pretende, su derecho de defensa. El referido auto no equivale a un auto de procesamiento, ni tiene por naturaleza y finalidad suplantar la función acusatoria sino únicamente conferir el oportuno traslado procesal para que pueda formularse la calificación, así como expresar el doble pronunciamiento de conclusión de la instrucción y de prosecución del procedimiento abreviado en la fase intermedia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) Considera la parte recurrente que al no contener el referido auto de transformación del procedimiento imputación formal por el delito de revelación de secretos la calificación acusatoria efectuada por el Ministerio Fiscal no podía extenderse al mismo, por lo que se vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva al ser acusado por un delito por el que no habría sido imputado.

Quinto.—La vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva, como ha puesto reiteradamente de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 135/1989, 186/1990 y 128/1993) y de esta Sala (STS 262/2000 de 3 de marzo, entre otras muchas), una triple exigencia: A) En primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal forma que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LE-Crim.). B) En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado por unos determinados hechos, sin haber sido oído previamente sobre ellos por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las denominadas diligencias previas. C) Y en tercer lugar, no debe someterse al imputado al régimen de las declaraciones testimoniales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible.

Sexto.—En consecuencia lo relevante, a los efectos de constatar que en el procedimiento se ha respetado adecuadamente el

derecho constitucional de defensa, es comprobar si al acusado se le recibió previamente declaración, en calidad de imputado y con las garantías de defensa letrada que ello conlleva, acerca de los hechos que constituyen la base fáctica de la acusación, ya que en tal caso ha tenido posibilidad de participación en la fase instructora pudiendo proponer, en relación con los referidos hechos que son los que constituyen el objeto del proceso penal, las diligencias de instrucción que estimase pertinentes.

(...)

Séptimo.—La alegación del acusado en el sentido de que la vulneración constitucional se produjo al no imputarle expresamente el Juez Instructor un delito de revelación de secretos en el auto de transformación del procedimiento en abreviado, confunde la naturaleza y finalidad de esta resolución, que no es la de suplantar la función acusatoria del Ministerio Público anticipando el contenido fáctico y jurídico de la calificación acusatoria, sino que su función es conferir el oportuno traslado procesal para que esta calificación pueda verificarse, así como expresar el doble pronunciamiento de conclusión de la instrucción y de prosecución del procedimiento abreviado en la fase intermedia (STC 186/1990 y STS Sala 2.ª, de 2 de julio de 1999, núm. 1088/1999).

El recurrente alega que al no calificarse jurídicamente los hechos de forma expresa en esta resolución como integradores de un delito de revelación de secretos queda vedada al Ministerio Público la posibilidad de formular acusación por dicho tipo delictivo, pero ello responde a una defectuosa concepción de la finalidad esencial de la resolución transformadora del procedimiento, que sin ser una resolución de mero trámite, no equivale a un auto de procesamiento (resolución inexistente en el procedimiento abreviado por decisión del legislador, que no procede resucitar por vías indirectas, y que por otra parte tampoco predetermina jurídicamente

la calificación acusatoria), ni constituye el momento procesal en que se configura la imputación judicial, pues ésta necesariamente debe producirse con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, en el momento en que se recibe al implicado declaración en la condición formal de imputado.

Octavo.—La información al sujeto pasivo del procedimiento penal acerca del objeto del mismo, en lo que pueda afectarle, constituye un elemento esencial para el ejercicio del derecho de defensa, tanto durante la instrucción como en el juicio, pero precisamente por ello tiene sus propios momentos y trámites procesales que no hacen recaer dicha función esencial sobre la resolución que acuerda la conclusión de la instrucción y apertura de la fase intermedia.

(...) El conocimiento de los hechos que configuran la imputación debe proporcionarse al imputado desde el comienzo de la instrucción, para que éste pueda ejercitar su defensa durante la misma, y el conocimiento de los hechos que constituyen la acusación debe trasladarse al acusado desde que se formule por las partes acusadoras, acusación que no puede dirigirse contra personas que no hayan adquirido previamente la condición de imputadas (STC 186/1990), o referirse a hechos diferentes de los que han sido

objeto de contradicción durante la instrucción.

Si el Instructor acuerda la conclusión de las diligencias previas y su transformación en procedimiento abreviado, dictando la resolución prevenida en el párrafo 1.º del art. 790 de la LECriminal, lo hace en función de los hechos que han sido objeto de imputación, sobre los que ha girado la instrucción de las diligencias previas, que deben ser perfectamente conocidos por el imputado, y lo eran en el caso actual.

En consecuencia el antecedente fáctico de esta resolución transformadora del procedimiento puede configurarse, ordinariamente, por remisión a los hechos sobre los que ha versado la instrucción, sin que ello ocasione indefensión alguna al imputado, máxime en aquellos casos, como el ahora enjuiciado, en que las imputaciones formuladas consistieron en hechos sobre los que el imputado había sido interrogado exhaustivamente. En cualquier caso en el supuesto actual el antecedente fáctico de la referida resolución transformadora del procedimiento incluye, de forma sucinta, la referencia a los hechos base de la acusación por revelación de secretos, como destaca la Sala sentenciadora.

En consecuencia el motivo de casación ahora analizado carece del menor fundamento, imponiéndose su desestimación.

Sentencia 1537/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 9 de octubre de 2000

ALEVOSÍA. COMPATIBILIDAD CON ATENUANTE MUY CUALIFICADA.

Arts. 66.4 y 139 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece un resumen de la caracterización jurisprudencial de la alevosía en el delito de asesinato, insistiendo en una compatibilidad con la circunstancia atenuante de alteración psíquica. Por otra parte, se reconstruye la histo-

ria legislativa de la actual regla cuarta del art. 66 CP, para concluir que con ella se obliga al Tribunal al descenso en un grado de la pena prevista en la ley, siendo facultativo hacerlo en dos grados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Tiene declarado esta Sala (Cfr. Sentencias de 22 junio 1993 y 18 y 25 de junio de 1998) 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 [sic] 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 consiguiente 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 e 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 con relación a la compatibilidad con la atenuante apreciada por la Sala de lo Penal del TSJ que confirma parcialmente la Sentencia dictada por el Tribunal del Jurado, Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, se muestra meridiana tal compatibilidad. En efecto, si tal compatibilidad se predica incluso hoy, después del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda, de fecha 26 de mayo de 2000, con respecto a la eximente

completa de enajenación mental, con mayor razón en los supuestos de semieximente, que ya habían sido objeto de multitud de pronunciamientos jurisprudenciales, con mayor sentido entonces en este caso en que se ha apreciado una simple atenuante. La jurisprudencia (SSTS 15 de febrero, 21 de marzo y 17 de noviembre de 1988, 24 de febrero de 1989, 1 de julio de 1994 y 8 de marzo de 1996) ha estimado compatible la agravante de alevosía con la eximente incompleta de enajenación mental, siempre que la disminución psíquica determinante de la semieximente, no impida el dolo específico de la alevosía, conocimiento y voluntad de asegurar el resultado homicida y de excluir el riesgo derivado de la defensa de la víctima. El motivo, pues, debe ser desestimado.

Tercero.—(...) La jurisprudencia de esta Sala Segunda en la interpretación de la regla 5.ª del art. 61 del Código Penal derogado (véase STS de 4 de abril de 1988) y que es perfectamente extensible al precepto actualmente vigente, sentaba la doctrina según la cual, vista la redacción de aquella disposición, procedente del Código de 1932, en relación con el de 1870, estimaba obligado rebajar al menos en un grado la pena, y facultativamente en dos (STS, entre otras, de 14 de junio de 1994). Esta doctrina, se repite, debe ser también aplicada al actual art. 66.4 CP y así lo han declarado numerosos pronunciamientos de este Tribunal Supremo, de los que son exponentes las Sentencias de 10 de junio y 17 de noviembre de 1997 y 15 de enero de 1998. En la última de las citadas, esta Sala declaraba que «ha de ponerse de relieve que la jurisprudencia más reciente, modificando el criterio anteriormente mantenido sobre el particular, sostuvo —ba-

jo la vigencia del Código Penal de 1973— que, en aplicación de la regla 5.ª del art. 61, era obligada la rebaja, en un grado, de la pena señalada al delito; de tal modo que lo únicamente potestativo para el juzgador era rebajar la pena en uno o dos grados. Entre las Sentencias que han marcado la interpretación de referencia, cabe citar las de 21 de octubre de 1993 y la de 14 de junio de 1994. Se argumenta, en la primera de ellas, que la regla 5.ª del art. 61 del Código Penal de 1973, desde el punto de vista histórico, tienen sus antecedentes en el art. 82.5 del Código de 1870 (en el que se disponía que “cuando sean dos o más, y muy cualificadas, las circunstancias atenuantes y no concurre ninguna agravante, los Tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley”; de modo que la rebaja de la pena venía impuesta), y en el art. 67.5 del Código de 1932, en cuya Exposición de Motivos se explicaba que la reforma introducida en el texto de la norma correlativa —similar al de la regla 5.ª del art. 61 del Código Penal de 1973— tenía la finalidad de abrir el arbitrio judicial “para rebajar las penas en caso de atenuación calificada”; de-

fendiendo así, desde el punto de vista teleológico, un criterio menos rígido y más humano en la aplicación de las penas. Se decía, además, que al mismo resultado conducía una interpretación sistemática de la citada norma, por cuanto, de no ser obligatoria la rebaja de la pena, al menos en un grado, podría dejarse sin contenido la regla 5.ª del art. 61 y llevaría al absurdo de prevverse un supuesto de hecho vacío de respuesta, lo que mal se compagina con el contexto de todas las reglas del expresado art. 61, con la posible ilógica consecuencia de penarse más gravemente el supuesto de que concurren dos circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada que el de que concurre una única atenuante o, incluso, ninguna». En este sentido, igualmente la Sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 1999. En consecuencia, éste también ha de ser el criterio aplicable al nuevo Texto Legal, máxime en casos como el presente en que se aprecia la concurrencia de dos atenuantes sin la presencia, al propio tiempo, de agravante alguna, por lo que el motivo debe desestimarse, y con él, todo el recurso.

Sentencia 1538/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 9 de octubre de 2000

COMISIÓN POR OMISIÓN EN AGRESIÓN SEXUAL.

Arts. 11 y 179 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se aprecia complicidad en comisión por omisión en un delito de agresión sexual, en la conducta de la compañera sentimental que contempla impasible la agresión sexual que su compañero lleva a cabo sobre la hija de este. Fundamento de la posición de garante en el dato de formar pareja estable con el autor de la conducta típica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Lo primero que conviene despejar —aunque ello no haya sido objeto de debate en este recurso— es la duda que pudiese plantear, en hipótesis, la aplicabilidad retroactiva del art. 11 CP 1995 a unos hechos acaecidos antes de que el nuevo Texto entrase en vigor. No existe problema alguno al respecto aunque en la ley anterior no se regulaba la comisión por omisión o, lo que es igual, la tipicidad omisiva que equivale a la comisión activa del delito, puesto que, pese al silencio legal, la jurisprudencia venía admitiendo pacíficamente esta forma de tipicidad al menos desde la sentencia de 10 de abril de 1981. Incluso puede decirse que la reciente regulación de la comisión por omisión, al exigir determinados requisitos para la integración de este tipo de participación, ha inaugurado una etapa más favorable para el destinatario de la norma, no sólo porque la relativa imprecisión de la doctrina ha sido sustituida por la claridad de un precepto —aunque el mismo esté naturalmente necesitado de interpretación— sino porque aquellos requisitos han expulsado de esta tipicidad todos los supuestos en que los mismos no concurren. Dicho esto, debemos exponer brevemente, antes de abordar en concreto la cuestión suscitada en el recurso, los elementos de los que depende que pueda ser imputado un delito activo por haber incurrido la persona presuntamente responsable en una omisión que, sin haber producido el resultado —la omisión nunca es causal por definición— no ha evitado su producción. Estos elementos son los siguientes: A) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. B) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 CP exigiendo que la no evitación del resul-

tado “equivalga” a su causación. Ahora bien, como la comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría —con la autoría material y con la cooperación necesaria— como en el grado de la equivalencia con la complicidad, la indicada relación de causalidad hipotética será distinta en uno y otro caso. Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable. C) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. D) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. E) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Tercero.—De los tres elementos de la tipicidad omisiva equivalente a la comisión activa que hemos enumerado, ninguna duda puede suscitar la concurrencia de los significados con las letras A), C) y D) en los acontecimientos narrados en la declaración probada de la Sentencia de instancia que tienen relación con la recurrida. El delito cometido por el otro procesado en presencia de aquélla produjo, en efecto, un resultado, es decir,

una modificación aprehensible por los sentidos en el mundo exterior tan inequívoca como la penetración vaginal de una niña de seis años. Por otra parte, no es necesaria calificación personal alguna, de especial naturaleza, para ser autor del delito de abusos sexuales cuya definición legal comienza con la genérica expresión “el que”, lo que significa que la recurrida podría haber sido responsable del mismo, por ejemplo, en concepto de cooperadora necesaria. Y ninguna circunstancia que aparezca reflejada en la Sentencia permite sospechar que la recurrida no estuviese en condiciones de realizar, si hubiese querido, alguna acción impeditiva u obstaculizadora del bárbaro ataque que su compañero llevó a cabo contra la libertad sexual de su propia hija. Los problemas que debemos afrontar quedan limitados, pues, a los que puede plantear la concurrencia de los elementos B) y E), de los que seguramente los de mayor envergadura son los suscitados por el segundo, esto es, por la atribución a la recurrida de la condición de “garante”. Comenzando por los primeros, hemos de decir que esta Sala no encuentra en la declaración de hechos probados de la Sentencia impugnada —única fuente de información de que dispone en relación con lo ocurrido y con sus presupuestos— datos que le permitan formular un juicio de certeza, o de probabilidad muy próxima a la certeza, sobre la eficacia impeditiva que hubiese tenido una actuación de la recurrida si se hubiese interpuesto entre el sentenciado y su hija. Nada sabemos del temperamento de aquél, de su posible irascibilidad o impulsividad, de la eventual violencia de su habitual comportamiento, de su fortaleza física, de la forma como transcurría su vida en común con la recurrida ni de la capacidad de ésta para oponerse eficazmente a la realización de actos como los descritos en la Sentencia. Pero si carecemos de datos para establecer una relación de causalidad hipotética entre la actuación que hubiese podido tener la recurrida y la evitación de los abusos sexuales, si los tenemos para establecer dicha relación entre la actuación omitida y una di-

ficultad de cierta entidad que el procesado hubiese encontrado para la consecución de sus propósitos, una dificultad que no encontró precisamente a causa de la pasividad de la recurrida. Acaso esta pasividad no fue absolutamente determinante para la comisión del delito pero sin duda alguna la facilitó. Y no es ésta, naturalmente, una conjetura desprovista de fundamento. A tal conclusión lleva, por una parte, la reflexión de que el acceso carnal de un padre con su hija de seis años, realizado en un contexto doméstico, no es concebible si no lo rodea una actitud permisiva e incluso complaciente de quienes lo presencian y, por otra, la consideración de determinados hechos probados como la “impasibilidad” con que la recurrida observó el primer acceso y el favorecimiento que hubo de suponer, para la consumación del segundo, que momentos antes permitiese que el procesado introdujese sus dedos, indistintamente, en su vagina y en la de la niña. Si poco después el procesado penetró vaginalmente a su hija “ante la presencia pasiva” de su compañera “quien no hizo nada por impedir tal acción”, tal omisión, que en nada obstaculizó la perpetración de unos hechos a los que la omitente prestó claramente su aquiescencia, no puede dejar de merecer el reproche penal de la comisión por omisión en grado de complicidad, siempre que la omitente, claro está, pueda ser considerada legalmente garante de la libertad sexual de la ofendida.

Cuarto.—El art. 11 CP condiciona la realización del tipo de comisión por omisión a que quien omite la conducta susceptible de evitar —o dificultar— el resultado infrinja, con su omisión, un especial deber jurídico de actuar. Y contempla dos situaciones posibles en que el incumplimiento de ese deber da lugar a la comisión por omisión: la que existe cuando el omitente tiene una específica obligación legal o contractual de actuar y la que sobreviene cuando el mismo ha creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u

omisión precedente. En el caso enjuiciado en la Sentencia impugnada y a la vista de su declaración de hechos probados, la única vía por la que pueden llegar a ser imputados los delitos a la recurrida, en forma de comisión por omisión, es la de la infracción de una obligación legal, por lo que en la pretendida existencia de esta obligación habrá de concentrarse ahora el razonamiento de esta Sala. Está fuera de toda duda que la recurrida tenía, en la ocasión de autos, el deber moral y cívico de oponerse al delito cometido por su compañero y el de acudir a las autoridades para que no continuase cometiéndolo. La infracción de este deber, concurriendo el resto de los presupuestos del tipo, habría dado lugar a la comisión, por la recurrida, del delito previsto en el art. 338 bis CP 1973 —hoy art. 450.1 y 2 CP 1995— si no le fuese imputable la complicidad omisiva, descrita en el fundamento jurídico anterior, en los delitos de abusos sexuales en cuyo caso, condicionado a la existencia de un deber legal de actuar, el principio de consunción obligaría a aplicar preferentemente las normas en que se castigan estas últimas infracciones. El criterio de la Sala es que dicha obligación legal pesaba efectivamente sobre la recurrida y que, en consecuencia, la misma debe ser considerada cómplice, en forma de comisión por omisión, de los delitos de abusos sexuales de los que es responsable, como autor, el procesado ya condenado en la Sentencia de instancia. La ley no hace nacer derechos y obligaciones sólo de las instituciones sino también, en determinados casos, de situaciones de hecho. La no infrecuente referencia legal a consecuencias jurídicas derivadas de una relación de afectividad análoga a la conyugal es buena prueba de ello e igualmente lo es —con especial importancia para la resolución de la cuestión que nos ha sido sometida— la mención de la guarda de hecho que encontramos en los arts. 303, 304 y 306 CC y en los arts. 153 y 192 CP. Concretamente, el art. 303 CC autoriza a la Autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho a “requerirle para que informe

de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”. El hecho de que el juez pueda requerir al guardador de hecho a que le informe de su actuación y la facultad que se concede al primero de establecer medidas de control y vigilancia, indican claramente la existencia de obligaciones en el guardador de hecho con respecto al menor o incapaz encomendado a su guarda. La decidida voluntad del legislador de que un menor o incapaz no quede jamás absolutamente desprotegido le ha llevado a deducir obligaciones, que no pueden ser sino de protección y cuidado y que son rigurosamente legales, de las situaciones de guarda de hecho, sin que lógicamente las mismas requieran, para nacer y producir sus efectos, formalidad ni mandato expreso alguno. En el caso enjuiciado, la patria potestad de la menor ofendida era ejercida por su madre por haberle sido atribuida judicialmente su guarda y custodia al separarse de su esposo el procesado ya sentenciado. Como a éste se le reconoció el derecho de tener a su hija durante los fines de semana alternos, adquiriría su guarda de derecho mientras la tenía en su compañía y, como esta discontinua convivencia se producía en el hogar que había formado con su nueva compañera, lo que significaba que la niña ingresaba temporalmente en un núcleo familiar de hecho integrado por dos personas, la que de ellas no tenía la guarda de derecho, esto es, la recurrida compañera sentimental del sentenciado, debía asumir inevitablemente la guarda de hecho en los casos en que su titular no ejerciera la que le incumbía. Nadie hubiese puesto en duda que a la recurrida correspondía momentáneamente la guarda de hecho de la ofendida —teniendo en cuenta que se trataba de una niña de seis años— si el padre se hubiese ausentado por cualquier motivo de la casa durante uno de los fines de semana en que la tenía consigo. Aún menos dudas puede haber sobre la asunción de la guarda de hecho por la recu-

rrida en una situación en que el guardador de derecho, con el que convivía, no sólo descuidaba sus deberes de protección sino que se constituía en principal amenaza y agresor de un bien jurídico de la ofendida tanpreciado y vulnerable como su libertad sexual. Hay que afirmar, pues, enérgicamente que, como consecuencia de una guarda de hecho sobre la menor, a la que la recu-

rrida no podía en modo alguno sustraerse, tenía la obligación legal de actuar para impedir que su compañero hiciese víctima a su propia hija de los criminales abusos por los que ha sido condenado y que, habiendo infringido dicha obligación de actuar, su omisión debe ser equiparada a la complicidad en tanto facilitó la producción del ilícito resultado y la perpetración del delito.

Sentencia 1603/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 16 de octubre de 2000

APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DEL JURADO.

Art. 846 bis.c) LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

La Sala declara la imposibilidad de sustentar en la vista de un recurso de apelación contra Sentencia del Jurado motivos diferentes de los contenidos en el escrito de interposición.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Uno y otro recurrentes formulan un primer motivo de casación al amparo del art. 5.4 LOPJ, por infracción del art. 24.1 C.E., denunciando ambos, en idéntica argumentación, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial que entienden producida porque la Sala del TSJ de Asturias no se pronunció sobre las alegaciones realizadas por los apelantes en el acto de la Vista Oral del recurso de apelación, que se limitaban a solicitar la aplicación en su grado mínimo de las penas que les habían sido impuestas por el Tribunal del Jurado, y señalan que tanto la LOPJ como la doctrina

jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo “... imponen siempre una hermenéutica flexible que prescinde, dentro de lo posible, de la instrumentación procesal y de todo formalismo...”

(...)

Tercero.—No podemos aceptar que la mencionada resolución del TSJ de Asturias haya violentado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva, puesto que éstos han recibido del órgano jurisdiccional una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones y que, como atinadamente subraya el Ministerio Fiscal, no es contrario al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva

el que el legislador haya rodeado la admisión de determinados recursos, de ciertos requisitos y presupuestos específicos (SSTS 79/1985 y 102/1985). Por ello, cuando se quebrantan de modo notorio y pleno las exigencias formales y técnico-jurídicas requeridas por la ley, la inadmisión o desestimación de la pretensión resulta obligada para el Tribunal y esa respuesta ni vulnera el derecho a la tutela judicial ni ocasiona indefensión que, en todo caso, sería consecuencia del desconocimiento por los interesados de las disposiciones legales que fueron palmariamente incumplidas por los recurrentes, y en modo alguno por el Tribunal de instancia.

Cuarto.—Pero es que, además, la teoría de los recurrentes de que el juzgador se debía pronunciar sobre las alegaciones formuladas en la Vista, haciendo caso omiso del escrito de formalización del recurso de apelación y sin tener en cuenta los motivos que en éste pudieran figurar, no puede ser acogido, pues, efectivamente, de admitirse que en el acto de la vista se puedan sustentar motivos de apelación diferentes de los contenidos en el escrito de interposición se produciría, no sólo una deslealtad procesal frente a las demás partes —pues éstas ignorarían injustificadamente hasta ese momento de la vista el contenido real de la impugnación—,

sino que a dichas partes se les causaría indefensión, pues éstas habrían formado su resolución de formular o no recurso supeditado, con base en los motivos expuestos en el escrito de interposición, pero luego encontrarían que la impugnación se podría basar en otros motivos, que habrían dado lugar a una decisión diferente sobre el recurso. En definitiva, si se admitiese la alegación de nuevos motivos, en la vista, se quebrarían los principios de contradicción y defensa para las otras partes, por lo que ha de rechazarse, la posibilidad de incluir o variar los motivos de la apelación (fundamento de Derecho Tercero de la sentencia impugnada), criterio éste que comparte esta Sala de casación al reafirmar que en la vista del recurso de apelación contra sentencia dictada por Tribunal del Jurado, las partes se encuentran vinculadas a los motivos previamente consignados en el escrito de formalización del recurso, que constituyen el marco procesal del debate del juicio oral, y sólo de manera excepcional cabe introducir en ese acto alegaciones o motivos diferentes siempre que estos novedosos argumentos vengan referidos a la violación de derechos fundamentales que, no estando contemplados en el art. 846 bis c) LECr, tuvieran relevancia para la resolución del proceso, en cuyo caso el Tribunal habrá de pronunciarse sobre los mismos.

Sentencia 1574/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 17 de octubre de 2000

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Arts. 113 y 117 Código Penal y 19 LCS

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

SÍNTESIS

Interpreta la sentencia dos extremos relativos a la responsabilidad civil derivada del delito: el alcance a los familiares y terceros de la indemnización por perjuicios morales (art. 113 CP) y la responsabilidad civil subsidiaria en caso de existencia de contrato de seguro (arts. 117 CP y 19 LCS).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—(...) La acusadora particular, madre del ofendido, ejercita también la acción civil en su propio nombre solicitando una indemnización a su favor en cuantía de dos millones y medio de pesetas, además de la correspondiente a su hijo como representante legal del mismo. Argumenta que “también ella resultó perjudicada en el evento, no solamente en cuanto a su intimidad como madre y ver el sufrimiento de su hijo, sino también en cuanto al peregrinaje habido por múltiples facultativos para la cura del niño”.

El motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal.

La sentencia recurrida (fundamento jurídico quinto) “no duda que se viera muy afectada por lo sucedido”, pero “no considera oportuno establecer indemnización alguna a su favor, pues lo contrario conduciría a extender al máximo los supuestos y personas indemnizables, dando lugar a una interpretación contraria al reo de las disposiciones del Código Penal en materia indemnizatoria”

Así planteada la cuestión, indemnización por perjuicios morales (otro concepto ni se acredita, ni cuantifica) interesada en su propio nombre por la madre del sujeto pasivo del delito, debemos examinar el alcance del vigente artículo 113 C.P. (antiguo 104) a cuyo tenor “la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también se hubieran irrogado a sus familiares o a un tercero”.

Los perjuicios materiales no conllevan mayor cuestión siempre y cuando, establecida la relación de causalidad con el hecho ilícito, se justifiquen y cuantifiquen, pues su expresión material consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por el agraviado, sus familiares o terceros en su propio patrimonio. Mayores problemas plantea el resarcimiento de los perjuicios morales, no sólo por su cualidad materialmente inaprensible, aunque cuantificable conforme a la norma cultural vigente y la nor-

ma social (incluso por disposición legal), sino, principalmente, por la delimitación subjetiva de sus potenciales titulares dentro de los ámbitos personales referidos.

La aplicación práctica de esta cuestión se ha planteado fundamentalmente en relación con los delitos contra la vida. Debiendo partirse de la imposibilidad de que el extinto pueda hacer efectiva su indemnización, así como tampoco transmitirla a sus herederos pues el derecho nace posteriormente al fallecimiento, aquéllos y los perjudicados por el mismo, donde deben comprenderse familiares y terceros, siendo los primeros una especie de los segundos, resultarán acreedores de una indemnización por perjuicios morales, pues en rigor no es posible resarcir el daño ocasionado por la muerte del fallecido en sí mismo y no sería justo liberar al deudor de su responsabilidad civil por el hecho del fallecimiento.

Sin embargo, cuando son otros los bienes jurídicos afectados o lesionados por el delito, es el padecimiento del agraviado en sí mismo lo que constituye el objeto de la indemnización, es decir, el perjuicio moral lo constituye el propio del sujeto pasivo de la infracción. Precisamente por ello la regla general en este caso consiste en entender agotada la responsabilidad civil por este concepto en la satisfacción indemnizatoria de la víctima. Por otra parte, este resarcimiento también debe considerarse que irradia y compensa a las personas que constituyen su círculo familiar o afectivo inmediato partiendo de la base de la existencia de un vínculo de solidaridad familiar, y esta perspectiva incluso puede constituir un factor relevante para determinar el quantum indemnizatorio.

Es cierto que el adverbio “también” empleado por el legislador, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, prevé la indemnización en favor de los familiares o terceros además de la correspondiente al propio agraviado, pero ello no significa que en todos los supuestos, tanto desde el punto de vista del objeto como de los titulares de

la misma, deba producirse dicha concurrencia, siendo compatible por ello también con el Texto legal el alcance de éste delimitado más arriba, pues de seguirse un criterio extensivo los límites subjetivos de la indemnización resultarían prácticamente inalcanzables (lo que no es correcto es la utilización del segundo argumento de la Sala provincial relativo a la “interpretación contraria al reo de las disposiciones del Código Penal en materia indemnizatoria”).

(...)

Noveno.—El primero de los motivos lo es por ordinaria infracción de ley ex artículo 849.1 LECrim., denunciando aplicación indebida del artículo 117 CP e inaplicación de los artículos 1.º, 73 y 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro.

En el desarrollo del motivo se afirma que el hecho probado no estaba cubierto por la garantía de la póliza, “puesto que la póliza de seguro de responsabilidad civil concertada entre ambas entidades (responsable civil subsidiaria y recurrente), como claramente deduce de sus condiciones particulares, cubría únicamente el riesgo de responsabilidad civil por daños a terceros generado en el desarrollo de la actividad de ayuda domiciliaria ocasionados a clientes y a terceras personas en el desarrollo de su actividad objeto de este seguro, supuesto que no concurre en el caso de autos”. También se argumenta que los daños causados por un ilícito penal doloso no corresponde abonarlos con cargo a la póliza y que los daños cubiertos por la misma son “los debidos a actos involuntarios, ocasionados por acciones u omisiones culposas o negligentes del asegurado o sus empleados, no los dolosos”.

(...)

En primer lugar, debemos señalar que el artículo 19 LCS lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a éstos sea debido a la

conducta dolosa del asegurado, —disponiendo el asegurador en este caso de la facultad de repetición frente al asegurado que reconoce el artículo 76 LCS—, o bien sea debido a un acto doloso de un tercero del que se derive responsabilidad civil subsidiaria para el acusado (STS de 4 de diciembre de 1998), supuesto precisamente aplicable al presente caso. En segundo lugar, la responsabilidad civil asegurada se refiere a las acciones u omisiones de personas dependientes de la asegurada y por las que debe responder (artículo 120.4 CP). En tercer lugar, los hechos se producen dentro del ámbito o actividad prevista en la póliza, es decir, daños ocasionados a un tercero (ajeno a las partes contratantes del seguro) en el ejercicio de la labor de ayuda domiciliaria llevada a cabo por un trabajador de la empresa (el acusado), debiendo responder la asegurada como responsable civil subsidiaria, y por tanto estando obligada la aseguradora hoy recurrente en virtud de dicha póliza a satisfacer en su caso la indemnización fijada, sin perjuicio del derecho de repetición que le otorga el propio artículo 117 CP frente al autor causante de los daños. Por último, también concurre el presupuesto de la culpa “in vigilando” o “in eligendo” por parte de la responsable civil subsidiaria en relación con la persona de su dependiente autor y responsable civil directo.

En síntesis, no existe infracción de las condiciones objetivas del contrato y por ende falta de aplicación al caso de los artículos 1.º, 73 y 76, todos ellos LCS. La asegurada ha sido declarada responsable civil subsidiaria en base a unos hechos realizados por un trabajador dependiente de la misma en el ámbito de su actividad laboral propia, concurriendo por su parte acción u omisión culposa o negligente consistente en error “in vigilando” o “in eligendo”, sirviendo precisamente la póliza otorgada como medio de cobertura de la responsabilidad civil declarada frente a la misma, siguiéndose por ello la adecuación del riesgo producido a las condiciones pactadas en el contrato de seguro de responsabilidad civil.

Sentencia 1586/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 17 de octubre de 2000

NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

Arts. 401 Código Penal 1973 y 439 Código Penal 1995

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

SÍNTESIS

Comparación de los respectivos ámbitos de aplicación del art. 401 Código Penal 1973 y 439 Código Penal 1995 en lo que se refiere al delito conocido como negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—La resolución aquí recurrida es un auto, dictado por la Audiencia Provincial de la Coruña, en el que se revisa una anterior sentencia del mismo Tribunal que había condenado a Jesús O.M. como autor de un delito del art. 401 CP 1973, por haber intervenido en calidad, primero de Alcalde y luego de Concejal del Ayuntamiento de C., en el otorgamiento de dieciocho contratos administrativos de adjudicación directa de obras a “Excavaciones y ...”, empresa en la que tenía participación dicho Alcalde.

Como el CP 1995 no recogió en su texto el delito que antes aparecía sancionado en el citado art. 401 CP 1973, a petición del referido don Jesús O.M., se dictó el mencionado auto de revisión, por aplicación del nuevo código como norma penal más favorable, considerando destipificada la conducta antes sancionada, con la consiguiente absolución de dicho señor, lamentando tener que pronunciarse en tales términos por estimar que la mencionada destipificación penal no tenía que haberse producido.

Contra dicho auto de revisión ahora recurre en casación el Ministerio Fiscal al amparo del n.º 1.º del art. 849 LECr, por estimar que hubo infracción de ley al no haberse aplicado al caso el art. 439 del nuevo código que sanciona una figura de delito, similar a la del art. 401 del CP anterior, en la que, a juicio del recurrente, encaja la conducta por la que condenó la sentencia revisada, citando jurisprudencia de esta Sala.

El art. 401 CP 1973 castigaba “al funcionario público que, directa o indirectamente, se interesase en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo”.

El art. 439 del CP vigente sanciona a “la autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones”.

La conducta relatada en los hechos probados de la sentencia dictada por la Audien-

cia Provincial en la presente causa encaja, sin duda, en el mencionado art. 401: fue correctamente condenado conforme a tal norma penal y así lo entendió también esta Sala de lo Penal del T.S. que rechazó el correspondiente recurso de casación formulado entonces por el condenado.

Pero no se adecua al texto del vigente art. 439. Veámoslo.

Sin dificultad alguna podemos entender que el acusado se aprovechó del cargo de Alcalde y Concejal para facilitarse su participación, por medio de persona interpuesta (la sociedad limitada en la que tenía parte), en esos negocios de adjudicaciones de obras en que intervino por el cargo público que desempeñaba.

Pero, según su propio texto, esta infracción penal del art. 439 (delito especial propio) sólo puede ser cometida por alguien que reúna conjuntamente dos cualidades: 1.^a Que sea una autoridad o funcionario público. 2.^a Que, por razón de esa condición o cargo, tenga el deber de informar en ese asunto u operación.

No cabe duda de que esa primera condición (autoridad o funcionario) concurre en quien es Alcalde o Concejal. Pero no así la segunda.

En efecto, en los hechos probados de la mencionada sentencia no aparece ese deber de informar en las adjudicaciones de obras en las que intervino como Presidente o miembro de la Corporación Municipal.

Es posible que en los expedientes administrativos que se tramitaron para las mencionadas adjudicaciones de obras D. Jesús O., por el cargo que desempeñaba, tuviera que hacer algún tipo de informe, quizá a sus compañeros de corporación para darles cuenta en algún Pleno o en alguna Comi-

sión. Pero ello no aparece en los mencionados hechos probados, de los que necesariamente hemos de partir para resolver este recurso por aparecer fundado en el n.º 1.º del art. 849 (art. 884.3 LECr), ni tampoco fue necesario investigar tal extremo entonces en el presente procedimiento tramitado durante la vigencia del CP anterior, porque no se exigía esa cualificación para el sujeto activo de este delito (el deber de informar).

Por mucha amplitud que haya de darse a la expresión “debiendo informar por razón de su cargo” para dar coherencia y significación adecuada a este particular figura delictiva, como algún sector doctrinal patrocina, es lo cierto que en el caso presente no aparece ese deber de informar en la persona de este Alcalde o Concejal.

Ciertamente, y de esto procede la lamentación que hacen los magistrados que firmaron el auto recurrido, no parece razonable que pueda ser castigado conforme a esta norma el que tiene el deber de informar y se prevale de tal intervención en el expediente para tomar parte en el negocio, y no puede serlo quien tiene una actuación administrativa más importante y decisiva, como lo es la de resolver el mismo expediente. Pero no cabe extender analógicamente los tipos penales para sancionar conductas no previstas por el legislador en la norma penal: lo impide el principio de legalidad, informador del Derecho Penal en los últimos dos siglos y ahora recogido en el art. 25 CE y en el art. 4.1 CP.

Así pues, entendemos que el auto recurrido es conforme a la legislación penal vigente, primero porque aplica retroactivamente una ley penal más favorable por la entrada en vigor del nuevo CP, y segundo porque hace una interpretación adecuada del art. 439 de este CP.

Sentencia 1165/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 19 de octubre de 2000

PROTECCIÓN DE TESTIGOS.

Art. 4.º LO 19/1994, de Protección de testigos y peritos en causas criminales

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

SÍNTESIS

Se expone la doctrina de la Sala sobre los requisitos para la adopción o el mantenimiento de las medidas de protección de testigos (y peritos) en causas criminales, aplicando el acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala, de 6 de octubre de 2000 [reproducido en la Revista de Derecho Penal, n.º 2 (enero 2001) págs. 105 y 106]

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) En el Motivo Segundo por infracción de precepto constitucional, basado en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se alega con invocación del artículo 24.1 de la Constitución la vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías, al acordarse por la Sala sin motivación alguna que se impidiera en el juicio la visión normal de los testigos por parte del acusado, medida limitadora del principio de publicidad que ha de presidir todas las actuaciones conforme al artículo 120.1 del Texto Fundamental. (...)

En el presente caso consta en las actuaciones que el 5 de junio de 1997 la Magistrado Juez de Instrucción dictó Auto acordando que no constara en las diligencias el nombre, apellidos, lugar de trabajo, profesión ni cualquier otro dato que pueda servir para la identificación de los testigos, confor-

me a lo dispuesto en el artículo 2.a) de la citada Ley 19/1994.

Mas recibidas las actuaciones en la Audiencia Provincial, si bien la Sección Primera dictó Auto el 24 de noviembre de 1997 admitiendo la prueba propuesta y señalando día para la celebración del juicio, ni en él ni en otro independiente hizo pronunciamiento alguno sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir las medidas de protección adoptadas en el Juzgado de Instrucción, o de tomar otras nuevas previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes, tal como exige el apartado 1 del artículo 4.º de la Ley de Protección de testigos, sin que, en consecuencia, hubiera posibilidad de recurrir en súplica a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del citado precepto.

Iniciada la vista y habiendo comparecido la primera de los testigos, según consta esquemáticamente en el acta correspondiente, se acordó se la oyera con carácter secreto, protestando la defensa que quería fuera vista por el acusado, lo que la Sala rechazó de plano.

Segundo.—Establece el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que los actos judiciales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento previstas en la Ley, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

En el presente caso se ha omitido lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 1994, ya que el órgano judicial competente, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, no ha dictado la resolución motivada en él prevista, ponderando elementos tan importantes como son los derechos fundamentales en conflicto.

Lo que indudablemente ha originado indefensión al acusado que no sólo no ha conocido las razones por las que se limitaba el derecho a un proceso público, sino que tampoco ha tenido la posibilidad de interponer el recurso de súplica previsto en el apartado 2 del citado artículo.

Ello obliga, como se dice en la sentencia de 24 de marzo de 2000, a retrotraer las actuaciones al momento en que se produce la radical anomalía consistente en la ausencia del acuerdo jurisdiccional colegiado previsto en el mencionado artículo 4.º de la LO 19/1994.

Lo que supone la devolución de las actuaciones para que, repuestas al momento inmediatamente posterior a la conclusión de la fase instructora, se acuerden por la Audiencia Provincial, motivadamente y con posibilidad de recurso, las medidas de protección de testigos procedentes.

Tercero.—Esta postura es la adoptada por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala el 6 de octubre de 2000, en el que se tomó el siguiente acuerdo:

“a) Para adoptar la medida de impedir la visualización del testimonio de un testigo en el acto del juicio oral por parte del acusado, a que hace referencia el apartado b) del artículo 2.º de la Ley Orgánica 19/1994 de Protección de Testigos y peritos en Causas Criminales, es necesario que el Tribunal motive razonablemente su decisión. Y ello tanto vengan dispuestas medidas protectoras adoptadas ya en la instrucción (art. 4.º), como si tal medida se acuerda en el momento de la celebración del juicio oral.

b) En este segundo caso, tal motivación es bastante con que refleje en el propio acta del juicio oral, con la amplitud que requiera la situación de peligro, dejando expuesto también lo que las partes consideren en relación con tal restricción a la publicidad del debate, así como el acatamiento o respetuosa protesta a la decisión adoptada por el Tribunal.

c) La consecuencia de la inexistencia o insuficiencia de tal motivación puede ser controlada casacionalmente originando la nulidad del juicio oral con retroacción de actuaciones, para la celebración del mismo de nuevo con Tribunal formado por diferentes Magistrados”.

Por tanto, aunque la protección de los testigos hubiere surgido en el acto de la vista por vez primera, hubiese sido preciso que en el acta se recogiera lo manifestado por las partes sobre la restricción a la publicidad del debate y la motivación del acuerdo adoptado; lo que no se hizo en el presente caso.

Pero es que, según resulta de las actuaciones, ya en la fase de instrucción se habían adoptado medidas de protección previstas en el artículo 2.º de la Ley 19/1994, por lo que la aplicación del artículo 4.º de la misma era ineludible.

Sentencia 1611/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 19 de octubre de 2000

HOMICIDIO IMPRUDENTE.

Art. 142 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia se ocupa de la determinación del alcance de la imprudencia y su delimitación frente al dolo eventual (desde una concepción cognitiva de este). Por otra parte, expone el sentido de la exigencia de imputación objetiva y la significación que cobra, en este contexto, la autopuesta en peligro de la víctima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...) Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 15 de julio de 1992, que cuantos dirigen y se hallan al cuidado de una obra, deben impartir diligentemente las instrucciones oportunas, de acuerdo con las ordenanzas legales de Seguridad e Higiene en el Trabajo a fin de que el trabajo se realice con las adecuadas medidas de seguridad, como garantes de la salvaguardia de la integridad física, y no hay que decir que con mayor razón de la vida, de cuantos trabajadores participen en la ejecución de los diversos trabajos, sujetos a riesgos que es preciso evitar, poniendo a contribución cuantas previsiones y experiencias técnicas sean concurrentes a tal fin, sin que puedan bastar advertencias generales, sino atendiendo a cada situación con el debido cuidado; de tal modo que omitir, como en el caso de autos, la protección que resultaba ineludible por la proximidad de un cableado de alta tensión, constituye, como acertadamente se califica por el Tribunal sentenciador, un homicidio por imprudencia grave en cuanto la omisión de las medidas de seguri-

dad que resultaban precisas fue causante del resultado mortal.

El recurrente ha creado, por lo que se acaba de exponer, un peligro jurídicamente desaprobado, al ordenar realizar unas obras o mediciones en una zona de evidente peligro sin proporcionar los medios adecuados ni las instrucciones precisas para evitarlo como le era exigible. Ha creado, pues, un riesgo previsible que debería haber conocido si hubiera actuado con la debida diligencia, que está fuera del riesgo permitido y que además le es objetivamente imputable en cuanto ha tenido su concreción y realización en el fallecimiento del trabajador que estaba a sus órdenes.

Si no hubiera tenido error sobre la producción de una situación de riesgo para la vida de sus trabajadores, y se hubiera representado y conocido que estaba creando esa situación de riesgo, su conducta sería propia de dolo eventual.

Tampoco puede prosperar la objeción que se hace en el recurso a la consideración de la imprudencia como grave.

La jurisprudencia de esta Sala suele considerar grave la imprudencia cuando se han

infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos. Es temeraria, se ha dicho reiteradamente, cuando supone “un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado”.

Estas consideraciones adquieren especial relieve cuando la situación de riesgo creado con el comportamiento imprudente afecta a bienes de primer interés, como es la vida de las personas, y cuando se está creando un peligro elevado para dichos bienes sin la adopción de las necesarias medidas de cuidado y control. Lo que no cabe duda, es que además de concurrir las notas de gravedad que se dejan expresadas, el recurrente mostró un total desinterés respecto a los bienes puestos en peligro y todo ello justifica plenamente la acertada calificación de la imprudencia como grave.

(...)

Sexto.—(...) Se argumenta que no existe el necesario nexo causal entre la imprudencia que hubiera podido cometer el acusado y el resultado de muerte sufrido por el trabajador a sus órdenes, en cuanto era tan evidente el riesgo que corría al utilizar unas varas metálicas en las proximidades de los cables de alta tensión que su fallecimiento fue consecuencia del negligente actuar de la propia víctima.

Aunque se exprese en otros términos, la defensa del motivo se fundamenta en sostener la ruptura del nexo causal por autopuesta en peligro por parte del trabajador fallecido o haber contribuido de manera decisiva a su muerte.

La cuestión planteada afecta al tipo objetivo y más concretamente a la imputación objetiva del resultado.

La teoría de la imputación objetiva es la que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En

este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1.º Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; 2.º Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal.

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

El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sos-

tenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la “autopuesta en peligro” o “principio de la propia responsabilidad”. Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva.

En la jurisprudencia esta problemática ha sido considerada en parte a través de la figura de la “compensación de culpas” en los delitos imprudentes. En este sentido la STS de 5 de noviembre de 1990 establece que “para calibrar la respectiva relevancia de las conductas intervinientes (...) habrá de tenerse en cuenta que si uno de los factores o condiciones se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la actuación de los demás intervinientes como accidental y fortuita...” Como resulta evidente que en los casos de autopuesta en peligro y, por consiguiente, de autorresponsabilidad del lesionado, la participación de un tercero no debe ser punible.

Ni una cosa ni otra puede afirmarse en el caso que examinamos y muy al contrario se presenta con evidencia que el resultado pro-

ducido —muerte del trabajador a sus órdenes— es la realización del peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la conducta del acusado.

No es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el riesgo existente, en el peligro ya creado previamente por el acusado al ordenarles trabajar en las proximidades de unos cables de alta tensión. Es el acusado y nadie más quien crea un peligro sobre la víctima que debería haber previsto, si hubiera adoptado las medidas de precaución y cautela exigibles y que le hubieran permitido tomar las medidas de seguridad imprescindibles para evitar el resultado, máxime cuanto se trata de un profesional de la construcción, con larga experiencia en obras como la que se estaba realizando, sin que sea de recibo pretender achacar a la propia víctima, un joven de dieciocho años y sin experiencia en trabajo alguno, el que no hubiera adoptado unas medidas de precaución que no le habían sido informados [sic] cuando tampoco estaba impuesto [sic] del riesgo que corría al realizar el trabajo encomendado.

Ni la víctima ha contribuido con una negligencia decisiva a la producción del resultado ni le puede ser aplicable el principio de la “autopuesta en peligro” ni de la “propia responsabilidad”.

Sentencia 1618/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 19 de octubre de 2000

ALCANCE DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN QUE DECLARA NO HABER LUGAR A LA NULIDAD DECRETADA POR EL TSJ EN LA APELACIÓN DE SENTENCIA DICTADA EN CAUSA CON JURADO.

Arts. 63.1.e) LOTJ; 901 LECrim.

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

SÍNTESIS

Casada la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia que anulaba la condenatoria recaída en causa con jurado y ordenaba la nueva celebración del juicio, se plantea el problema del alcance que ha

de darse a la sentencia de casación. Frente a la posibilidad de un mero reenvío al TSJ para que éste resuelva las impugnaciones de fondo pendientes, la Sala acoge la solución de resolver el objeto del recurso, es decir, la nulidad que fue acordada por la sentencia de apelación y recurrida ante la Sala.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia objeto de la presente censura casacional estima el primer motivo del recurso interpuesto por el Ministerio fiscal acordando la anulación del Juicio ante el Tribunal de Jurado que había absuelto a la acusada del delito de asesinato y la condena por un delito de homicidio por imprudencia. La sentencia recurrida en casación afirma, al estimar el recurso del Ministerio fiscal, que “así como los tribunales técnicos pueden condenar por un delito más leve del que se venía acusando, en los procedimientos seguidos por la LOTJ resulta evidente que esa condena por un delito de menor gravedad sólo puede tener lugar cuando o bien alguna de las partes lo haya solicitado de forma alternativa o subsidiaria o bien el Magistrado-Presidente, a la vista del resultado de la prueba así lo haya incluido en el objeto del veredicto”. (...)

La condenada por homicidio imprudente por el Tribunal del Jurado reacciona a la nulidad que se acuerda denunciando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva e insta la anulación de la Sentencia de la apelación al entender que no existió el defecto relevante en el procedimiento de deliberación y votación [art. 63.1.e)] que el Tribunal Superior de Justicia ha declarado. En el suplico de la formalización del recurso de casación solicita, además, que se dicte segunda sentencia suprimiendo de la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado la agravación de parentesco.

(...)

Del examen del veredicto, en el particular referido a la culpabilidad o inculpabilidad de la acusada por su participación en el

hecho delictivo en cuanto refiere que la acusada es culpable de la muerte de la recién nacida, no resulta la relevancia de un defecto en el procedimiento de deliberación y votación que suponga la nulidad del juicio, por lo que el motivo de impugnación se estima, procediendo casar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

Segundo.—Con la estimación de la impugnación no se resuelven los problemas que presenta este recurso. Nos encontramos ante una sentencia dictada por el Tribunal de Jurado contra la que se formalizó una impugnación “pro forma” y otra de fondo articulada por el Ministerio fiscal y la defensa. El Tribunal Superior de Justicia estima el primer motivo “pro forma”, acuerda la nulidad del enjuiciamiento y ordena su repetición, dejando imprejuzgadas, lógicamente, las cuestiones de fondo planteadas. Esta sentencia es, a su vez, recurrida en casación y el debate que se abre se contrae, esencialmente, al estudio de la nulidad acordada.

(...)

En este orden de cosas, hemos acordado la estimación del motivo y consecuentemente la validez del enjuiciamiento ante el Tribunal de Jurado, abriéndose una doble posibilidad. Primera, el reenvío al Tribunal Superior de Justicia para que, acordada la validez del juicio del Tribunal de Jurado, resuelva las impugnaciones que le fueron planteadas en la apelación. En segundo lugar, resolver el objeto del recurso, consecuentemente, lo que ha sido sometido al conocimiento de esta Sala, es decir, la declaración de nulidad que fue acordada por la Sentencia de la apelación y recurrida ante esta Sala. A lo que ha de añadirse el error de derecho por la declaración de concurrencia

de la circunstancia de parentesco en el delito de homicidio imprudente, que fue objeto de la apelación supeditada [art. 846 bis.b)] y que ha sido introducida en el debate casacional en el suplico del recurso formalizado.

Esta segunda alternativa es la que acogemos. En primer lugar, porque cualquiera de las soluciones que adoptemos ha de procurar la resolución del conflicto que comporta todo enjuiciamiento en un plazo razonable, lo que no se alcanzaría si propiciáramos un reenvío de la decisión al tribunal de la apelación con posterior impugnación casacional. Sobre todo, porque la técnica del reenvío sólo se dispone en nuestro ordenamiento procesal para los supuestos en los que declaramos la existencia de un vicio “in procedendo”, un quebrantamiento de forma, y no en los supuestos de los errores “in iudicando” que son resueltos por esta Sala cuando le han sido efectivamente planteados, poniendo fin definitivamente a la cuestión de-

ducida ante el Poder Judicial al que esta Sala pertenece como órgano jurisdiccional superior en el orden penal (art. 123 CE).

El objeto de la impugnación casacional se contrae al contenido de los escritos de formalización y el de impugnación en el que las partes pueden, y deben, expresar, respectivamente sus discrepancias con la Sentencia recurrida y con la impugnación e, incluso, reproducir ante esta Sala la disensión que en su día se articuló a través de la apelación realizada en previsión de una hipotética estimación del recurso planteado frente a una nulidad declarada. Así, de esta manera, satisfaremos los derechos e intereses de las partes en el enjuiciamiento y la necesidad de resolver definitivamente el objeto del proceso en un plazo razonable por los órganos jurisdiccionales del orden penal en el que, como se dijo, se integra esta Sala como órgano jurisdiccional superior.

Sentencia 1599/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 20 de octubre de 2000

HURTO DE USO DE VEHÍCULO DE MOTOR.

Art. 244 Código Penal

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

SÍNTESIS

Atipicidad del mero uso de vehículo de motor. Delimitación de las expresiones “sustracción” y “utilización” lo que en la práctica lleva a una amplia despenalización de conductas punibles según el Código Penal anterior.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) no estando acreditado más que el hecho de que el acusado utilizó el ve-

hículo conociendo su ilícita procedencia pero sin haber participado en la sustracción del mismo a su propietario, nos encontramos ante uno de los supuestos de utilización ilegíti-

ma sin sustracción despenalizados por el Legislador en el Código Penal de 1995.

(...)

Así por ejemplo la sentencia 862/1998, de 18 de junio, señala que “El art. 244 del Nuevo Código sustituye el verbo “utiliza” por “sustraer”, lo que deja fuera del tipo a quienes sólo disfrutan del vehículo, aun a sabiendas de su sustracción previa —Tribunal Supremo, Sentencia de 17 de febrero de 1998— pues el Nuevo Código no considera delito el mero uso del vehículo ajeno por suponer que no hay ánimo de lucro en tal hecho”.

El análisis del significado y consecuencias de la nueva redacción del precepto que sustituye “utilizar” por “sustraer” se encuentra extensamente realizado en las sentencias de esta Sala de 3 y 17 de febrero de 1998, a las que nos remitimos.

Cuarto.—(...) aun admitiendo que el acusado se hubiese encontrado el vehículo abandonado por los autores de la sustracción a su propietario, y lo hubiese utilizado pese advertir, por la existencia del “puente” en el cableado de ignición, que había sido previamente sustraído, no cabe extender a esta utilización con conocimiento de la ilícita procedencia la condición de nueva sustracción, pues nos encontramos, a lo sumo, ante una “apropiación indebida de uso” atípica en nuestro ordenamiento.

La conversión en sucesivas “sustracciones” de los supuestos posteriores de utilización del vehículo por quien no hubiese participado en la sustracción a su propietario, implica una interpretación del precepto que excede la significación usual y gramatical de la expresión sustracción (extraer algo de la disponibilidad de su titular), e interpreta extensivamente el tipo, por lo que no es compatible con el principio de taxatividad (art. 4.1 del Código Penal, “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”). Por otra parte, de este modo se equipara utilizar con sustraer, revitalizando el antiguo tipo

penal en contra de lo prevenido en la nueva redacción legal.

Este es el criterio expresado por la doctrina mayoritaria de esta Sala Sentencias de 3 de febrero de 1998, n.º 119/1998, 17 de febrero de 1998, n.º 198/1998, 18 de junio de 1998, n.º 862/1998, 16 de septiembre de 1998, n.º 1022/1998, 11 de diciembre de 1998, n.º 1575/1998, 27 de diciembre de 1999, n.º 1871/1999, 28 de enero del 2000 (n.º 66/2000), 12 de abril del 2000 (n.º 683/2999) o 14 de marzo del 2000 (n.º 484/2000), con alguna excepción menos significativa (sentencias 10 de junio de 1998 o 9 de julio de 1999), ya matizada (sentencias de 28 de enero, 24 de marzo y 12 de abril de 2000).

Quinto.—Como señala la reciente sentencia de 24 de marzo del 2000, “la que constituye doctrina general de esta Sala (sentencia 3 de febrero de 1998, 17 de febrero de 1998, 14 de marzo de 1998, 18 de junio de 1998 y 9 de marzo de 1999, entre otras muchas), se encuentra fundada en el uso del término “sustrajeron” que aparece en el art. 244 del Código Penal actual frente al de “utilizare” del art. 516 del Código Penal anterior. Con tal verbo definidor del tipo legal sólo cabe ahora condenar como autores de los delitos de hurto o robo de uso de vehículo a quienes intervinieron de algún modo en el momento inicial del apoderamiento de vehículo de motor ajeno, no a quienes lo condujeron u ocuparon en un momento posterior, conductas que ahora son atípicas porque el Legislador ha querido excluirlas de acuerdo con el principio de intervención mínima, que actualmente constituye uno de los rectores del Derecho Penal y que es utilizado con frecuencia para excluir las condenas penales en casos de ilicitudes menores”.

Sexto.—Es probable que el Legislador no valorase suficientemente la problemática probatoria derivada de la nueva redacción del tipo delictivo. La práctica procesal indica que en la mayoría de los supuestos los autores de estos hechos son detenidos cuan-

do conducen o circulan en el vehículo sustraído estando acreditada la utilización, aprovechamiento o disponibilidad del mismo, pero no su intervención en la sustracción a su propietario. Ordinariamente sólo resulta factible acreditar esta intervención, en supuestos excepcionales de confesión o en aquellos otros en que la acentuada proximidad entre la detención y la sustracción del vehículo u otros indicios suficientes, permiten inferir racionalmente con suficiente garantía la participación de los usuarios del vehículo en el apoderamiento del mismo. Ello conduce, en la generalidad de los casos, a la impunidad no sólo de los meros usuarios, como pretendía el legislador, sino también de los partícipes en la sustracción inicial, participación que no resulta acreditada.

Séptimo.—Ahora bien si la nueva redacción del tipo ha generado lagunas de impunidad o deficiencias en la tutela penal del bien jurídico que se deseaba proteger ello debe determinar la oportuna reflexión, y eventual corrección, en sede legislativa. No puede el intérprete sustituir dicha función esencial por la interpretación extensiva del tipo, más allá de los límites permitidos por el principio de legalidad. Si el legislador ha sustituido “utilizar” por “sustraer”, únicamente cabe sancionar aquellos casos en que la intervención en la sustracción queda acreditada, directa o indiciariamente, pero no convertir los supuestos de utilización en sustracción por la vía de presumir que todos los casos de utilización con conocimiento de la procedencia ilícita equivalen a una sustracción, bien inicial o bien sucesiva.

Sentencia 727/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 23 de octubre de 2000

PREVARICACIÓN.

Art. 404 Código Penal

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

SÍNTESIS

Doctrina general en torno a los elementos concurrentes en el delito de prevaricación administrativa, de conformidad con la jurisprudencia más reciente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—La más reciente jurisprudencia de esta Sala —SS. de 20 de abril de 1995, 1 de abril de 1996, 23 de abril de 1997, 27 de enero de 1998, 23 de mayo de 1998, 18 de

mayo de 1999 y 2 de noviembre de 1999— ha sistematizado los requisitos que son necesarios para que se entienda cometido el delito de prevaricación administrativa hoy previsto en el art. 404 CP —dictar, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en

asunto administrativo— resumiéndolos en cuatro fundamentales: A) Desde el punto de vista del sujeto activo, éste debe ser una autoridad o funcionario público, debiendo acudir al art. 119 CP 1973 o al 24 CP 1995, según los casos, para encontrar la definición de autoridad o funcionario público que a tal efecto ha de ser tenida en cuenta. B) El funcionario o autoridad debe haber dictado una resolución que se repute contraria a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder. C) No es suficiente, sin embargo, que una resolución administrativa sea contraria a derecho para que su emisión constituya un delito de prevaricación. El control de legalidad de los actos de la Administración corresponde básicamente a la jurisdicción contencioso-administrativa y no tendría sentido, desde la conceptualización del derecho penal como última “ratio”, una sistemática criminalización de los actos administrativos que no fuesen adecuados a derecho o implicasen desviación de poder. Para que la resolución se constituya en elemento objetivo de la prevaricación es preciso que sea “injusta” y la injusticia supone un “plus” de contradicción con el derecho que es lo que justifica la intervención del derecho penal. En los últimos tiempos, la jurisprudencia de esta Sala ha dicho reiteradamente que tan sólo cabe considerar injusta una resolución administrativa, a efectos de declararla penalmente típica, cuando la ilegalidad sea “evidente, patente, flagrante y clamorosa”. El CP 1995 se ha situado en la misma línea restrictiva al asociar, en el art. 404, la injusticia con la arbitrariedad, nota de la que, por cierto, se ha prescindido en la definición de la prevaricación judicial. Pero no sería del todo exacto decir que, con tal asociación de injusticia y arbitrariedad, se ha limitado la nueva ley a ratificar la última doctrina elaborada por esta Sala en torno al art. 358 CP derogado. La identificación de la injusticia

de una resolución administrativa con la evidencia de su ilegalidad pone el acento en el dato, sin duda importante, de la fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto con el derecho. Sin perjuicio de ello, el art. 404 CP vigente ha puesto el acento en el dato, más objetivo y seguro, de la arbitrariedad en el ejercicio del poder, proscrita por el art. 9.3 CE. Se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida caprichosamente en fuente de una norma particular. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución —por no tener su autor competencia legal para dictarla— o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis. D) Por último, para que se cometa el delito de que tratamos, se requiere además que la autoridad o funcionario actúe “a sabiendas” de la injusticia de la resolución que dicta, lo que no sólo elimina del tipo la posible comisión culposa sino también seguramente la comisión por dolo eventual. La exigencia de este elemento subjetivo cualificado no puede llevar, naturalmente, a la llamada “subjetivización” de este delito, que ha sido desechada en la S. de 15 de octubre de 1999 en relación con la prevaricación judicial, pero no puede menos de ser ponderada cuando se trata de una prevaricación administrativa cuyo presunto autor puede no ser un jurista. Se cometerá, pues, el delito de prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo conciencia de que actúa al margen del ordenamiento jurídico, en lo sustancial y/o en lo adjetivo, y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere producir dicho resultado y antepone esta voluntad al deber de atenerse a los mandatos de la ley.

Sentencia 1614/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 23 de octubre de 2000

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN.

Arts. 787.1 y 848 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell**

SÍNTESIS

La Sala declara la indebida admisión a trámite del recurso de casación por haberse deducido contra una resolución no susceptible de recurso: un auto de una Audiencia estimatoria de un recurso de queja que declaró la improcedencia de la continuación del procedimiento abreviado contra los recurrentes, pero sin declarar el sobreseimiento libre por no ser éste el momento procesal oportuno para hacerlo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—Se presenta en este recurso una cuestión que es necesario resolver con precedencia a cualquiera otra de las que formulan las partes, y es la de aclarar si la resolución objeto de recurso es susceptible o no de ser recurrida en casación. Los autos dictados, como en el presente caso, por las audiencias, según ordena el artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han de tener el carácter de definitivos, es decir que han de poner fin al procedimiento que no podrá continuarse después, y contra ellos está restringida la posibilidad de recurso a los casos en que la Ley los autorice de modo expreso y tan sólo procederá por infracción de Ley. Aclara el mismo artículo en su párrafo segundo que se entenderán definitivos los autos de sobreseimiento libre que se acuerden por entenderse no ser los hechos constitutivos de delito y cuando alguna persona estuviera procesada como posible culpable. Una doctrina ya pacífica de esta Sala

viene entendiendo que, a efectos de aplicar el mencionado segundo párrafo del artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los procesos seguidos por las normas del procedimiento abreviado, la inculpación ha de asimilarse al procesamiento, porque, de otro modo, nunca podrían ser recurribles en casación los sobreseimientos libres que en tal forma de proceso se acordaran (sentencias, entre otras, de 21 de mayo de 1993 y 18 de noviembre de 1998). Con tal posible excepción, la regla general para el procedimiento abreviado en materia de recursos está expresada en el artículo 787.1, contra los autos del juez de instrucción y del juez de lo penal que no estén exceptuados de recurso, sólo cabe ejercitar el de reforma y, tras la desestimación de éste, el de queja, limitándose el de apelación a los casos que expresamente se señalan en el mismo título regulador del procedimiento abreviado.

Veamos cómo se aplican los criterios precitados en el presente caso. Contra la inculpación de una serie de personas, miembros

de la Junta de Gobierno del Colegio de Farmacéuticos de Valladolid, estos, declarados imputados, interpusieron recurso de reforma y, tras la denegación de la solicitada, el de queja, resuelto por auto de la Audiencia Provincial de Valladolid que lo estimó, declarando improcedente la continuación del procedimiento y contra el que se ha alzado el presente recurso de casación por las partes que ejercitan en el proceso la acción particular (...).

Debe comprobarse si en el presente caso concurren todos los requisitos para que se pudiera interponer el recurso de casación y, en efecto, parece que el contenido de la parte dispositiva del auto dictado por la Audiencia Provincial de Valladolid resolviendo el recurso de queja, pueda dar lugar al cierre definitivo del procedimiento, en el que están imputados los recurrentes en queja. Sin embargo no se declara el sobreseimiento libre. La diferencia que ello determina es relevante porque la posibilidad de dictar auto de sobreseimiento posteriormente, en la continuación de la tramitación, está recogida repetidamente en el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: primero al darse un plazo común de cinco días al fiscal y a las acusaciones para que soliciten la apertura del juicio oral formulando escritos de acusación o para solicitar el sobreseimiento de la causa, que, si es solicitado por ambos, ha de acordar el juez aunque con ciertas posibilidades de buscar antes quien pudiera mantener la acusación, y también podrá después el mismo juez acordar el sobreseimiento, entre otras razones, por entender que se da el supuesto del número 2 del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir aunque alguna de las partes acusadoras solicite la apertura del juicio oral.

En tales casos, si el sobreseimiento fuera libre por entenderse que los hechos no son constitutivos de delito y hubiera personas imputadas, sí podría darse una situación si-

mililar a la del párrafo segundo del artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que podría dar paso a la casación, aunque con una limitación a tener en cuenta, y es que se pueda ya saber si el conocimiento de la causa va a corresponder al Juez de lo Penal o a la Audiencia Provincial. Precisamente en el mismo auto en que el juez acuerde la apertura del juicio oral habrá de señalar cuál sea el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa (artículo 790.6 cuarto párrafo). La diferencia de órgano judicial que haya de juzgar contribuye a concretar la posibilidad de casación porque, en efecto, si el órgano judicial competente para resolver es el Juez de lo Penal, como su resolución final es susceptible sólo de apelación pero no de casación, no podrá en tal caso el previo sobreseimiento libre, por entenderse que los hechos no constituyen delito, alcanzar a ser objeto de casación, mientras que sí lo será tal clase de sobreseimiento cuando la causa haya de ser conocida y resuelta por una Audiencia Provincial de cuya resolución no cabe alzarse en apelación pero contra la que sí cabe casación (sentencias de esta Sala de 5 de mayo de 1997 y 8 de julio de 1998).

En definitiva, cuando aún no se ha resuelto en la presente causa sobre un posible sobreseimiento libre, todavía no acordado, y que podrá ser objeto de casación o no según cuál pueda ser el órgano decisivo competente, no es posible admitir que la resolución en queja acordada reúne los requisitos para ser susceptible de recurso de casación por lo que hay que declarar mal admitido el presente recurso y procede devolver la tramitación de la causa al momento inmediatamente posterior a dictarse el auto resolutorio del recurso de queja, que se ha pretendido recurrir en casación, lo que, a su vez determina la improcedencia de someter a consideración cualquiera de los motivos formulados por los recurrentes.

Sentencia 1077/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de octubre de 2000

APELACIÓN DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO.

Arts. 846 bis.c) apartado b) LECrim.; art. 3.º LOTJ

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

SÍNTESIS

Se exponen con claridad los límites de las facultades del Tribunal de apelación en la revisión de los hechos declarados probados por el Tribunal del Jurado, límites claramente traspasados en el caso de autos, lo que impone la casación y anulación de la sentencia de apelación y consiguiente firmeza de la dictada en su día por el Tribunal del Jurado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia dictada por el Presidente del Tribunal del Jurado condenó al acusado como autor del delito de asesinato de una joven tipificado en el art. 406.1 y 5 (alevosía y ensañamiento) del Código Penal 1973, concurriendo la agravante de abuso de confianza y la atenuante de arrepentimiento espontáneo.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto, sustituyendo dicha condena por otra en la que se califican los hechos como delito de homicidio, con las mismas circunstancias de abuso de confianza y arrepentimiento espontáneo.

Los tres primeros motivos del recurso de casación interpuesto por la representación de los padres de la joven víctima del delito —apoyados parcialmente por el Ministerio Fiscal— alegan vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e infracción de ley, por aplicación indebida del

tipo delictivo de homicidio y no de asesinato.

Segundo.—Comenzando por este último motivo, su estimación se impone dado que la sentencia de apelación, al no incorporar relato fáctico alguno, mantiene necesariamente la vigencia de los hechos que fueron declarados probados por el Tribunal del Jurado, y en los mismos resulta clara la concurrencia de las circunstancias de alevosía y ensañamiento, como el propio Tribunal de apelación reconoce expresamente.

(...)

Tercero.—El motivo de apelación definido como infracción de precepto legal en la calificación de los hechos [art. 846 bis.c) apartado b) de la LECriminal] equivale al motivo casacional de infracción de ley prevenido en el art. 849.1.º de la LECriminal y permite controlar en apelación la congruencia jurídica entre los hechos declarados probados por el Colegio de Jurados —que deben respetarse en este motivo de apelación salvo en lo que contengan juicios de infe-

rencia irracionales o arbitrarios— y el fallo de la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente.

Si el Tribunal no aprecia —dados los hechos probados— infracción legal alguna, no cabe modificar la calificación jurídica establecida en la sentencia de instancia, a no ser que, excepcionalmente, se sustituya el relato fáctico —a través de otro motivo de impugnación diferente— por un relato fáctico alternativo elaborado por el Tribunal de Apelación, lo que no se ha hecho en este caso pues la sentencia dictada en apelación —cuya casación se interesa— no contiene ningún relato fáctico alternativo que pueda sustituir en el juicio de congruencia a los hechos declarados expresamente probados por el Jurado.

Procede, en consecuencia, la estimación de este motivo de recurso, restableciendo la calificación jurídica obrante en la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, que es la congruente con el relato fáctico.

Cuarto.—Cabría alegar que aun cuando el Tribunal de apelación no modifique expresamente el relato fáctico, sí lo hace tácitamente al estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación del condenado, considerando en el fundamento jurídico sexto que a su juicio no han quedado debidamente acreditados los elementos fácticos determinantes de la apreciación de las circunstancias de alevosía y ensañamiento.

Pero en ese caso ha de concluirse igualmente que la sentencia impugnada debe ser casada por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que origina indefensión, motivo segundo del recurso de casación apoyado por el Ministerio Fiscal, aun cuando desde una perspectiva no coincidente con la fundamentación del recurso realizada por la parte apelante.

En efecto se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y se origina indefensión a la parte afectada, si se modifica la calificación jurídica de la sentencia dictada por el

Tribunal del Jurado en función de un nuevo relato fáctico que no se explicita, y que en consecuencia no permite a la parte recurrente impugnarlo por infracción de ley al no resultar posible efectuar el juicio de congruencia entre el relato fáctico y el fallo cuando falta totalmente la primera de dichas premisas.

(...)

Quinto.—Por otra parte el Tribunal de apelación al estimar que a su juicio no han quedado acreditadas las bases fácticas de la alevosía y el ensañamiento, excede notoriamente sus competencias, pues suplanta al Jurado en su función exclusiva de valoración de la prueba practicada en su presencia.

(...)

En términos de nuestra Jurisprudencia (STS 20 de septiembre de 2000, Sentencia 1443/2000) el Tribunal encargado de la impugnación puede controlar el respeto a la presunción de inocencia comprobando si existió actividad probatoria, si ésta fue regularmente obtenida, si tiene un sentido razonable de cargo y si la deducción que el Tribunal obtiene de la inmediación responde a criterios lógicos y de razonabilidad expresados en la sentencia.

Ahora bien los límites esenciales de su revisión se encuentran en el respeto al principio de inmediación y, como consecuencia de ello, a la potestad exclusiva del órgano sentenciador para la valoración en conciencia de la prueba practicada en el juicio oral (STS 31 de mayo de 1999 —n.º 851/1999— y 20 de septiembre de 2000, dictadas ambas en relación con el Tribunal del Jurado).

En consecuencia el Tribunal de apelación extravasa su función de control cuando realiza una nueva valoración —legalmente inadmisibile— de una actividad probatoria que no ha percibido directamente, quebrantando con ello las normas del procedimiento ante el Jurado (art. 3.º LOTJ) así como del procedimiento ordinario (art. 741 LECriminal), de las que se deduce que es el Tribunal que ha presenciado el Juicio Oral el que debe valorar la prueba, racionalmente y en

conciencia. Concretamente no puede el Tribunal de apelación revisar la valoración de pruebas personales directas practicadas ante el Jurado (testificales, periciales o declaraciones de los imputados o coimputados) a partir exclusivamente de su fragmentaria documentación en el Acta, vulnerando el principio de inmediación, o ponderar el valor respectivo de cada medio válido de prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Jurado por la suya propia.

Sexto.—En el supuesto actual el Tribunal de apelación estima que debe mantenerse en esta función de control externo en lo que se refiere a la concurrencia de los he-

chos determinantes de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, (agravante de abuso de confianza o atenuante de arrepentimiento espontáneo). Por el contrario en lo que se refiere a la alevosía y al ensañamiento, en cuanto ambas circunstancias determinan la aparición de un tipo delictivo distinto (asesinato, en lugar de homicidio) el Tribunal de apelación considera que las posibilidades de examen por la Sala son más amplias (f.j. 6.º). Este criterio no se puede compartir pues los límites de las posibilidades de revisión del relato fáctico a través de los principios constitucionales de presunción de inocencia e interdicción de la arbitrariedad son los mismos en uno u otro caso.

Sentencia 1657/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de octubre de 2000

IMPUTACIÓN EXTEMPORÁNEA NO GENERADORA DE INDEFENSIÓN.

Art. 789.4.º LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Pese a constatar la omisión en la fase de diligencias previas del trámite de imputación exigido por el 789.4.º LECrim. y no cumplido en el momento procesal oportuno sino tras el auto elevando las actuaciones a procedimiento abreviado, la Sala lo califica únicamente de mera irregularidad formal que no ha causado un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El segundo motivo se formula al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la defensa consagrado en el art. 24.2 CE. El motivo se fundamenta en

dos alegaciones, por una parte “por haberse omitido en la fase de Diligencias Previas el trámite de imputación” contra los acusados, y, además, por la absoluta falta de motivación del Auto dictado por el Instructor por el que se acordaba seguir el trámite del Proce-

dimiento Abreviado, habiéndose vulnerado de esta forma los derechos de defensa y de tutela judicial efectiva de los acusados.

Por lo que se refiere a la primera censura, el recurrente insiste en el desarrollo del motivo en que los que posteriormente fueron condenados “debieron conocer en la fase de Diligencias Previas de qué se les acusaba para que no se hubiese producido la indefensión que se ha sufrido”. Pues bien, siendo cierto que en el caso presente la imputación no tuvo lugar durante la tramitación de las Diligencias Previas, como prescribe el art. 789.4.º LECr., sino que tal imputación se formalizó una vez elevadas las actuaciones a Procedimiento Abreviado (folio 28), será preciso comenzar el análisis de este supuesto recordando la doctrina jurisprudencial al respecto, subrayando que ya la STC 152/1993, de 3 de mayo, señala que “es doctrina consolidada de este Tribunal (SSTS 135/1989 y 186/1990 y reiterada en las SSTC 128/1993 y 129/1993) la de que la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva una triple exigencia: a) en primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, (...) b) en segundo y, como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haber-

le permitido su exculpación en la “primera comparencia”, contemplada en el art. 789.4.º LECr.; y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (art. 118.1.º y 2.º LECr.) ya que 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 LECr.), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría de estimarse contraria al art. 24 CE y, por ende, acreedora de la sanción procesal de nulidad (véanse SSTS de 31 de octubre de 1994 y 15 de noviembre de 1995, entre otras).

(...)

Cuarto.—(...) En el supuesto que analizamos, hemos examinado las actuaciones en ejercicio de la facultad que nos concede el art. 899 LECr., y hemos podido constatar que el Juez de Instrucción procedió a incoar Diligencias Previas tras la recepción del Atestado instruido por la Guardia Civil, limitándose en esa fase instructora a recabar una serie de informes médico-forenses y de facultativos sobre las lesiones sufridas por la víctima, elevando seguidamente los autos a Procedimiento Abreviado sin haber cumplimentado en la fase previa instructora lo establecido en el citado art. 789.4. Pero también hemos comprobado que a partir de esa resolución judicial, y a excitación del Ministerio Fiscal, el Juez citó de comparencia y tomó declaración a los recurrentes en calidad de imputados, informándoles de todos sus derechos en los términos prevenidos en el repetido art. 789.4 (folios 119, 133 y

135), a quienes previamente se les había dado conocimiento de todas las resoluciones adoptadas con anterioridad (folios 124 y 125), procediendo de seguido a practicar una prolija instrucción con diligencias de testificales, periciales y documentales varias, en la que tuvo activa participación la defensa de los imputados en condiciones de igualdad con las partes acusadoras, fase que concluyó con la formalización por éstas de sus escritos de acusación (folios 321 y 326) y con el Auto de apertura del Juicio Oral (folio 328).

Quiérese decir que, si bien es cierta la irregularidad formal que se denuncia, no lo es menos que dicha deficiencia no ha tenido repercusión en el ejercicio de defensa de los acusados, puesto que, aunque no lo hubiera sido en el momento procesal previsto por la norma, aquéllos fueron acusados por el Fis-

cal y la acusación particular después de haber sido oídos por el Juez de Instrucción, y, desde luego, después de haber sido declarados judicialmente imputados, y sin que la referida anomalía haya mermado realmente las posibilidades de defensa de aquéllos, tanto antes como después de la apertura del juicio oral que, como hemos verificado, pudieron ejercer en toda su plenitud e integridad. De hecho, lo ocurrido, no es otra cosa sino que la fase de instrucción del proceso se llevó a cabo —con todas las garantías— no en las Diligencias Previas sino en la fase de preparación del Juicio Oral, pero sin que tal irregularidad formal —repítase— haya ocasionado un “menoscabo real y efectivo” del derecho a la defensa de los hoy recurrentes, que es lo que constituye la indefensión que se denuncia como fundamento de la censura casacional.

Sentencia 1639/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 26 de octubre de 2000

ABORTO TERAPÉUTICO. ERROR VENCIBLE DE PROHIBICIÓN.

Art. 417 bis Código Penal 1973; art. 14 Código Penal 1995.

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

SÍNTESIS

Se analiza la normativa relativa al aborto terapéutico concluyendo la exigencia de que el informe sea emitido por médico especialista, no siendo suficiente con el debido a un psicólogo. Por otra parte, la sentencia establece criterios para determinar la evitabilidad o no del error de prohibición.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Los recurrentes sostienen su oposición a la tipicidad de la conduc-

ta sobre la base de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Orden de 31 de julio de 1985, sobre práctica del aborto en Centros o Establecimientos Sanitarios, entendiendo que el in-

forme sobre la salud psíquica de la embarazada puede ser emitido por un psicólogo.

Examinada la Orden mencionada se puede comprobar que lo único que en ella se expresa es que en los centros o establecimientos sanitarios autorizados para la práctica de abortos se constituirá una Comisión de Evaluación, con las funciones de facilitar el cumplimiento de lo previsto en la Ley, informar y asesorar sobre los problemas o dificultades que puedan presentarse y recoger la información y estadística, con respeto siempre a la confidencialidad de los casos concretos. Y entre los miembros de dicha Comisión se menciona a un Psiquiatra o un Psicólogo.

Esa Orden, en los términos en que está redactada, en modo alguno discrepa de lo que se dispone en el apartado 1.1.^a del artículo 417 bis del Código Penal, lo que en todo caso resultaría inviable por el diferente rango normativo. Ciertamente, de ningún modo puede sostenerse, como pretende el recurrente que la citada Orden permita sustituir al médico especialista por un psicólogo a los efectos de emitir dictamen sobre el grave peligro que la continuación del embarazo representa para la salud psíquica de la mujer embarazada. Los cometidos que vienen atribuidos a esa Comisión de Evaluación vienen delimitados en la Orden citada y nada se dice sobre un extremo tan importante como es el especialista que debe emitir el dictamen preceptivo para el caso de aborto en el que concurra la indicación terapéutica, especificación que sí viene expresamente recogida en el artículo 417 bis del Código Penal de 1973 como en el artículo 6.º del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios Acreditados y Dictámenes Preceptivos para la Práctica Legal de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. En ambas disposiciones se consideran acreditados para emitir el dictamen a los médicos de la especialidad correspondiente, siendo de resaltar que este Real Decreto 2409/1986 deroga expresamente la Orden de 31 de julio de 1985.

Y el Real Decreto 2490/1998, de 20 de noviembre, por el que se crea y regula el título oficial de Psicólogo Especialista en Psicología Clínica, independientemente de que no habilitaría a la psicóloga que emitió el informe cuestionado con una titulación de la que carecía cuando emitió su dictamen, tampoco tiene el alcance, como asimismo pretende el recurrente, de modificar el requisito expresamente consignado en el artículo 417 bis del Código Penal y artículo 6.º del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, que exige que sea un médico especialista el que emita el dictamen sobre grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer embarazada. Ello sin que esta Sala pueda cuestionar la capacidad de los Psicólogos y con mayor razón los que son especialistas en Psicología clínica para emitir un informe sobre la salud psíquica de una persona. El legislador ha señalado los requisitos que deben concurrir para que el aborto no sea punible y el aplicador del derecho, en este caso, el juzgador, está sometido al principio de legalidad en orden a los presupuestos expresamente consignados en la Ley como sucede, respecto a este requisito, en el artículo 417 bis del Código Penal. Está en juego la presencia de un interés tan relevante como es la salud psíquica de la madre que entra en colisión con otro no menos relevante como es la vida del feto y el legislador ha querido garantizar con una titulación específica el acreditamiento de que ciertamente existe ese grave peligro para la madre que justifica la no punibilidad del aborto.

En este caso, no se cumple, pues, el requisito expresamente consignado en el artículo 417 bis del Código Penal de 1973 de que el dictamen sea emitido por médico especialista distinto del que realiza la intervención, requisito que no ha perdido su vigencia por las disposiciones que se señalan en el presente motivo, siendo correctos los razonamientos expresados por el Tribunal sentenciador sobre la necesidad de que sea un médico especialista el que emita el dictamen.

(...)

Tercero.—(...) La posición mayoritaria de la doctrina atribuye a las indicaciones recogidas en el artículo 417 bis del Código Penal la naturaleza de causas de justificación.

Los recurrentes invocan una representación errónea sobre la existencia de la situación objetiva que permitía practicar un aborto por indicación terapéutica al correr peligro grave la salud psíquica de la madre.

(...)

Así las cosas, procede examinar si esa representación errónea de los acusados sobre la licitud del aborto practicado era invencible o vencible.

Invencible es el error cuando el sujeto no hubiera podido evitarlo. Igualmente se puede afirmar que el error es inevitable cuando el sujeto no ha podido obrar de otra manera.

Si el sujeto ha podido evitar el error supone que su capacidad de culpabilidad, es decir su posibilidad de obrar de acuerdo a derecho no ha desaparecido, en todo caso puede haber disminuido. De ahí que el Código Penal, conforme a esta orientación, mantiene el actuar doloso y castiga los supuestos de error vencible sobre la ilicitud del hecho con la pena inferior en uno o dos grados.

No es sencillo establecer los criterios para diferenciar un error evitable del que no lo es. Varias posiciones se han manifestado en la doctrina. Puede sostenerse que la evitabilidad del error depende de que el sujeto haya tenido razones para pensar en la antijuricidad de su conducta y haya podido esclarecer esas dudas sobre la concreta situación jurídica a la que se enfrenta, especialmente en casos como el que ahora examinamos referido a actividades especialmente reguladas.

Y los medios idóneos para despejar esas dudas, conforme a doctrina mayoritaria, consistirán en acudir a fuentes de informa-

ción adecuadas y fiables, entre las que no se debe excluir la jurisprudencia constituida por las decisiones judiciales que se hubiesen pronunciado sobre la cuestión jurídica planteada.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, como se señaló con anterioridad, los acusados tuvieron que representarse la ilicitud del aborto y respecto a la indicación terapéutica de exclusión de la punibilidad, igualmente eran conscientes de que el Código Penal exigía para emitir el dictamen, sobre la salud psíquica de la madre que pudiera colisionar con el derecho a la vida del feto, que dicho informe debe ser emitido por un médico de la especialidad. Se preguntaron, eso es lo que alegan los recurrentes, si el informe emitido por un psicólogo era suficiente para llenar el requisito previsto expresamente por el legislador del Código Penal y en esa pregunta van implícitas las razones para pensar en la antijuricidad de sus conductas. Y lo que no cabe duda es que a pesar de haber solicitado una aclaración al Ministerio de Justicia lo cierto es que no esperaron a la respuesta definitiva, ni tuvieron en cuenta las normas específicas en una actividad especialmente regulada ni atendieron a los pronunciamientos judiciales sobre este particular.

En consecuencia, en este caso, el error de prohibición en el que los recurrentes dicen haber incurrido, era evitable, dado que conocían las normas reguladoras de su actividad profesional, tuvieron razones para pensar en la antijuricidad de sus conductas y no esperaron la respuesta de una fuente de información jurídica fiable ni atendieron a los pronunciamientos de la jurisprudencia.

Así las cosas, procede aplicar el número 3.º del artículo 14 del vigente Código Penal, que se corresponde con el párrafo tercero del artículo 6.º bis.a) del Código derogado y procede imponer a estos dos recurrentes la pena inferior en un grado.

Sentencia 1666/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 27 de octubre de 2000

VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO.

Arts. 24 CE; 96.2.2.ª, 99, 102 y 104 Código Penal

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

SÍNTESIS

La Sala considera vulnerado el principio acusatorio al imponer, la sentencia de instancia, al condenado una medida de seguridad (internamiento en centro de deshabitación) no debatida en el plenario ni solicitada en las conclusiones del Fiscal, única parte acusadora.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el motivo único del recurso y al amparo del art. 5.4 de la LOPJ se denuncia infracción del art. 24 CE “por vulneración del principio acusatorio” que rige en nuestro proceso penal y que impide que el Tribunal aplique una medida de internamiento en un centro de deshabitación “de motu proprio”, sin que lo haya solicitado el Ministerio Fiscal o alguna de las acusaciones.

(...)

Segundo.—En el informe psicológico del Hospital General Universitario “Gregorio Marañón” se detectó en el acusado una importante depresión con gran angustia y ansiedad y graves trastornos de personalidad con ideas paranoides con las personas que se relaciona y trastornos de conducta importantes, detectándose también que no poseía mecanismos de control de sus impulsos agresivos, encontrándose durante la entrevista muy crítico y poco motivado con los tratamientos desde la idea que él era su propio terapeuta y director de sus pautas. (...)

Ello permitió a la Sala de instancia tenerlo en cuenta para apreciar muy correcta y fundadamente la eximente incompleta de drogadicción, porque se había introducido en el plenario al proponer la defensa prueba pericial sobre esa cuestión. Lo mismo hubiera sido necesario que se hiciera con la medida de seguridad de internamiento en un centro de deshabitación, conforme con la doctrina reiterada de esta Sala que ha declarado en muchas ocasiones lo beneficioso que resulta tanto para el condenado como para la sociedad que así se haga, de acuerdo con el sistema vicarial vigente, pero introduciéndolo “de algún modo en el debate del juicio oral..... para que el Tribunal de instancia tenga oportunidad de acordar su aplicación...” (SS. 1645/1999, de 22 de noviembre, 509/2000, de 27 de marzo y 641/2000, de 31 de marzo).

(...)

Tercero.—(...) El carácter indisponible del “ius puniendi” y la vigencia de los principios de oficialidad y legalidad singularizan la jurisdicción penal respecto a las demás, pero no hasta el punto de permitir un

desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones para diseñar el objeto procesal y acotar el perímetro de la contienda, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, para incurrir así en vicio de incongruencia (SSTC 15/1987, 116/1988 y 40/1990 entre otras).

“El debate procesal —dice la STC 95/1995 citando el F.J.2 de la STC 205/1989 que, a su vez había reiterado la STC 161/1994—, vincula al juzgador impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración por la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse”.

El respeto al principio acusatorio, a pesar de su omisión textual en el art. 24 CE constituye, en suma, una exigencia constitucional en cualquier tipo de proceso penal (SSTC 11/1992, 83/1992 y 358/1993, entre otras).

Cuarto.—En las primeras sentencias del TC dictadas durante la vigencia del anterior sistema dualista de penas y medidas de seguridad —representado por la Ley 16/1970 y derogado por la LO 10/1995— ya se advertía que en la práctica “sólo formalmente se distinguía la condena penal” de la medida y que ésta podía consistir en privación de libertad, impuesta anticipadamente a la pena que pudiera corresponder al delito, lo que daba lugar, si después recaía condena penal, a que un solo hecho diera lugar a dos procedimientos y, en consecuencia, a dos sanciones lo que infringía el principio “non bis in idem” y, en definitiva, el principio de legalidad consagrado en el art. 25 CE (SSTC 159/1985, de 27 de noviembre F.J. 2

23/1986, de 14 de febrero F.J. 2, y 21/1987, de 19 de febrero F.J.1).

El sistema vicarial vigente ha superado aquellos defectos pero las medidas de seguridad, ahora muy acertadamente de forma alternativa con la pena, pueden seguir consistiendo en privación de libertad con internamiento en centro de deshabitación (art. 96.2.2.ª, 99, 102 y 104 del CP como sucede en este caso); no son, desde luego, pena en sentido estricto ni principal (art. 33), ni accesoria (arts. 54 a 57) ni tampoco su consecuencia accesoria (arts. 127, 125 y 129) y su fundamento no es un delito sino la peligrosidad criminal, aunque ésta se exterioriza por la comisión de aquél. En consecuencia, sólo pueden imponerse en sentencia firme tras el correspondiente proceso con todas las garantías (art. 24 CE y 3 del CP), tanto para la imposición de la pena como de la medida que, aunque de fundamento distinto, están orientadas al mismo fin señalado en el art. 25 CE y afectan ambas al valor superior de la libertad protegida por el art. 17 CE porque, en definitiva, ambas se acuerdan en una misma sentencia y ésta es la que constituye, como dice la STC 78/1998, el título legítimo de privación de ese derecho fundamental.

Quinto.—En el caso enjuiciado, por todo lo expuesto, ha de prosperar el recurso interpuesto, por vulneración del principio acusatorio y de contradicción de un proceso con todas las garantías reconocidas en el art. 24 de la CE, al haberse impuesto al condenado, como medida de seguridad, internamiento en centro de deshabitación por un periodo máximo de siete años sin haberse debatido en el plenario, ni solicitado en sus conclusiones por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora.

Sentencia 1700/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 3 de noviembre de 2000

AUTO DE ACLARACIÓN.

Art. 267 LOPJ

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

SÍNTESIS

Se expone la doctrina general sobre la naturaleza y límites del llamado recurso de aclaración, traspasados en el caso analizado, lo que lleva a la Sala a anular el auto aclaratorio restituyendo la sentencia de instancia a su primigenia redacción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL)

Motivo Único.—El Ministerio Fiscal formula el único motivo de su recurso al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española, por modificarse la sentencia inicialmente dictada el 5 de mayo de 1999 y notificada al Ministerio Fiscal, por auto aclaratorio de 25 de mayo de 1999 interesado por uno de los condenados José Luis A.P. Dicho auto, a juicio del recurrente, va más allá de lo legalmente establecido y varía el contenido de la sentencia, lesionando el derecho a la tutela judicial efectiva del Fiscal, causándole indefensión.

(...)

El recurso del Ministerio Fiscal por su evidente solidez ha de prosperar.

A) Es doctrina consolidada de esta Sala que el Ministerio Fiscal tiene legitimación para invocar en casación la vulneración de

derechos fundamentales y , en concreto, el de la tutela judicial efectiva, no sólo por sus acuerdos plenarios no jurisdiccionales de 9 de marzo de 1993 y 27 de febrero de 1998 sino en numerosas sentencias, entre otras la de 22 de enero de 1998 y 6 de febrero de 1996. Las de 11 de octubre de 1993 y 14 de abril de 1994 se la reconocieron expresamente para instar la nulidad de los actos procesales que lesionen sus intereses de parte sobre la base de los preceptos de la LOPJ, en especial el art. 240.1. En el mismo sentido se ha pronunciado constantemente el TC en numerosas ocasiones por el carácter prevalente de la defensa del interés público que al Fiscal le atribuye el art. 124 CE, así como la defensa de los derechos de los ciudadanos, tanto por vía de sustitución, en casos determinados , como directamente, con carácter general, en defensa de la sociedad. (SSTC 65/1983 y 86/1985).

B) El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no consiente que los órganos jurisdiccionales puedan revisar sus resoluciones fuera de los supuestos y cauces taxativamente previstos en la ley incluso si,

con posterioridad, entendieran que lo decidido no se ajustaba a la legalidad. Esta Sala y el TC han proclamado, reiteradamente, la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes como integradas en el derecho a la tutela judicial (SSTS, entre otras, de 30 de octubre de 1998 y de 14 de junio de 1999).

La reciente STC 159/2000, de 12 de junio, tras citar las sentencias del mismo Tribunal 48/1999, 218/1999 y 53/2000, reitera una vez más que el art. 267 de la LOPJ permite aclarar un concepto obscuro, suplir cualquier omisión, o corregir algún error material manifiesto o aritmético, pero está vedado por esa vía, alterar las conclusiones probatorias, la calificación jurídica, o la parte dispositiva de las resoluciones sustituyendo un fallo por otro.

El llamado recurso de aclaración es un remedio procesal excepcional y debe limitarse a la específica función reparadora para la que se ha establecido, pero nunca puede modificar los elementos esenciales de la resolución judicial, que son los que derivan de

los antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y sentido del fallo (STC 112/1999, de 14 de junio).

Es lo aquí sucedido al cambiar el auto aclaratorio lo acordado en la sentencia sobre la eventual utilización de una sociedad para ocultar la titularidad u origen de determinados bienes y, en su consecuencia, sobre el comiso que es siempre un instrumento eficazísimo para incidir en el circuito financiero del narcotráfico, tanto si es considerado como pena —art. 27 del CP de 1973— o, más acertadamente como ahora, como consecuencia accesoria —art. 127 CP vigente de 1995—.

Como “los autos de aclaración quedan integrados en la sentencia y forman un todo con ella”, como esta Sala dijera, entre otras, en la sentencia 1195/1998, de 30 de octubre, el recurso del Ministerio Fiscal, que por todo lo expuesto ha de ser estimado, se interpuso contra la sentencia integrada con el auto, que es el que debe anularse, restituyendo la sentencia a su primigenia redacción.

Sentencia 1688/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 6 de noviembre de 2000

PRESCRIPCIÓN EN DELITO FISCAL.

Arts. 131 y 132 Código Penal

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

SÍNTESIS

Esta importante sentencia afirma que la mera redacción del art. 64 LGT (desde la Ley 1/1998, de 26 de febrero), que fija un plazo de prescripción de cuatro años para la acción de la Hacienda Pública dirigida a exigir el pago de las deudas tributarias, no afecta al plazo de prescripción del delito fiscal, que sigue siendo de cinco años. Complementariamente, se establecen los momentos “a quo” y “ad quem” en orden a la fijación de dicho plazo de prescripción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—(...) El recurso parte del planteamiento, correcto, de que el plazo legal de prescripción del delito fiscal, tanto con la regulación anterior como con la actualmente vigente, es de cinco años.

Aun cuando no se plantee por la parte recurrente debe examinarse sucintamente la incidencia a efectos de prescripción, de la nueva redacción del art. 64 de la Ley General Tributaria efectuada por la Ley 1/1998 de 26 de febrero, en cuanto establece un plazo de prescripción de cuatro años para la acción de la Hacienda Pública dirigida a exigir el pago de las deudas tributarias, pues al integrarse dicha norma tributaria en la norma penal parcialmente en blanco que tipifica el delito fiscal, resulta de aplicación retroactiva —y de oficio (art. 2.2 del Código Penal)— en lo que fuere favorable al reo.

Con la brevedad de análisis requerida por una cuestión que no ha sido expresamente formulada ha de estimarse que dicha norma no modifica el plazo de prescripción del delito fiscal pues nada obsta a que el delito se someta legalmente a plazos de prescripción más largos que la infracción administrativa, en razón de su mayor gravedad. Por otra parte tampoco cabe estimar que la extinción de la obligación tributaria por prescripción pudiese determinar la atipicidad sobrevenida de la conducta delictiva, pues la tipicidad es un concepto que viene referido al momento en que se realizó la acción u omisión típica, y en dicho momento no cabe duda alguna de la concurrencia de la deuda tributaria y de su elusión en forma típica, por lo que se consumó la actuación delictiva sin que pueda incidir en la tipicidad, ya realizada, una eventual extinción posterior de la deuda tributaria.

Por último tampoco cabría considerar la aplicación analógica de la excusa absoluta de regularización tributaria, pues la aplicación de una norma por analogía requiere

que concorra identidad de razón (art. 4.1 del Código Civil) y es claro que las razones de utilidad que subyacen en la excusa absoluta de regularización tributaria —el favorecimiento o promoción del pago voluntario— no concurren cuando la extinción del crédito tributario se produce por causas ajenas al contribuyente.

Octavo.—Descartada, en consecuencia, la eventual aplicación retroactiva de un plazo de prescripción más breve, procede determinar cuál es el “dies a quo” y el “dies ad quem” para el cómputo de la prescripción.

En primer lugar debe señalarse que el delito fiscal se configura como un delito de infracción de deber, y concretamente del deber de contribuir mediante el pago de tributos al sostenimiento de los gastos públicos. Por ello el núcleo del tipo consiste en la “elusión de tributos” que es esencialmente un comportamiento omisivo. Tanto en los supuestos de omisión total, por no presentar declaración tributaria alguna, como en los de omisión parcial, por presentar una declaración en la que se omiten determinados ingresos —como sucede en el caso actual— lo relevante penalmente es la omisión, es decir la elusión del pago del impuesto.

Novena.—En consecuencia no cabe establecer diferencia alguna en cuanto al momento consumativo en los supuestos de tributos con autoliquidación: tanto si se formula declaración como si no, el delito se consuma en el momento en que expira el plazo legal voluntario para realizar el pago. Antes no cabe hablar de consumación pues el sujeto aún podría desistir voluntariamente verificando el pago a través de una declaración complementaria.

Por tanto en los supuestos de autoliquidación, como el que nos encontramos, el “dies a quo” o momento en el que se inicia la prescripción es el que concluye el período voluntario de declaración, y así lo ha estimado esta misma Sala en la sentencia de 26

de julio de 1999 (1231/1999), consolidándose dicho criterio.

Décimo.—Por lo que se refiere al “dies ad quem” la cuestión resulta más polémica por la escasa precisión de la ley. Las posiciones doctrinales son muy discrepantes pues existe desde un sector doctrinal que estima que se interrumpe la prescripción desde que la Inspección de Tributos pasa el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, hasta otro que considera que la interrupción no se produce mientras no se reciba declaración al inculpado.

Por razones de seguridad jurídica lo procedente es mantener en esta materia la doctrina mayoritaria de esta Sala, ya muy consolidada (sentencias, entre otras, de 25 de enero de 1994; 104/1995, de 3 de febrero; 279/1995, de 1 de marzo; 437/1997, de 14 de abril; 794/1997, de 30 de septiembre;

1181/1997, de 3 de octubre; 1364/1997, de 11 de noviembre; 30 de diciembre de 1997, 25 de enero de 1999, 9, 16 y 26 de julio de 1999, entre otras), que estima que para la interrupción de la prescripción basta con que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas como supuestos responsables del delito de que se trate.

En consecuencia el “dies ad quem” es aquel en que se formuló la querrela por el Ministerio Fiscal en el Juzgado de Guardia, por unos hechos claramente perfilados y dirigiendo el procedimiento penal contra la persona plenamente identificada y determinada, del hoy recurrente.

Decimoprimer.—Así lo ha estimado ya esta Sala, precisamente para el delito fiscal, en la sentencia de 26 de julio de 1999 (n.º 1231/1999), cuyo criterio procede consolidar.

Sentencia 1731/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 10 de noviembre de 2000

UTILIZACIÓN DE MENORES EN LA MENDICIDAD.

Art. 232 Código Penal

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

SÍNTESIS

Ofrece la sentencia una interpretación restrictiva de la figura delictiva prevista en el artículo 232 CP, en cuya virtud no basta con la práctica de la mendicidad con menores, sino que tiene que existir una auténtica instrumentalización de éstos, que son quienes solicitan limosna.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...) La utilización de menores para la mendicidad constituyó una falta tipi-

ficada en el artículo 584 del Código Penal. Así el número 10 de dicho precepto castigaba con arresto menor o multa de 1.500 a 15.000 pesetas a los padres, tutores o guar-

dadores cuyos hijos o pupilos menores de dieciséis años fueren detenidos por hallarse mendigando, vagando o pernctando en parajes públicos, si no probaren ser ajenos a tales hechos, así como a las personas que se hagan acompañar de menores de dieciséis años, sean o no de su familia, con objeto de implorar la caridad pública. Y el número 11 del mismo artículo castigaba con igual pena a los padres, tutores o guardadores que maltrataren a sus hijos o pupilos menores de dieciséis años para obligarles a mendigar o por no haber obtenido producto bastante de la mendicidad, así como los que entreguen sus hijos o pupilos menores de dieciséis años a otras personas para mendigar.

La práctica de la mendicidad utilizando a menores se convierte en delito por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que introduce un nuevo artículo 489.bis que castiga con pena de arresto mayor a los que utilicen o prestaren a menores de dieciséis años para la práctica de la mendicidad. Si para los fines del párrafo anterior se traficaren con menores de dieciséis años, se empleare con ellos violencia o intimidación o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena superior en grado.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989 justifica la condición de delito de la utilización de menores para la mendicidad afirmando que es objeto de especial sanción una nueva modalidad de abandono de familia, que abarca las conductas consistentes en destinar a menores de dieciséis años a la práctica de la mendicidad de tan lamentable actualidad.

El vigente Código Penal recoge en el apartado primero del artículo 232 un tipo básico consistente en utilizar o prestar a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad y en su apartado segundo se contiene un tipo cualificado cuando se traficaren con menores, se empleare violencia o intimidación o se les suministrare sustancias perjudiciales, siempre que alguna de estas conductas se realicen con la finalidad de utilizar al menor o incapaz para la práctica de la mendicidad.

El tipo aplicado por el Tribunal de instancia es el básico que se acaba de dejar mencionado, conducta que se comete aun en el caso de que la práctica de la mendicidad se realice de modo encubierto.

No es sencillo establecer el bien jurídico protegido aunque su ubicación en un capítulo que tiene como rúbrica común la de delitos contra los deberes y derechos familiares implica la persecución del quebrantamiento de determinados deberes y derechos en el seno de las relaciones familiares que en esta figura delictiva se contraen a los que afectan a menores o incapaces que son utilizados para la mendicidad, conducta que supone, en todo caso, una lesión a la dignidad del menor o incapaz que es instrumentalizado para la obtención de dinero.

Los testimonios depuestos en el acto del juicio oral acreditan, en contra de lo que se sostiene en el recurso, que la acusada estaba mendigando y que llevaba en brazos a un hijo de dos meses y que próxima se encontraba otra hija de quince meses que estaba jugando junto a ella. Lo que no ha quedado acreditado y tampoco se recoge en el relato fáctico de la sentencia de instancia es que los niños estuvieran mendigando, lo que prácticamente resultaría imposible dada la corta edad de los mismos.

La decisión de este recurso exige clarificar el alcance de la conducta típica consistente en utilizar a menores o incapaces para la práctica de la mendicidad. Dos posiciones pueden ser mantenidas. Aquella que sostiene el Tribunal de instancia de que se cumple el tipo no sólo cuando se pide la limosna a través de los menores o incapaces sino también cuando la presencia de los menores es utilizada para provocar la generosidad de los demás. Otra, por el contrario, contrae la tipicidad a aquellos supuestos en los que son los menores o incapaces los que solicitan la limosna, aunque sea de modo encubierto.

Lo cierto es que la dignidad de los menores o incapaces resulta esencialmente perjudicada cuando son instrumentalizados y se les dedica a la recaudación de dinero, mendigando, en beneficio de los mayores que se

aprovechan con su explotación. Ello justifica la intervención del Derecho Penal a través de la figura de mendicidad de menores que examinamos. Otra interpretación del tipo básico, previsto en el apartado 1º del artículo 232 del Código Penal, no resultaría acorde desde un punto de vista gramatical —nada se dice de que sea típica la conducta de aquellas personas que se hagan acompañar de menores para practicar la mendicidad como ocurría en el apartado 10 del artículo 584 del Código Penal antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio—; histórico —los antecedentes legislativos antes mencionados no apoyan esa interpretación, especialmente cuando la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989 se refiere expresamente a “destinar a menores de dieciséis años a la práctica de la mendicidad”—; lógico ni sistemático —dado el bien jurídico que se pretende tutelar—. Es más, se resistirían los principios de legalidad y mínima intervención que caracterizan al derecho penal y acarrearía efectos criminógenos en perjuicio de los propios menores o incapaces a cuya protección se orienta la conducta típica.

Lo que se acaba de exponer en modo alguno significa indiferencia ante situaciones

que, aunque no típicas, representen un riesgo para la salud, la dignidad o cualquier otro derecho o interés en favor de menores o incapaces.

El Ministerio Fiscal (apartado séptimo del artículo 3.º de su Estatuto) y las autoridades estatales y autonómicas así como los organismos e instituciones de protección de menores deberán ejercer sus competencias, atribuciones y deberes en beneficio de menores e incapaces, como se dispone en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, artículos 172 y siguientes del Código Civil, y en las Leyes aprobadas por los parlamentos de las Comunidades Autónomas en defensa y protección de la infancia, adolescencia y en general de los menores e incapaces, especialmente cuando se produce una situación de desamparo o de riesgo para su salud.

En consecuencia, aunque la conducta objeto de enjuiciamiento no sea típica, el Tribunal de instancia deberá adoptar los acuerdos que estime oportunos a los efectos de que el Ministerio Fiscal, autoridad, organismo o institución estatal o autonómico competente ejercite las medidas de protección que se consideren adecuadas respecto a los menores mencionados en la sentencia.

Sentencia 1741/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 14 de noviembre de 2000

PERTENENCIA A BANDA ARMADA Y COLABORACIÓN CON BANDA ARMADA.

Arts. 516.2 y 576 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se plantea la cuestión de la ley penal aplicable cuando el hecho, de naturaleza permanente, de pertenencia a banda armada o colaboración con ella se prolonga bajo la vigencia tanto del Código Penal derogado como del nuevo

Código Penal, optándose por la aplicación de este último. Por otra parte, se matiza el alcance de la STC de 20 de julio de 1999, en lo que se refiere a la proporcionalidad de la pena prevista para el delito de colaboración con banda armada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) 3. La integración en banda armada constituye una categoría de delitos de los que se denominan permanentes, en los que se mantiene una situación de antijuricidad a lo largo de todo el tiempo en el que, por la voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica. En estos casos existe una modalidad de consumación ininterrumpida, hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio antijurídico al que estaba dando vida, manteniendo persistentemente la renovación de la conducta antijurídica. Los delitos permanentes tienen, como es lógico, una continuidad en el tiempo, por lo que no es extraño que, como sucede en el caso presente, el espacio temporal que abarca la totalidad de la acción, se desarrolle en el ámbito de vigencia de diferentes legislaciones, cronológicamente sucesivas, por lo que es necesario optar por una u otra en función del momento consumativo. Como se ha dicho, la consumación termina en el momento en que el sujeto activo decide poner fin a la situación antijurídica, abandonando la banda armada, como sucede en el caso presente. Ello nos sitúa en una fase en la que, ya estaba vigente el nuevo Código Penal, por lo que el tramo de conductas realizado a partir de su vigencia atrae hacia sí las consecuencias punitivas derivadas de la aplicación de sus previsiones, sin que sea posible descomponer la figura delictiva en dos tramos diferenciados, a los que le sería aplicable los diversos Códigos vigentes durante todo el espacio temporal que ha durado la situación de permanencia delictiva.

4. En relación con el delito de colaboración con banda armada, su consumación

puede producirse con un solo acto típico de los previstos en el Código Penal, como modalidades de ayuda delictiva a los fines de una organización terrorista. No obstante si esta conducta de colaboración se mantiene en el tiempo, su consideración, a efectos punitivos, puede llevarnos a integrar esta conducta en una modalidad de delito permanente que cesa en el momento en que el sujeto activo decide desligarse de sus actividades de colaboración que venía prestando. En este caso nos encontramos ante una situación análoga a la anteriormente abordada, por lo que la solución sobre la legislación aplicable, debe ser la misma.

En definitiva, la especial naturaleza de los hechos que se someten a nuestro análisis, nos lleva a considerar ajustada a derecho, la solución dada por la Sala de instancia al aplicar el nuevo Código Penal.

Segundo.—(...) 3. Plantea, con carácter independiente, el tema de la proporcionalidad de la pena estimando que la prisión de cinco años resulta desproporcionada a la luz de la doctrina establecida en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 20 de julio de 1999. (Caso de la Mesa de Herri Batasuna).

Efectivamente, en la sentencia dictada, se suscita el tema de si resulta desproporcionada una pena de seis años y un día mínimo hasta doce años que establecía el anterior artículo 174.bis.a) del Código Penal de 1973, al tipificar el delito de colaboración con banda armada. Planteándose el juicio estricto de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional establece que la gravedad de la pena que se impone y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constituciona-

les, no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas. Remitiéndose siempre al anterior artículo 174.bis.a) del Código Penal de 1973, razona que lo que es constitucionalmente objetable, no es la fórmula abierta empleada para cerrar el tipo de la colaboración con banda armada (cualquier acto de colaboración), sino la ausencia en el precepto, de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el que examinaba, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo.

Ahora bien, no se puede perder de vista, que todos estos razonamientos estaban en relación con la conducta allí enjuiciada, que no era otra que la remisión a los medios de comunicación por la Mesa de Herri Batasuna de cintas y vídeos de un mensaje de la organización terrorista ETA, para ser emitido en espacios electorales, abriendo la posibilidad de que la pena sólo resultase desproporcionada, cuando de su aplicación resultaba un coste fáctico para los valores constitucionales concernidos, como eran los derechos de libertad de expresión e información, pero no así cuando se tratase de otras formas de colaboración que no colisionasen con derechos de estas características y naturaleza.

4. Todos estos razonamientos tenemos que trasladarlos al nuevo Código Penal de 1995, donde la figura de la colaboración con banda armada permanece y se acoge al artículo 576, en el que se castiga con la pena de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses a los que colaboren en las actividades o finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista. Después de describir una serie de conductas que integran el delito de colaboración con banda armada, cierra la enumeración con una cláusula general abierta en la que se integran las conductas que constituyen cual-

quier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género con las actividades de las citadas bandas.

La pena mínima, cinco años de prisión, se equipara, según el cuadro de equivalencias que se contiene en la Disposición Transitoria 11.^a, a la antigua pena de prisión mayor por lo que podemos declarar que la medida de la respuesta punitiva se mantiene, por este lado, en franjas equivalentes. Desde otra perspectiva la cota máxima de la pena actual, —diez años de prisión—, se equipara a la pena de reclusión menor, aunque no en toda su extensión, por lo que se deduce que la respuesta punitiva, es semejante a la que se contenía en el derogado Código Penal, con la salvedad de que las penas actuales no pueden ser redimidas por el trabajo.

La conducta enjuiciada, constituye un acto material de colaboración que entra de lleno en las previsiones directas del artículo 576 del nuevo Código Penal, sin necesidad de acudir a la cláusula generalizadora. En este caso y con la legislación actualmente vigente no podemos estimar que una pena de cinco años de prisión (la mínima prevista por el legislador) constituya una respuesta desproporcionada a una conducta de colaboración que consistió, según el hecho probado, al que tenemos necesariamente que ajustarnos, en transportar a los integrantes de la banda armada con su automóvil hasta el lugar donde fueron a colocar los artefactos explosivos, esperándoles en las inmediaciones. También se le imputa la realización de actividades de “lanzadera” para avisar de la existencia de controles policiales y la presencia del recurrente en un escondite donde se recibían mensajes de la organización para el comando. Todo este cúmulo de actividades denotan un alto grado de colaboración con la banda armada, por lo que la respuesta efectiva, fijada en este caso en cinco años de prisión, no se considera desproporcionada superando favorablemente el juicio o análisis crítico de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Sentencia 1742/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 14 de noviembre de 2000

NULIDAD DE DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO.

Arts. 551 LECrim.; 11.1 LOPJ

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

SÍNTESIS

Tras declarar que en el caso de parejas de hecho la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio corresponde a cada uno de sus componentes se pronuncia la Sala declarando la nulidad de la diligencia de entrada y registro por dos motivos: negativa del componente que se encontraba en el domicilio a permitir la entrada a la Policía, y consentimiento viciado del otorgado por el otro componente al prestarlo estando detenido pero sin asistencia letrada (vid. asimismo STS 79/2001, de 30 de enero).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Como cuestión previa debemos pronunciarnos sobre la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en los casos de matrimonios o parejas de hecho. Nos encontramos ante un derecho individual cuya titularidad reside tanto en uno como en el otro componente de la pareja que convive en un mismo domicilio. Las normas civiles establecen, en el artículo 40 del Código Civil, que el lugar para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones es el de la residencia habitual. La titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio comprende, por separado, a cada uno de los componentes del matrimonio y, en su caso a cada uno de los que forman la pareja de hecho y el ejercicio del mismo es personalísimo sin que exista posibilidad de que, en esta materia como en otras, uno de los cónyuges pueda atribuirse

la representación del otro. La titularidad de un derecho constitucional como es el de la inviolabilidad del domicilio, se extiende a las dos personas que por razones familiares, de hecho o de derecho, convivan bajo un mismo techo. Sólo el cese efectivo de la convivencia produce el efecto de que el domicilio anteriormente compartido deje de pertenecer a quien lo abandona.

Una lectura constitucional del artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos lleva a la conclusión de que el consentimiento para la entrada sin mandamiento judicial, lo tiene que prestar la persona que, por su situación respecto del domicilio o vivienda, se encuentra en condiciones de ejecutar los actos que de él dependan para franquear el acceso material al domicilio, del que es tan titular como el otro componente del matrimonio o la pareja. En este caso es evidente que la persona que se encontraba en la vivienda no permitió la entrada a la

patrulla policial, por lo que, el consentimiento dado por su pareja en Comisaría, no habilitaba para realizarla violentamente si el otro titular no lo autorizaba.

(...)

Al margen de esta cuestión, en el supuesto que estamos examinando, concurre además otra circunstancia que invalida los efectos probatorios de la diligencia de entrada y registro. Producida la detención de la acusada en plena vía pública y trasladada a la Comisaría de Policía, allí se le informa de sus derechos, añadiéndose, en el atestado, que accedió voluntariamente a que se entrase y se registrase su vivienda.

(...)

De todo ello se desprende claramente que la autorización, en los términos que constan en las actuaciones, se realizó sin la asistencia y asesoramiento letrado por lo que la validez del consentimiento debe ser cuestionada.

Es abundante la jurisprudencia de esta Sala en esta materia, por lo que su aplicación al caso concreto debió realizarse por el órgano juzgador. La disposición de un derecho fundamental tiene que nacer de un consentimiento pleno y libre sin que la capacidad de autodeterminación, se encuentre condicio-

nada por circunstancias tan directamente relacionadas con la libertad de criterio, como es la existencia de una detención policial que debe estar siempre, por imperativo legal, revestida de una serie de garantías que establece con carácter riguroso nuestra ley procesal. El artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conecta, de manera inmediata, el hecho de la detención con el derecho a la defensa, que se deberá plasmar en la asistencia de un letrado, debiéndose además respetar todo el catálogo de derechos que se desgranar en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(...) para que se pueda dar válidamente autorización para disponer de un derecho fundamental es necesario que el titular del derecho, si se encuentra detenido, goce de la asistencia letrada que le concede la ley, lo que le permite valorar más profundamente la trascendencia de la decisión que adopte y velar en todo tiempo por sus posibilidades de defensa, garantías y derechos.

En consecuencia, la prueba obtenida a partir de una diligencia de entrada y registro que viola el derecho constitucional garantizado por el artículo 18.2 de la Constitución, deviene nula de manera radical e insubsanable por el efecto directo del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sentencia 1341/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 20 de noviembre de 2000

IMPUTABILIDAD DEL ESQUIZOFRÉNICO.

Art. 20.1 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se resume la doctrina jurisprudencial relativa a la incidencia de la esquizofrenia y sus formas sobre la imputabilidad del sujeto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—(...) En efecto, la STS n.º 1185/1998, de 8 de octubre de 1998, después de estudiar las distintas clases de esquizofrenia, recuerda que según reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 22 de enero de 1988; 8 de junio y 28 de noviembre de 1990; 6 de mayo de 1991; 16 de junio y 15 de diciembre de 1992; y 30 de octubre de 1996; entre otras) y siguiendo, no el criterio biológico puro (que se conforma con la existencia de la enfermedad mental), sino el biológico-psicológico (que completa el examen de la inimputabilidad penal con el dato de la incidencia de tal enfermedad en el sujeto concreto y en el momento determinado de producción del delito) que es el adoptado por dicha jurisprudencia, con referencia a estos casos de psicosis esquizofrénica en sus distintas modalidades, podemos

llegar a las siguientes conclusiones: A) Si el hecho se ha producido bajo los efectos del brote esquizofrénico, habrá de aplicarse la eximente completa del artículo 20.1 del Código Penal. B) Si no se obró bajo dicho brote, pero las concretas circunstancias del hecho nos revelan un comportamiento anómalo del sujeto que puede atribuirse a dicha enfermedad, como ocurrió en el caso examinado por esta Sala en su Sentencia de 19 de abril de 1997, habrá de aplicarse la eximente incompleta del núm. 1.º del artículo 21. C) Si no hubo brote y tampoco ese comportamiento anómalo en el supuesto concreto, nos encontraremos ante una atenuante analógica del núm. 6.º del mismo artículo 21, como consecuencia del residuo patológico, llamado defecto esquizofrénico, que conserva quien tal enfermedad padece (Sentencia de 8 de febrero de 1990).

Sentencia 1341/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 20 de noviembre de 2000

DENUNCIA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.

Art. 191.1 Código Penal

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

SÍNTESIS

Aun cuando los delitos de violación y de abusos sexuales por su carácter semipúblico requieren para su persecución que medie previa denuncia como requisito de procedibilidad, se trata de un requisito convalidable mediante la posterior actuación del ofendido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Undécimo.—El sexto y último motivo, canalizado a través del artículo 849.1 de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la infracción por indebida inaplicación del artículo 191.1 del Código Penal.

Aduce el recurrente que no existió denuncia de ninguna de las víctimas, ni de sus representantes legales, ni del ministerio Fiscal previa al inicio de las diligencias.

El motivo debe rechazarse: La previa denuncia es un requisito de procedibilidad para la persecución de estos delitos (art. 191.1 CP), cuya inexistencia es convalidable. En este sentido la Sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 1994 tiene declarado que se trata de un vicio de simple anulabilidad susceptible de convalidación mediante la posterior actuación de la parte o partes perjudicadas. Actitud convalidadora que se da cuando la parte perjudicada comparece en el

curso del procedimiento ya iniciado, colaborando a la investigación judicial, al ofrecer en sus manifestaciones datos precisos para el esclarecimiento de los hechos sin mostrar reparo alguno a la continuación del proceso en respuesta al ofrecimiento de acciones que se le hace en la causa.

La Sala de instancia en el caso actual así lo razona en el Fundamento Jurídico Primero, señalando los distintos momentos del proceso en que los representantes legales de los mismos prestaron declaración en tal sentido, y el hecho de que todos los menores mantuvieran sus denuncias en sus declaraciones prestadas en el recurso de la vista oral.

Sentencia 1790/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 22 de noviembre de 2000

ROBO Y DETENCIÓN ILEGAL.

Arts. 163 y 242 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras ratificar los criterios jurisprudenciales encaminados a dilucidar cuándo hay simple concurso de normas y cuándo el concurso es de delitos entre los de detención ilegal y robo con violencia o intimidación, concluye que, en el caso enjuiciado, la concurrencia entre estos últimos tiene carácter real o material y no simplemente medial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La doctrina de esta Sala acerca de la relación de los delitos de robo con intimidación y detención ilegal (sentencias 1845/1999, de 27 de diciembre; 1286/1999, de 28 de septiembre; 1277/1999, de 20 de

septiembre; 1456/1998, de 27 de noviembre; 1289/1998, de 23 de octubre; 1184/1998, de 28 de septiembre; 1008/1998, de 11 de septiembre; 655/2000, de 11 de abril y 1107/2000 de 23 de junio entre las más recientes), aplica el concurso de normas o de leyes únicamente en aquellos supuestos de

mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir mientras tiene lugar la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y queda limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo conforme al “modus operandi” utilizado, por entender que en estos supuestos, y únicamente en ellos, la detención ilegal queda absorbida por el robo, atendiendo a que todo robo con violencia o intimidación afecta, aun cuando sea de modo instantáneo, a la libertad deambulatoria de la víctima.

En el supuesto actual y atendiendo al relato fáctico ha de estimarse que ni el tipo de robo con violencia o intimidación ni el de detención ilegal, por sí solos, abarcan completamente el contenido de injusto de los hechos, por lo que no nos encontramos ante un concurso de normas en que, conforme al principio de especialidad, el delito de robo con intimidación absorba una privación momentánea de libertad ínsita en su dinámica comisiva, sino ante un concurso de diferentes infracciones, y en consecuencia lo correcto, como ha efectuado el Tribunal sentenciador, es acudir a la aplicación de los dos tipos penales de robo y detención ilegal para poder abarcar totalmente el desvalor de la conducta enjuiciada y la acumulada vulneración de dos bienes jurídicos distintos, penalmente tutelados de forma autónoma.

Cuarto.—En efecto en el supuesto enjuiciado es claro que la privación de libertad ambulatoria no se limitó al tiempo e intensidad necesarios para cometer el delito de robo con intimidación, pues las víctimas no fueron meramente inmovilizadas de modo temporal mientras se cometía el robo sino que fueron dejados “atados de pies y manos” cuando el robo ya había concluido, siendo además “encerrados con llave en un cuarto de baño”, marchándose del lugar los acusados y abandonando a sus víctimas en esta doble privación de libertad (ataduras y encierro) de forma indefinida, lo que excede

notoriamente de la pura afectación necesaria al delito contra la propiedad e incide de modo muy notorio en la afectación del bien jurídico libertad, e incluso —en estos casos de ataduras— dignidad, tutelado en el delito de detención ilegal.

(...)

Sexto.—(...) Como señala la sentencia de 28 de febrero de 2000 (n.º 310/2000) en el régimen de concurrencia de varias acciones que dan lugar a varios delitos, la norma es su consideración como concurso real, tantas penas como delitos cometidos, con las limitaciones previstas para evitar una penalidad excesiva. Excepcionalmente concurren bajo la modalidad de concurso ideal —o medial— cuando entre las acciones existe una conexión íntima, una relación teleológica de medio a fin, de tal forma que si excluyésemos hipotéticamente uno de los delitos (el delito medio) el otro no se hubiera producido, lo que debe ser valorado desde una perspectiva concreta.

La doctrina de esta Sala (sentencia 1180/1993, de 22 de mayo, entre otras muchas) señala que para la concurrencia del concurso medial no basta el propósito de una relación de medio a fin existente simplemente en el ánimo del sujeto, sino que entre los diversos hechos constitutivos de los diferentes delitos ha de haber una conexión de necesidad de carácter objetivo y real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulta que el segundo delito no se hubiera producido de no haberse realizado previamente los que le hubiesen precedido (en el mismo sentido sentencias de 19 de septiembre de 1996, 14 de febrero y 2 de marzo de 1998).

En el caso actual es indudable, como señalamos ya anteriormente, que la detención, atadura y encierro de las víctimas no fueron un medio necesario para la comisión del delito de robo, para el cual bastaba con la inmovilización momentánea derivada de la amenaza de las armas esgrimidas por los acusados, por lo que no cabe apreciar la concurrencia de concurso ideal sino real.

Esta misma Sala ha apreciado la concurrencia de concurso real y no ideal, en su más reciente jurisprudencia relativa al con-

curso entre robo con intimidación y detención ilegal (sentencias 310/2000, de 28 de febrero y 655/2000, de 11 de abril).

Sentencia 1809/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de noviembre de 2000

ESTAFA IMPROPIA (DOBLE VENTA).

Art. 251 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se determina los requisitos de la modalidad de estafa impropia consistente en la doble venta, contrastando la regulación vigente con la del Código Penal derogado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) En realidad, con lo antes expuesto ha quedado claro que nos encontramos ante un caso de doble venta que es delito conforme al CP actual conforme razonamos a continuación.

A) En primer lugar, hay que decir que es correcta la aplicación al caso del CP ahora en vigor, aunque los hechos que nos narra la sentencia recurrida se iniciaran bajo la vigencia del anterior —la primera compraventa se celebró el 31 de marzo de 1996—, pues el delito se produjo por medio de la segunda, la realizada por escritura pública de 14 de junio de 1996, cuando ya estaba en vigor la actual normativa, como bien dice la sentencia recurrida (pág. 5).

B) En segundo lugar, hemos de poner de manifiesto la voluntad del legislador de ir ampliando no sólo esta estafa específica de la doble venta, sino también algunas otras,

que antes aparecían en los arts. 531 y 532 CP 73, con sucesivas modificaciones, la última de las cuales es la del CP 95 que ahora los regula en los tres números de su art. 251, habiendo dejado la del “furtum possessionis” para al capítulo de los hurtos (art. 235) donde sin duda encaja mejor.

A la vista de esta nueva regulación parece más adecuada la postura doctrinal que considera estos delitos como modalidades de estafa impropia, en el sentido de que para su punición no es necesario que concurren todos los elementos que componen la definición de la estafa propia, la del art. 248. Se trata de delitos específicos con un contenido autónomo y con penalidad diferente. Ya no hay remisión a las penas de la estafa ordinaria, ni puede aplicarse agravación aunque concorra alguna de las circunstancias recogidas en el art. 250, a diferencia del sistema recogido en los arts. 531 y 532 CP 73 que hacía una remisión a las penas del art. 528, lo que implicaba otra a las circunstancias

agravatorias del 529. Hay una independencia de punición que es un argumento más en pro del carácter impropio de estas particulares figuras de estafas ahora recogidas en el art. 251: si hay comportamientos que reúnen los requisitos de alguna de estas modalidades del art. 251 la conducta debe considerarse punible aunque no se adecue al tipo ordinario del 248.

Veamos ahora cómo la doble venta aquí examinada reúne los requisitos exigidos en este art. 251.

C) La figura citada de la doble venta puede encajar en el n.º 1.º de tal art. 251 —enajenación mediante atribución falsa de una facultad de disposición de la que se carece por haberla ya ejercitado en perjuicio del adquirente o de un tercero— y también el segundo inciso del n.º 2.º del mismo art. 251 —nueva enajenación antes de la definitiva transmisión al primer adquirente en perjuicio de éste o de un tercero—.

Conforme a tales normas penales podemos decir que los requisitos exigidos para la sanción de la doble venta como delito son los siguientes:

1.º Que haya existido una primera enajenación, como lo fue en el caso aquella primera venta realizada por documento privado el 31 de marzo de 1996, conforme bien razona la sentencia recurrida (pág. 3 y 4).

2.º Que sobre la misma cosa antes enajenada haya existido una segunda enajenación “antes de la definitiva transmisión al adquirente” (art. 251.2), es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un nuevo acto de disposición en favor de otra persona. En el presente caso el primer contrato se hizo en documento privado, que como tal no pudo tener acceso al Registro de la Propiedad, de modo que no hubo una primera transmisión “definitiva”, y por ello el acusado estaba en condiciones de volver a vender de nuevo,

aunque fuera ilícitamente, a favor de otras personas, como en realidad hizo a través de esa escritura pública de 14 de junio de 1996.

3.º Perjuicio de otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quién sea el que en definitiva se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 1473 CC. En el caso presente, adquirieron la propiedad de la gasolinera enajenada los que compraron en segundo lugar pero en escritura pública que tuvo acceso al Registro de la Propiedad, resultando perjudicado el querellante en esa cifra de 4.599.815 pts. que nadie ha discutido, que había pagado como parte del precio y como parte de un suministro de combustible para la continuación del funcionamiento de la gasolinera que había comprado.

4.º Además, ha de concurrir el dolo como en todos los delitos dolosos, consistente en este caso en haber actuado el acusado en tales hechos con conocimiento de la concurrencia de esos tres requisitos objetivos antes expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio. Sobre este extremo razona también de modo correcto la sentencia recurrida (pág. 4) y a ello nos remitimos.

En estas figuras de estafa impropia del art. 251 CP el engaño aparece implícito en cada una de ellas, como ocurre en estos casos de doble venta, en los cuales ese engaño se encuentra en la actitud de falsedad con que el autor de la enajenación se muestra en la segunda operación al ocultar que antes había realizado ya otra mediante la cual se había despojado de su titularidad, aunque, como aquí ocurrió, esa titularidad constase formalmente en el Registro de la Propiedad al que no pudo tener acceso el documento privado con el que se realizó la primera compraventa.

Un caso semejante al presente se contempla como delictivo en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 1999.

Sentencia 1837/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de noviembre de 2000

TRÁFICO DE DROGAS (ORGANIZACIÓN).

Art. 369.6 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se resume la doctrina jurisprudencial en torno a la agravante específica de pertenencia a una organización o asociación que tiene como finalidad el tráfico de drogas (art. 369.6 Código Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...) 2. El concepto de “organización” se ha venido interpretando por esta Sala de un modo amplio que comprendía a todos los supuestos en que dos o más personas elaboraran en común un proyecto delictivo, de acuerdo con un programa y medios eficientes para desarrollarlo, más allá del simple acuerdo de voluntad o “pactum scaeleris”.

El concepto normativo como modalidad agravatoria, se introdujo en el art. 344 bis.a) 6.º del CP de 1973 en la reforma operada por la LO 8/1983, de 25 de junio, y se completó, ampliándolo, en la profunda y nueva reforma de la LO 1/1998, de 24 de marzo, al considerarla como tal aunque fuera “transitoria” que el CP vigente en el art. 369.6 ha mantenido literalmente con la única salvedad de añadir la palabra “asociación” junto a la de “organización”.

En el ámbito específico de la delincuencia organizada el art. 282 bis de la LECr., introducido por la LO 5/1999, de 13 de enero, considera como tal “la asociación de tres o más personas para realizar de forma per-

manente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer”, entre otros, “delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 del Código Penal” [apartado 4.g)].

La delincuencia organizada puede servir de una o varias organizaciones pero no se confunde con ellas en el sentido estricto del subtipo agravado del art. 369.6 del CP. Es una superorganización con más fuerte y evolucionada estructura y vocación de permanencia que se caracteriza por los siguientes signos:

El primero es su estructura organizativa compleja de naturaleza piramidal, con diversos niveles. En la cúpula están los jefes, que concentran las decisiones en pocas manos e imparten las órdenes y las consignas.

El segundo es la continuidad programada y sistemática de sus ilícitas actividades. El tercero la disposición de cuantiosos medios económicos y de alta y sofisticada tecnología. El cuarto, finalmente, su ámbito territorial operativo que es prácticamente ilimitado más allá de las fronteras nacionales, como manifestación característica de delincuencia internacional.

El preámbulo de la Convención de Viena de 1988 afirma que los vínculos existen entre el tráfico ilícito de drogas y otras actividades delictivas organizadas “socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados” y les permite, en su forma de organizaciones transaccionales, “invadir, contaminar y romper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales lícitas y la sociedad a todos sus niveles”.

3. El Ministerio Fiscal, a pesar de la renuncia del motivo, coincide doctrinalmente con el recurrente, aunque no lo apoya formalmente por falta de practicidad al no producir consecuencias punitivas.

En su amplio, documentado y riguroso informe el Fiscal resume, en lo esencial, la jurisprudencia de esta Sala, insistiendo sobre todo en el requisito de una cierta perdurabilidad o persistencia. Recuerda pertinentemente que esta Sala ha declarado en muchas ocasiones que la pertenencia a una organización no puede confundirse, sin más, con la situación de mera coautoría o coparticipación porque es algo más, pero tampoco, en el otro extremo, con el de más evolucionada forma de agrupación societaria de ca-

rácter premercantil, ocupando un escalafón intermedio entre ambos.

4. Con todas las modulaciones de la doctrina de esta Sala, que ahora se reiteran, sobre la necesidad de una cierta consistencia, que suponga una perdurabilidad temporal para que exista el subtipo agravado que tipifica el art. 369.6, a diferencia de la simple coautoría, no es dudoso que en el caso enjuiciado se colmó plenamente, pues a pesar de la escueta referencia de la Sala de instancia, se refleja en el conjunto de la sentencia todos sus elementos configuradores como fueron operación de amplio espectro para introducir por mar en España mil kilos de hachís, dirección del proyecto ilícito con influencia objetiva sobre otras personas, reparto de papeles, medios idóneos para realizarla, perdurabilidad en el tiempo para prepararla y para realizarla, con superior capacidad de agresión al bien jurídico protegido que van más allá del ocasional acuerdo y que los convierte a todos, con independencia de la duración en el tiempo, en miembros de un ente diferenciado de la simple suma de sus circunstanciales integrantes, que son las notas que configuran y definen el supuesto agravado previsto en el art. 369.6 del CP.

Sentencia 1832/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 29 de noviembre de 2000

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO (DELITOS CONEXOS).

Arts. 17.5 LECrim.; 5.º LOTJ

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

SÍNTESIS

Frente al criterio de la Circular 3/1995, de la Fiscalía General del Estado, considera la Sala que no se puede proclamar una inaplicabilidad radical del art. 17.5 LECrim. al procedimiento del Jurado. Por tal motivo en el caso analizado en que aparecen en situación de concurso real un delito competen-

cia del Tribunal del Jurado (homicidio) con otro cuyo enjuiciamiento vendría atribuido a Jueces o Tribunales Técnicos (malos tratos habituales) debe resolverse la competencia para conocer de ambos en favor del Tribunal del Jurado atendiendo, entre otros extremos, al criterio de la mayor gravedad de uno de los hechos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...) 1. Los hechos que son el objeto del presente recurso se investigaron inicialmente por el procedimiento de la Ley del Jurado, pero a petición del Ministerio Fiscal, el Juez de Instrucción transformó el procedimiento incoando sumario ordinario, a lo que se accedió por el Juzgado dictando Auto de procesamiento por un delito de homicidio y otro de maltrato habitual.

Remitidas las actuaciones a la Audiencia ésta dicta Auto de fecha 28 de febrero de 2000, por el que se declara incompetente por razón de la materia para conocer de los hechos que han dado origen a la causa, acordando transformarla en procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Contra dicha resolución recurre el Ministerio Fiscal, alegando que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley del Jurado, en lo establecido en la Circular 3/1995 de la Fiscalía General del Estado y en la jurisprudencia, de esta Sala de la que cita exclusivamente la Sentencia de 18 de febrero de 1999, la competencia es de la Audiencia Provincial, que deberá conocer por los trámites del procedimiento ordinario.

(...)

2. La Ley del Jurado concentra todas las normas para determinar su competencia en el artículo 5.º, cuya redacción ha merecido unánimes críticas de la doctrina.

(...)

4. Como puede observarse por la lectura del artículo que estamos analizando, no se contiene ningún párrafo en el que, de una manera expresa, se sustraiga al conocimiento del jurado los supuestos previstos en el

artículo 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que extiende la competencia del órgano jurisdiccional a los diversos delitos que se imputan a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados. Por el contrario, si hay una exclusión tajante y explícita de la conexidad respecto del delito de prevaricación, de tal manera que el jurado no puede conocer, por conexión, de este delito en ningún caso. También se rompe la conexidad, cuando el enjuiciamiento de los distintos delitos, se pueda realizar por separado sin romper la continencia de la causa.

(...)

5. La Circular 3/1995 de la Fiscalía General del Estado, analiza de manera sistemática y completa la Ley del Jurado y de una manera específica, lo que denomina las reglas complementarias de competencia. Considera que el artículo 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal excluye la vis atractiva del procedimiento del jurado en los casos en que, a una misma persona, se le imputen delitos de la competencia del jurado y otros que no lo son. En este caso, la posición de la Fiscalía General del Estado se decanta por el cese de la competencia del jurado ya que el artículo 5.2 de la Ley del Jurado nada dice sobre este supuesto por lo que parece que lo excluye como instrumento para reforzar la fuerza atractiva de la causa hacia el jurado.

Esta posición, que comparte en gran medida la doctrina, presenta puntos débiles y nos puede llevar a consecuencias realmente desorbitadas. Volviendo al ejemplo antes citado, pensemos en una causa en la que se

están persiguiendo los delitos de homicidio, amenazas, allanamiento de morada e incendios forestales, pero al que se añade un delito de incendios con grave peligro para la vida o la integridad física de las personas, en indudable conexión o analogía con los anteriores. No podemos sostener, sin quebrar los principios racionales del sistema, que la competencia tendría que ser sustraída al Tribunal del Jurado.

(...)

6. (...) La fuerza atractiva del Tribunal del Jurado puede y debe extenderse a supuestos en los que se ofrezcan peculiaridades que no encajen de manera exacta e incontrovertida en las reglas desarrolladas, con carácter general, en el artículo 5.º de la LOTJ.

La conexidad subjetiva se establece no sólo en función de criterios objetivos o cuantitativos, sino que se debe tener en cuenta que la concentración en un sólo proceso, de los varios delitos que se imputen a una persona, no es base suficiente para su acumulación, sino que se requiere que guarden analogía o relación entre sí, lo que en todo caso, deberá ser valorado por el Tribunal que en definitiva vaya a juzgar.

7. El caso que se presenta a nuestra consideración, constituye un ejemplo evidente de la insuficiencia de las normas, que hasta ahora venían manejándose en orden a la determinación de la competencia del Tribunal del Jurado. Nos encontramos ante un delito de homicidio, cuyo conocimiento corresponde indiscutiblemente al jurado, que ha venido precedido de una situación de tensión en el seno de la pareja, que había originado, al parecer, frecuentes y reiterados malos tratos que podrían ser incardinados en el artículo 153 del Código Penal.

La diversa entidad de ambos supuestos delictivos se nos presenta como indiscutible, por lo que, el delito más grave, debe marcar la pauta para determinar la competencia o fuero preferente. El criterio de la mayor gravedad de un hecho como factor determinante de la competencia, está recogido en nuestra ley procesal penal al esta-

blecer las pautas para fijar la competencia. El artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su apartado primero establece, como norma para determinar la competencia territorial en el caso de delitos conexos, la opción por el delito de mayor gravedad lo que constituye una decisión lógica en función de la preferencia y mayor trascendencia de un delito sobre el otro.

8. Los malos tratos habituales, que constituyen el entorno en el que se desarrollan los hechos que son objeto de enjuiciamiento, desembocan por una especie de progresión delictiva en un hecho grave e irreversible, como es el del homicidio de uno de los componentes de la pareja. Nos encontramos, en principio, ante un supuesto de concurso real, pero con unas especiales características. No se trata de dos hechos absolutamente desvinculados entre sí, que permitan su enjuiciamiento por separado, ya que de alguna manera todas las circunstancias que configuran el delito de malos tratos constituye un antecedente necesario para valorar los componentes, que puedan concurrir en el delito de homicidio. No sólo nos sirve para determinar el móvil, sino que puede constituirse en una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal con el consiguiente riesgo de incidir en el “non bis in idem”. En definitiva, ni es aconsejable dividir la contención de la causa, ni es posible enjuiciarlos por separado. Resultaría ciertamente anómalo y contrario a los principios de unidad lógica del objeto del proceso.

Aunque el criterio que ha seguido la Sala de instancia que ha resuelto la competencia en favor del Tribunal del Jurado, no es enteramente aceptable, no podemos negar que se trata de un suceso en el que, analógicamente, pudiéramos considerar que nos encontramos, como ya se ha dicho, ante un supuesto de progresión delictiva que, partiendo de un delito de malos tratos habituales, desemboca en un homicidio que por su relevancia requiere, de alguna manera, el tratamiento procesal preferente y que aconseja que el Tribunal del Jurado atraiga la competencia del delito de malos tratos para

enjuiciarlo conjuntamente con un delito de su específica y genuina competencia. El bien jurídico lesionado en ambas modalidades delictivas, está íntimamente relacionado al referirse por un lado al derecho a la vida y por otro a la integridad física y psíquica de las personas.

9. Por ello estimamos que el criterio de gravedad del hecho enjuiciado es una pauta suficiente y necesaria para establecer la competencia en algunas modalidades de pluralidad delictiva que presentan analogía con determinadas modalidades de concur-

sos delictivos en los que concurren delitos de la competencia del Tribunal del Jurado, con otros cuyo enjuiciamiento vendría atribuido a los Jueces y Tribunales técnicos. Una solución contraria, nos llevaría a la desertización de la competencia de los tribunales populares, que cedería indebidamente su fuero preferente y que vería, cómo la aparición de un hecho delictivo accesorio de distinta naturaleza a los originariamente encomendados al jurado, se llevaría la competencia privando a éste de la posibilidad de ejercer su auténtica y natural función de enjuiciamiento.

Sentencia 1856/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 29 de noviembre de 2000

LESIONES.

Arts. 149 y 150 Código Penal

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

SÍNTESIS

Considera al testículo como “órgano no principal” a efectos de la calificación de las correspondientes lesiones, al no afectar la pérdida de aquél a la funcionalidad del órgano.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL)

Primero.—1. La acusación pública formaliza una oposición articulada en un único motivo en el que denuncia el error de derecho por la inaplicación al hecho proba-

do del art. 149 del Código penal y aplicación indebida del art. 150 del mismo Código, es decir, la consideración, o no, como órgano principal de la lesión producida.

El hecho probado, del que se parte en la impugnación, refiere que el acusado en el curso de una discusión con el perjudicado le propinó un rodillazo en la zona genital a

consecuencia del cual tuvo que practicarse una orquiectomía —extirpación— de un testículo.

En el desarrollo del motivo argumenta sobre la condición de órgano principal del testículo sin que esa consideración se pierda por la dualidad de testículos al igual que ocurre en otros órganos bilaterales del cuerpo humano.

2. El motivo debe ser desestimado. La cuestión a resolver se circunscribe a la declaración, o no, de la pérdida de un testículo como órgano principal, y por lo tanto una mayor consecuencia jurídica por el mayor disvalor del resultado, la extirpación de un testículo.

A favor de su consideración como órgano principal el Fiscal argumenta con cita de nuestra jurisprudencia (Cfr. SSTS 16 de mayo de 1986 y 5 de octubre de 1989 y las que en ellas se citan). No obstante, y aunque hay pronunciamientos de esta Sala en los que hemos declarado que no es órgano principal (STS 1 de junio de 1989), ha de señalarse que esa jurisprudencia aplicó un Código penal anterior al vigente en el que junto a la expresión de unos concretos resultados que agravaban la consecuencia jurídica exigía un requisito específico en la tipicidad subjetiva con la expresión “de propósito”, que fue interpretado por esta Sala como exigencia de un dolo directo que abarcara la acción y el resultado requerido en el tipo penal. Este requisito ha desaparecido de los tipos penales 149 y 150 que, respectivamente, presentan una agravación por la gravedad del resultado.

3. Abordaremos la cuestión desde la nueva tipología. Ambos artículos, el 149 y el 150, refieren la agravación a un miembro o a un órgano, esto es, a una parte del cuerpo que desempeña una función fisiológica, también aquella parte del cuerpo dotada de funciones propias. Igualmente, ambos preceptos suponen la exigencia de un tratamiento médico o quirúrgico para alcanzar la sanidad de la lesión y refieren la concreción del resultado a la pérdida o inutilidad de la

función del órgano o miembro afectado por la acción realizada.

Por último, ambos preceptos concretan el resultado referido a la inutilidad, esto es, en la ineficacia del órgano o miembro para la realización de la función que tienen atribuida, o a la pérdida que supone además de la ineficacia funcional el menoscabo anatómico.

Lo relevante es la pérdida de funcionalidad del órgano o miembro lo que no debe ser entendido en su acepción literal, pues bastará un menoscabo sustancial (STS 13 de febrero de 1991) de carácter definitivo. En el supuesto de que fuera susceptible de corrección quirúrgica habrá de valorarse la entidad de la intervención, la voluntariedad en su realización y la existencia de riesgos no exigibles al perjudicado.

La consideración de principal o no principal, concepto puramente valorativo, del órgano o miembro dependerá de si el órgano o función perdida o inutilizada desarrolla una función que si bien no es esencial para la vida ha de realizar una función relevante para la misma, la salud o el normal desenvolvimiento del individuo.

Es claro que la pérdida o inutilidad de los dos testículos se subsume en el tipo agravado de las lesiones del art. 149 del Código penal, pues la pérdida anatómica de un miembro corporal supone la pérdida de la funcionalidad, esto es, de la función que ambos testículos desarrollan, tanto la interna o endocrina, referida a la producción de hormonas masculinas determinantes de su fisonomía externa y del apetito sexual, como la externa o exocrina que produce los espermatozoides que a través de los conductos deferentes discurren por la uretra hasta su expulsión.

La prueba pericial practicada en el procedimiento no refiere que la extirpación de un testículo afecte a la función endocrina y exocrina, que el perjudicado sigue desarrollando con normalidad (véanse al respecto las pruebas periciales forense realizadas y estudios específicos que señalan que “los hombres con un testículo solamente, no

muestran evidencia alguna de deficiencia hormonal”), por lo que no podemos declarar que la pérdida de un testículo suponga la de un órgano principal siendo más correcta su consideración de no principal dado que no se ha perdido la función como así resulta de la pericial y de los estudios consultados.

Corroborar la anterior consideración el examen de los concretos resultados que integran la agravación por el resultado del art. 149 del Código penal. En efecto, junto a la pérdida o inutilidad de un miembro principal se relacionan la impotencia y la esterilidad y otros resultados típicos que no guardan relación con la cuestión debatida, en clara referencia a la inutilidad de la función que no se produce por la extirpación de un testículo. Consecuentemente, la pérdida de

un testículo no supone pérdida de la función que realiza, la endocrina y la exocrina y no puede considerarse como parificado en su valoración a la impotencia y a la esterilidad que sí supone la pérdida de una función.

Lo anteriormente fundamentado no afecta a otros órganos dobles existentes en el cuerpo humano, porque aun con dobles tienen su funcionalidad propia e independiente de su par, como los ojos, los oídos y pulmones. Otros, por la relevancia e importancia de sus funciones, como en el supuesto de los riñones, en los que la pérdida de uno supone una merma importante de la funcionalidad de los órganos que lo componen.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

Sentencia 1858/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 1 de diciembre de 2000

PRINCIPIO ACUSATORIO.

Arts. 733 y 851.4 LECrim.

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

SÍNTESIS

Tras exponer las exigencias y alcance del principio acusatorio y la interpretación jurisprudencial que se da a lo preceptuado por el art. 733 LECrim., concluye la Sala considerando que no lo vulnera la imposición por el Tribunal de instancia de la pena de multa omitida en las conclusiones definitivas del Fiscal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Con mención de los números 3.º y 4.º del artículo 851 LECrim. se aduce vulneración del principio acusatorio que sustenta el recurrente en habersele impuesto “una pena mayor de la solicitada por

el Ministerio Fiscal”. En realidad lo que sucede es que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas omitió la petición de la pena de multa. El Tribunal Provincial, fundamento jurídico sexto, se percató de ello en el momento de dictar sentencia, imponiendo dicha pena en

el límite mínimo según razona en dicho fundamento, “teniendo en cuenta que dicha pena, junto a la privativa de libertad solicitada, es consecuencia directa de la condena por el delito previsto en los artículos 368 y 369.3 CP, y la Jurisprudencia Constitucional en el sentido de que no se vulnera el principio acusatorio por su imposición sin previa petición, procede imponerla, si bien la mínima cuantía que corresponde al valor de la droga intervenida”.

(...)

A este respecto la Jurisprudencia de esta Sala ha comprendido, además del supuesto de penar un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733 LECrim., la condena por infracciones por las que no se ha acusado o cuando se castiga por delito distinto al que ha sido objeto de acusación e igualmente la prohibición de apreciar circunstancias agravantes o subtipos agravados no invocados por la acusación, sentándose como excepciones con carácter general el uso de la facultad referida por la Sala y la asunción de la tesis por cualquiera de las acusaciones o que el delito calificado por éstas y el aplicado en la sentencia sea homogéneo (SSTS de 29 de mayo de 1992, 10 de junio de 1993 o 19 de junio de 2000). El presente caso no es subsumible en las hipótesis mencionadas. El

objeto del proceso penal no es el efecto jurídico, es decir, una calificación jurídica y la pena que corresponda, sino los hechos en sí mismos como acontecimientos de la vida real y a quién se le deben imputar. Al objeto de salvar la confusión de que un mismo órgano ejerza la acusación y enjuicie los hechos, se introduce el principio acusatorio, en virtud del cual una persona u órgano ajeno al tribunal es el encargado de establecer el contenido sobre el que se desarrollará el juicio. Precisamente por ello, en realidad igual que en el proceso civil, el tribunal estará absolutamente vinculado por el contenido de la acusación en cuanto a sus elementos fácticos, pues si no fuera así el órgano jurisdiccional no sería imparcial. La calificación jurídica y su consecuencia punitiva es necesaria y sujeta al principio de legalidad. En relación con esto último en rigor serán aplicables principios distintos al acusatorio, aunque vinculados al mismo, como son los de contradicción y defensa, es decir, la aplicación del efecto jurídico compete al tribunal como titular del “ius puniendi”. El efecto jurídico de la calificación conlleva la imposición también de la pena de multa sin otro margen de discrecionalidad que el de su cuantía atendidas las reglas del Código Penal (artículo 66 y siguientes). Habiéndose impuesto la cuantía mínima tampoco existe vulneración de los principios mencionados más arriba.

Sentencia 1875/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 1 de diciembre de 2000

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.

Art. 432 Código Penal

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

SÍNTESIS

Ratifica esta sentencia la interpretación jurisprudencial flexible de la expresión “tener a su cargo” empleada por el legislador en la definición del delito de malversación de caudales públicos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) El artículo 432 exige, para que el delito de malversación quede integrado, que el funcionario “tenga a su cargo por razón de sus funciones” los caudales o efectos públicos que sustrajere o consintiere que otro sustraiga. Este requisito ha sido interpretado de modo flexible por la doctrina de esta Sala por imponerlo así la mejor protección del bien jurídico protegido mediante la punición de esta conducta, que no es sólo la indemnidad del patrimonio público —SS de 27 de mayo de 1993 y 14 de octubre de 1997— sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios. De acuerdo con esta interpretación, ya la Sentencia de 26 de junio de 1989 recordó ser doctrina reiterada de esta Sala que “no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que figura adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público”. Esta doctrina se ha ido precisando progresivamente en los últimos años y así, en la Sentencia de 14 de mayo de 1992 el elemento del tipo a que nos referimos fue caracterizado como “una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal de que, en el primer caso, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material”, términos que se reproducen substancialmente en la Sentencia de 1 de febrero de 1995. Más recientemente, las Sentencias de 5 de junio de 1998 y 15 de octubre de 1999 han perfilado el

sentido de la expresión legal de forma especialmente interesante para la resolución del caso enjuiciado en la sentencia recurrida. En la primera de ellas, relativa a un funcionario destinado en el área de programación del INEM que introdujo en un ordenador los datos precisos para generar unas prestaciones de desempleo inexistentes, se dice que con la expresión “que tenga a su cargo” utilizada en el Código Penal “se abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario le está atribuida la tenencia directa y material de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos”. Y en la segunda se señala que “tener a su cargo significa, no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario”. Si proyectamos los criterios inspiradores de esta doctrina jurisprudencial sobre los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia, en los que consta que el acusado, teniendo a su cargo la confección de nóminas en la Sección de Pago y Seguimiento del INEM, desvió una importante suma de dinero público, administrado por dicho organismo, en beneficio de personas a las que indebidamente incluía en nómina para que percibiesen prestaciones de desempleo a que no tenían derecho, expidiéndoles recibos para que cobrasen las prestaciones en el Banco concertado con el INEM y percibiendo normalmente un tanto por ciento de los que así resultaban injustificadamente beneficiados, tendremos que llegar forzosamente a la conclusión de que no ha sido indebidamente aplicado a tales hechos el artículo 432 del CP, porque nos encontramos ante una sustracción de caudales públicos llevada a efecto por un funcionario que, mediante la confección de nóminas y expedición de recibos para el cobro de unas prestaciones indebidas, realizaba actos dispositivos en el

ejercicio de la competencia que le había sido asignada dentro del organismo público en que prestaba servicios. Al acusado no se le había encomendado la custodia material del dinero que sustrajo pero, sin duda alguna, tenía competencia para confeccionar las

nóminas, ocasión para incluir en ellas nombres de personas que no tenían derecho a percibir el subsidio de desempleo y posibilidad, en consecuencia, de disponer, en beneficio de terceros y del suyo propio, de caudales públicos como efectivamente hizo.

Sentencia 1866/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 5 de diciembre de 2000

TENTATIVA INIDÓNEA.

Art. 16 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras señalar que, de manera excepcional, admite el delito de tráfico de drogas, formas imperfectas de ejecución, se ocupa la sentencia con la separación entre tentativa idónea e inidónea, declarando la punibilidad conforme al Código Penal vigente, de la “relativamente” inidónea.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) La doctrina de esta Sala en relación con la eficacia probatoria de las declaraciones de los coimputados se concreta en los siguientes puntos:

1.º Tanto el Tribunal Constitucional (autos 479/1986 de 4 de junio; 293/1987, de 11 de marzo; 343/1987, de 18 de marzo; etc. Sentencias 137/1988, de 7 de julio; 51/1995, de 23 de febrero; 200/1996, de 3 de diciembre o 153/1997, de 29 de septiembre, entre otras), como esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencias de 12 y 13 de mayo, 17 de junio, 5 de noviembre y 16 de diciembre de 1986, 9 de octubre de 1987, 11 de

octubre de 1988, 4 y 28 de junio de 1991, 25 de marzo de 1994, 1 de diciembre de 1995, 23 de mayo de 1996, 3 de octubre de 1998, 3 de febrero, 26 de julio, 17 de septiembre y 1 de diciembre de 1999, entre otras), han admitido con reiteración la validez como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, de las declaraciones de los coimputados, por estimar que están fundadas ordinariamente en un conocimiento extraprocésal y directo de los hechos, y que la circunstancia de la coparticipación delictiva no las invalida, constituyendo únicamente un dato a tener en cuenta por el Tribunal Sentenciador a la hora de ponderar su credibilidad en función de los particulares factores concurrentes en los hechos (STS de 17 de septiembre de 1999).

2.º) Corresponde, en principio, al Tribunal sentenciador, en virtud de la inmediación y audiencia directa de que ha gozado y como parte de la función valorativa de la prueba que el art. 741 de la LECriminal, le atribuye, ponderar si las declaraciones del coimputado se encuentran o no viciadas por móviles de autoexculpación, exculpación de terceros, o promesas de obtener ventajas procesales, o bien influidas por motivos espurios de venganza, resentimiento, animadversión, obediencia, etc. (STS 1107/1998 entre otras). Su valoración debe ser cuidadosa y prudente, atendiendo a que se trata de declaraciones prestadas sin previa prestación de juramento de decir verdad. La sentencia de 26 de julio de 1999 —núm. 1045/1999— señala que esa valoración debe asegurar en la medida de lo posible la ausencia de factores de incredibilidad subjetiva en el declarante.

3.º) Las declaraciones de coimputados prestadas en sede policial y no ratificadas judicialmente son inhábiles para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (STC 51/1995, de 23 de febrero y STS de 1 de diciembre de 1995, entre otras). Así la STC 51/1995, señala que “a los efectos de la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo”. El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina (STC 31/1981 y 9/1984 entre otras) acerca del valor de simple denuncia de los atestados policiales (matizada en cuanto a los datos objetivos y verificables), de modo que si no hubiese otra prueba de cargo la condena fundada exclusivamente en declaraciones obrantes en el atestado vulnera la presunción de inocencia (STC 3 de noviembre de 1989 o 18 de mayo de 1990), señalando que las declaraciones vertidas en el atestado policial carecen de valor probatorio si no son posteriormente ratificadas a presencia judicial por los particulares declarantes, o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los funcionarios policiales mediante su testimonio en el acto del juicio oral. Por lo que se refiere a las declaraciones de un coimpu-

tado prestadas únicamente en las dependencias policiales, y no ratificadas posteriormente, el Tribunal Constitucional considera que no pueden ser consideradas como exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba constituida y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil, sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. (STC 51/1995). Cabe únicamente su incorporación al juicio oral a través de las declaraciones testificales de los funcionarios ante quienes se prestaron.

4.º) La validez probatoria de las declaraciones incriminatorias de los coimputados prestadas durante las diligencias sumariales exige el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción durante el juicio); subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción); objetivos (la posibilidad de contradicción); y formales (la reproducción, mediante lectura, en el juicio oral) (SSTC 303/1993, 36/1995 o 200/1996 y SSTS de 1 de diciembre de 1995 y 24 de julio de 1997, entre otras).

5.º) En los supuestos de comparecencia de los coimputados durante el juicio oral, las posibles discrepancias entre las declaraciones prestadas durante las distintas fases procesales deben someterse a contradicción y contraste en el juicio, siendo competencia del Tribunal de instancia en cuya presencia se hayan dictado, la valoración razonada y razonable de la credibilidad de las distintas versiones, conforme al principio de inmediación (SSTS 21 y 23 de mayo de 1996). Las contradicciones, retractaciones o correcciones sobre la implicación de los coacusados, no significan inexistencia de prueba de cargo sino que constituyen un tema de valoración o apreciación probatoria, pudiendo el Tribunal confrontar unas y otras versiones y formar un juicio de conciencia, en función de las máximas ordinarias de ex-

periciencia, sobre su respectiva veracidad, atendiendo a su coherencia o incoherencia interna, razones expresadas para justificar la retractación, etc. conforme a lo prevenido por el art. 741 de la LECriminal (SSTS de 12 de diciembre de 1996 y 3 de octubre de 1997, entre otras). Como señala la STC 161/1999, lo que resulta determinante para la apreciación de la legitimidad de una declaración practicada en el sumario y contradictoria con la practicada en el juicio oral es que se dé oportunidad a quien ha efectuado esas declaraciones contradictorias para que explique esa diferencia y que el Juez pueda valorar con inmediación la rectificación producida. Asimismo recuerda la STC 115/1998, de 1 de junio, que la posibilidad de que, en caso de contradicción entre los resultados de ambos medios de prueba, el órgano judicial funde su convicción en las pruebas sumariales en detrimento de lo manifestado en el juicio oral, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones entre las que cabe citar las SSTC 82/1988, 98/1990 y 51/1995.

6.º) A partir de la STC 153/1997, de 29 de septiembre, reiterada en las STC 49/1998, de 2 de marzo y STC 115/1998, de 1 de junio, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la eficacia probatoria de la declaración de los coimputados considera que “la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única no está mínimamente corroborada por otras pruebas”. Se establece inicialmente esta doctrina en supuestos en los que la declaración incriminatoria del coimputado no se produjo en el juicio oral, sino en las diligencias sumariales, y ha sido acogida por el Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencia 1451/1998, de 27 de noviembre, donde se señala que “la ausencia de ratificación en el juicio de la declaración de la coimputada podría impedir su consideración como suficiente prueba de cargo si se tratase de la única practicada, pero no impide su valoración como elemento de corroboración de la convicción obtenida como consecuencia de una

prueba indiciaria debidamente practicada y valorada”, así como en las sentencias de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999.

La Sentencia núm. 1045/1999, de 26 de julio, señala que la credibilidad objetiva de la declaración del coimputado prestada durante el sumario y no ratificada en el juicio oral, precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración favorable frente a la declaración prestada en juicio oral con observancia del principio de inmediación.

7.º) Cuando la declaración incriminatoria se produce en el propio acto del juicio oral, con plenas garantías de contradicción, oralidad y publicidad, compete al Tribunal sentenciador la valoración de su credibilidad y poder de convicción, conforme a los principios de inmediación y de valoración en conciencia de la prueba que rigen nuestro Ordenamiento procesal penal. La Sentencia núm. 1045/1999, de 26 de julio, señala que las exigencias en la ponderación de la declaración del imputado atañen al ámbito de la valoración de su credibilidad subjetiva y objetiva y no son presupuestos o requisitos condicionantes de su validez material. Es decir que se trata de criterios que deben observarse para una valoración razonable.

Como señala la sentencia de 30 de marzo de 2000, el Legislador da por supuesto el valor probatorio de las declaraciones de los coimputados al establecer en los arts. 376 y 579 del Código Penal de 1995 circunstancias específicas de atenuación aplicables a los comúnmente denominados arrepentidos cuando, precisamente en procedimientos de narcotráfico o terrorismo, coadyuven eficazmente a la obtención de “pruebas decisivas” para la identificación y captura de otros responsables. Este tipo de declaraciones, valorables obviamente con la debida precaución y mesura, resultan indispensables en la investigación y sanción de la delincuencia organizada, como destacan los estudios criminológicos y el análisis del Derecho comparado.

Decimoséptimo.—(...) El cauce casacional impone el respeto de los hechos declarados probados. En éstos consta que la recurrente, junto con otro acusado, se prestó a realizar un viaje a Turquía con la finalidad de transportar e introducir en España una partida de sesenta kilogramos de heroína, a cambio de lo cual convinieron con la mafia turca en percibir como pago la cantidad de diez millones de pesetas. Consta también que la recurrente recibió un anticipo de un millón de pesetas para adquirir un vehículo para el transporte, lo que efectivamente realizó, como también realizó el viaje a Estambul por carretera, sufriendo diversos avatares que obligaron a la intervención del coimputado Pedro G., quien se trasladó a Rumanía para proporcionar a la recurrente y su compañero nuevos recursos (en marcos y dólares) para continuar el viaje, llegando finalmente a Estambul, donde entregaron el vehículo que se iba a utilizar para el viaje, no llegando a posesionarse de la heroína y retornando a España por vía aérea. Resulta indudable que nos encontramos, por tanto, ante una operación que supera ampliamente las meras “intenciones o deseos” configurándose claramente como una colaboración voluntaria y efectiva al tráfico, manifestada directamente por actos exteriores, que ha sido calificada por el Tribunal de Instancia como “tentativa”, al no haber llegado los acusados a posesionarse de la droga conforme al criterio expresado, entre otras, en la sentencia de 26 de marzo de 1997 (sentencia n.º 405/1997), según se razona extensamente en la sentencia impugnada cuya fundamentación hacemos nuestra en esta materia, para evitar innecesarias reiteraciones. Esta Sala ha admitido reiteradamente que el intento de lograr la tenencia de la droga, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor (STS 13 de marzo de 2000).

Como señalan las sentencias de 26 de marzo de 1997 y 21 de junio de 1999, entre otras, si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial advierte de las dificultades de

apreciación de formas imperfectas de ejecución en este tipo delictivo, cabe admitir excepcionalmente la tentativa cuando el acusado no ha llegado en momento alguno a tener disponibilidad, ni aun potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata. Este es el criterio aplicado, benévolamente en el caso actual, por el Tribunal de instancia.

Decimoctavo.—En relación con la insinuada inidoneidad de la tentativa al no constar efectivamente que la heroína hubiese llegado a estar en Estambul a disposición de la recurrente y su acompañante, alegándose la atipicidad en el Código Penal 1995 de la tentativa inidónea, ha de señalarse, reiterando lo ya expresado por esta Sala en la sentencia de 21 de junio de 1999, que es cierto que el Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2 del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito. Ello ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales.

Sin embargo ha de tomarse en consideración que el art. 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión “objetivamente” (“practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Con ello se dejan fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o

imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados “delitos putativos” (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta.

Ahora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos que podrían calificarse de inidoneidad relativa —aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada— es decir aquellos en que los medios utilizados, “objetivamente” valorados “ex ante” y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aún

cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva “ex post” toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción. (Ver también SSTs 13 de marzo y 2 de junio de 2000).

En el caso actual la recurrente dio principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con los destinatarios de la droga para hacérsela llegar, practicando parte de los actos que “objetivamente” deberían conducir al fin planeado, incluido el desplazamiento hasta Turquía para recoger allí una concreta partida de heroína, llevando asimismo hasta Estambul el automóvil destinado a la realización del transporte e introducción de la droga en España. Si no llegó a realizar personalmente este definitivo acto de transporte —cambiándose posiblemente de personas para mayor seguridad— fue por causas independientes de su voluntad, pero ello no priva objetivamente de idoneidad al conjunto de la operación tal y como estaba inicialmente planeada. En consecuencia la sanción del hecho en la forma en que lo ha sido por el Tribunal sentenciador es correcta y el motivo debe ser desestimado.

Sentencia 1866/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 5 de diciembre de 2000

VALOR DE LAS DECLARACIONES DEL COIMPUTADO.

Arts. 385 y ss. y 741 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se resume la doctrina general sobre el valor que ha de darse a las declaraciones del coimputado y a los requisitos que han de reunir para ser consideradas como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) La doctrina de esta Sala en relación con la eficacia probatoria de las declaraciones de los coimputados se concreta en los siguientes puntos:

1.º) Tanto el Tribunal Constitucional (autos 479/1986, de 4 de junio; 293/1987, de 11 de marzo; 343/1987, de 18 de marzo; etc. Sentencias 137/1988, de 7 de julio; 51/1995, de 23 de febrero; 200/1996, de 3 de diciembre; o 153/1997, de 29 de septiembre, entre otras), como esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencias de 12 y 13 de mayo, 17 de junio, 5 de noviembre y 16 de diciembre de 1986, 9 de octubre de 1987, 11 de octubre de 1988, 4 y 28 de junio de 1991, 25 de marzo de 1994, 1 de diciembre de 1995, 23 de mayo de 1996, 3 de octubre de 1998, 3 de febrero, 26 de julio, 17 de septiembre y 1 de diciembre de 1999, entre otras), han admitido con reiteración la validez como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, de las declaraciones de los coimputados, por estimar que están fundadas ordinariamente en un conocimiento extraprocésal y directo de los hechos, y que la circunstancia de la coparticipación delictiva no las invalida, constituyendo únicamente un dato a tener en cuenta por el Tribunal Sentenciador a la hora de ponderar su credibilidad en función de los particulares factores concurrentes en los hechos (STS de 17 de septiembre de 1999).

2.º) Corresponde, en principio, al Tribunal sentenciador, en virtud de la inmediación y audiencia directa de que ha gozado y como parte de la función valorativa de la prueba que el art. 741 de la LECriminal, le atribuye, ponderar si las declaraciones del coimputado se encuentran o no viciadas por móviles de autoexculpación, exculpación de terceros, o promesas de obtener ventajas procesales, o bien influidas por motivos es-

purios de venganza, resentimiento, animadversión, obediencia, etc. (STS 1107/1998 entre otras). Su valoración debe ser cuidadosa y prudente, atendiendo a que se trata de declaraciones prestadas sin previa prestación de juramento de decir verdad. La sentencia de 26 de julio de 1999 —núm. 1045/1999— señala que esa valoración debe asegurar en la medida de lo posible la ausencia de factores de incredibilidad subjetiva en el declarante.

3.º) Las declaraciones de coimputados prestadas en sede policial y no ratificadas judicialmente son inhábiles para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (STC 51/1995, de 23 de febrero y STS de 1 de diciembre de 1995, entre otras). Así la STC 51/1995, señala que “a los efectos de la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo”. El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina (STC 31/1981 y 9/1984 entre otras) acerca del valor de simple denuncia de los atestados policiales (matizada en cuanto a los datos objetivos y verificables), de modo que si no hubiese otra prueba de cargo la condena fundada exclusivamente en declaraciones obrantes en el atestado vulnera la presunción de inocencia (STC 3 de noviembre de 1989 o 18 de mayo de 1990), señalando que las declaraciones vertidas en el atestado policial carecen de valor probatorio si no son posteriormente ratificadas a presencia judicial por los particulares declarantes, o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los funcionarios policiales mediante su testimonio en el acto del juicio oral. Por lo que se refiere a las declaraciones de un coimputado prestadas únicamente en las dependencias policiales, y no ratificadas posteriormente, el Tribunal Constitucional considera que no pueden ser consideradas como exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba constituida y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible

o difícil, sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. (STC 51/1995). Cabe únicamente su incorporación al juicio oral a través de las declaraciones testificales de los funcionarios ante quienes se prestaron.

4.º) La validez probatoria de las declaraciones incriminatorias de los coimputados prestadas durante las diligencias sumariales exige el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción durante el juicio); subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción); objetivos (la posibilidad de contradicción); y formales (la reproducción, mediante lectura, en el juicio oral) (SSTC 303/1993, 36/1995 o 200/1996 y SSTS de 1 de diciembre de 1995 y 24 de julio de 1997, entre otras).

5.º) En los supuestos de comparecencia de los coimputados durante el juicio oral, las posibles discrepancias entre las declaraciones prestadas durante las distintas fases procesales deben someterse a contradicción y contraste en el juicio, siendo competencia del Tribunal de instancia en cuya presencia se hayan dictado, la valoración razonada y razonable de la credibilidad de las distintas versiones, conforme al principio de inmediación (SSTS 21 y 23 de mayo de 1996). Las contradicciones, retractaciones o correcciones sobre la implicación de los coacusados, no significan inexistencia de prueba de cargo sino que constituyen un tema de valoración o apreciación probatoria, pudiendo el Tribunal confrontar unas y otras versiones y formar un juicio de conciencia, en función de las máximas ordinarias de experiencia, sobre su respectiva veracidad, atendiendo a su coherencia o incoherencia interna, razones expresadas para justificar la retractación, etc. conforme a lo prevenido por el art. 741 de la LECriminal (SSTS de 12 de diciembre de 1996 y 3 de octubre de

1997, entre otras). Como señala la STC 161/1999, lo que resulta determinante para la apreciación de la legitimidad de una declaración practicada en el sumario y contradictoria con la practicada en el juicio oral es que se dé oportunidad a quien ha efectuado esas declaraciones contradictorias para que explique esa diferencia y que el Juez pueda valorar con inmediación la rectificación producida. Asimismo recuerda la STC 115/1998, de 1 de junio, que la posibilidad de que, en caso de contradicción entre los resultados de ambos medios de prueba, el órgano judicial funde su convicción en las pruebas sumariales en detrimento de lo manifestado en el juicio oral, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones entre las que cabe citar las SSTC 82/1988, 98/1990 y 51/1995.

6.º) A partir de la STC 153/1997, de 29 de septiembre, reiterada en las STC 49/1998, de 2 de marzo y STC 115/1998, de 1 de junio, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la eficacia probatoria de la declaración de los coimputados considera que “la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única no está mínimamente corroborada por otras pruebas”. Se establece inicialmente esta doctrina en supuestos en los que la declaración incriminatoria del coimputado no se produjo en el juicio oral, sino en las diligencias sumariales, y ha sido acogida por el Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencia 1451/1998, de 27 de noviembre, donde se señala que “la ausencia de ratificación en el juicio de la declaración de la coimputada podría impedir su consideración como suficiente prueba de cargo si se tratase de la única practicada, pero no impide su valoración como elemento de corroboración de la convicción obtenida como consecuencia de una prueba indiciaria debidamente practicada y valorada”, así como en las sentencias de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999.

La Sentencia núm. 1045/1999, de 26 de julio, señala que la credibilidad objetiva de

la declaración del coimputado prestada durante el sumario y no ratificada en el juicio oral, precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración favorable frente a la declaración prestada en juicio oral con observancia del principio de inmediación.

7.º) Cuando la declaración inculpativa se produce en el propio acto del juicio oral, con plenas garantías de contradicción, oralidad y publicidad, compete al Tribunal sentenciador la valoración de su credibilidad y poder de convicción, conforme a los principios de inmediación y de valoración en conciencia de la prueba que rigen nuestro Ordenamiento procesal penal. La Sentencia núm. 1045/1999, de 26 de julio, señala que las exigencias en la ponderación de la declaración del imputado atañen al ámbito de la valoración de su credibilidad subjetiva y objetiva y no son presupuestos o requisitos

condicionantes de su validez material. Es decir que se trata de criterios que deben observarse para una valoración razonable.

Como señala la sentencia de 30 de marzo de 2000, el Legislador da por supuesto el valor probatorio de las declaraciones de los coimputados al establecer en los arts. 376 y 579 del Código Penal de 1995 circunstancias específicas de atenuación aplicables a los comúnmente denominados arrepentidos cuando, precisamente en procedimientos de narcotráfico o terrorismo, coadyuven eficazmente a la obtención de “pruebas decisivas” para la identificación y captura de otros responsables. Este tipo de declaraciones, valorables obviamente con la debida precaución y mesura, resultan indispensables en la investigación y sanción de la delincuencia organizada, como destacan los estudios criminológicos y el análisis del Derecho comparado.

(...)

Sentencia 1874/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 5 de diciembre de 2000

APROPIACIÓN INDEBIDA.

Art. 252 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se delimita con precisión la apropiación indebida frente al simple incumplimiento de obligación civil, en un supuesto de no devolución del dinero recibido tras la rescisión de un contrato de arrendamiento de servicios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En su declaración de hechos probados de la sentencia recurrida no se describe un hecho que pueda ser subsumido

en el art. 252 del Código Penal. Para que se realice el tipo de apropiación indebida que con dicha norma se define es preciso que el autor haya recibido dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, o activo patri-

monial, en virtud de un título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos. La enumeración de los títulos idóneos para servir de presupuesto al delito de apropiación indebida, que hace el art. 252 del Código Penal, no es ciertamente exhaustiva sino ejemplificativa pero no puede ser ampliada tanto que venga a ser criminalizado todo incumplimiento de la obligación de devolución que establece el art. 1295 del Código Civil para los supuestos de rescisión de contrato. Por otra parte, como en principio lo característico de la previa traslación de la posesión, que antecede a la comisión del delito cuestionado, es que la misma no comporta transmisión de la propiedad y la adquisición de ésta, cuando lo que se transmite es un bien tan extremadamente fungible como el dinero, viene a ser normalmente una consecuencia necesaria de la adquisición de la posesión, la doctrina de esta Sala ha considerado que los títulos hábiles para generar, mediante la apropiación o distracción del dinero recibido, el delito de apropiación indebida, son aquellos que suponen recepción del dinero para darles un determinado destino. No ocurre tal cosa, por lo general, con el precio pactado y entregado en un arrendamiento de servicios aunque posteriormente el contrato se rescinda y los servicios no se presten, a no ser que el deudor del trabajo niegue haber recibido el precio, rescinda ar-

bitariamente el contrato o haya tenido el propósito, desde el principio, de no cumplir lo pactado y enriquecerse ilícitamente o en cuyo caso su conducta no será constitutiva de apropiación indebida sino de estafa. En el caso que ha sido enjuiciado en la sentencia recurrida, tal como aparece en su declaración probada, a) el acusado no recibió el dinero, por cuya apropiación ha sido condenado, para que le diese un determinado destino sino como pago anticipado de un curso de profesor de autoescuela que había concertado con los denunciante; b) estos anularon la inscripción y la denunciante no asistió finalmente al curso porque no le convino el horario en que el mismo se impartía, sin que conste hubiese sido inducida con engaño —lo que, por lo demás no podría traducirse ahora en un cambio de calificación jurídica— a contratar los servicios que no les fueron prestados como consecuencia de la rescisión del contrato; c) sí consta por el contrario, que el acusado no ha negado haber recibido el dinero del que sólo ha devuelto la cantidad entregada en concepto de inscripción. De todo ello se deduce claramente que los hechos no revisten los caracteres de un delito de apropiación indebida y que sólo constituyen un caso de incumplimiento de una obligación civil que debe ser objeto de reclamación ante el orden jurisdiccional correspondiente.

Sentencia 1889/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 11 de diciembre de 2000

TRÁFICO DE DROGAS.

Art. 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

El Tribunal Supremo absuelve al condenado en primera instancia porque aunque se trate de un acto de venta de droga, la cantidad de ésta es tan reducida que falta la antijuridicidad material, al no ponerse en peligro la salud.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) Alega el recurrente que los hechos declarados probados no reúnen las exigencias del tipo ya que la insignificancia de la cantidad de droga vendida —0'02 gramos de cocaína de pureza media— no es compatible con un verdadero riesgo para la salud de una persona, según la doctrina jurisprudencial.

El motivo debe estimarse.

En efecto, aparte de la doctrina elaborada sobre las cantidades a partir de las que cabe inferir un propósito de tráfico o consumo por terceros, en los casos de posesión o tenencia; doctrina que, como dice la Sala de instancia, no es aplicable en los actos de efectiva venta o transmisión de la droga, ya realizada, esta Sala Segunda viene también declarando incluso en casos de tráfico que cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un

verdadero riesgo por el bien jurídico protegido en el tipo. En tal sentido las Sentencias de 12 de septiembre de 1994 (0'04 grs. y 0'05 grs. de heroína); 28 de octubre de 1996 (0'06 grs. de heroína); y 22 de enero de 1997 (0'02 grs. de heroína).

Como declara la Sentencia de 28 de octubre de 1996 “el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal”.

En este caso la cantidad de droga vendida —0'02 grs. de crack— es tan pequeña que en caso de ingesta carece de incidencia alguna para la salud de quien la toma, por lo que la acción aun siendo típica y por tanto formalmente antijurídica, carece de antijuridicidad material por inocua para poner en riesgo el bien jurídico de la salud humana.

Sentencia 1895/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 11 de diciembre de 2000

TENTATIVA.

Art. 16 Código Penal

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

SÍNTESIS

Además de otras cuestiones aquí no consideradas, la sentencia se ocupa de la delimitación entre tentativa y actos preparatorios, considerando que existe ejecución punible de un delito de incendio y no simple preparación impune en la conducta de quien se dirige con una botella inflamable a la puerta de una vivienda, momento en el que es interrumpido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado, por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, alega indebida aplicación del art. 351 del vigente Código Penal en relación con el art. 16.1 del mismo texto legal. Considera la parte recurrente que la referida infracción se produce al condenar al acusado como autor de un delito de incendio en grado de tentativa cuando en realidad su conducta debió considerarse impune por tratarse de meros actos preparatorios al no concurrir un principio de combustión de la mecha que pudiese prender fuego a la botella con líquido inflamable portada por el acusado.

La acción del acusado que ha sido calificada por la Sala sentenciadora como delito de incendio en grado de tentativa, se describe así en los hechos probados de la sentencia impugnada:

“Sobre las 23 horas del mismo día, Ramón M.P. acudió al domicilio de Eugenio con el automóvil que utilizaba habitualmente, el cual estacionó enfrente de la entrada, portando una botella de plástico llena de gasolina a la que había adicionado un fragmento de papel higiénico a modo de mecha, la cual pretendía prender y arrojar sobre el edificio, y, cuando se encaminaba hacia la puerta de la vivienda con la botella en una de sus manos y provisto de un mechero, fue advertida su presencia por Eugenio, que se interpuso en su camino, produciéndose un forcejeo en el curso del cual cayó al suelo dicho recipiente, así como Eugenio, circunstancia que aprovechó Ramón para arrojar sobre el último y comenzar a golpearle en la cara”.

La Sala sentenciadora considera que esta conducta que incluye: a) la preparación del instrumento incendiario; b) dirigirse

con el mismo hacia la vivienda de su víctima con la inequívoca intención de prenderle fuego y arrojarlo a la misma; c) la imposibilidad de concluir su propósito por la oportuna intervención de la víctima cuando el acusado ya se encontraba próximo a la puerta de la vivienda, “Rebasa el campo de los actos preparatorios impunes, que quedarían limitados a la simple construcción del artefacto explosivo idóneo para causar el incendio pero sin adición de acto alguno posterior encaminado a ser utilizado de acuerdo con los designios del agente. Por tanto, y por emplear los mismos términos del artículo 16.1 del Código Penal, puede afirmarse que se dio principio a la ejecución del delito por actos exteriores, se practicaron varios actos entre de los que objetivamente deberían producir el resultado pretendido por el sujeto activo, y este resultado no tuvo lugar por causas independientes de su voluntad”.

Tercero.—Esta fundamentación de la Sala sentenciadora es básicamente correcta y debe ser confirmada. En efecto, como señala la sentencia 469/1999, de 26 de marzo, la consumación del delito prevenido en el art. 351 del Código Penal únicamente exige que el fuego ocasionado alcance una dimensión suficiente para que su propagación pueda poner en grave peligro la vida o integridad física de las personas, no requiriendo que efectivamente se produzca un resultado lesivo para los mismos.

La tentativa no requiere que el fuego se haya iniciado, sino la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de la voluntad de su autor.

En el supuesto actual consta que el plan del autor se encaminaba a prender fuego a

una vivienda unifamiliar habitada, con plena conciencia del riesgo que ello conllevaba para la integridad de sus moradores, consta también que mediante actos exteriores preparó un sofisticado y peligroso artefacto incendiario y se dirigió con él a la vivienda de su víctima con la inequívoca intención de prenderle fuego y arrojarlo a la misma, iniciando con ello la situación de riesgo, y consta, por fin, que la interrupción de la ac-

ción se produjo por la intervención de la víctima, cuando el incendio ya era inmediato, pues el acusado se encontraba ante la misma puerta de la vivienda con el artefacto incendiario preparado para su inmediata deflagración. Es claro que el acusado superó la fase de "actos preparatorios" iniciando la ejecución del delito, por lo que la sentencia condenatoria por tentativa debe ser confirmada.

Sentencia 1911/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 12 de diciembre de 2000

TRADUCCIÓN (PERICIAL) DE LAS CONVERSACIONES TELEFÓNICAS INTERVENIDAS.

Art. 579 LECrim.

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

SÍNTESIS

Aunque el control judicial en lo concerniente a conversaciones telefónicas intervenidas y mantenidas en idioma extranjero exige que la adveración por el Secretario de las transcripciones periciales sea sustituida por la intervención de un perito oficial designado por el Juez, excepcionalmente puede acudir a un mero práctico en el idioma como sucedió en el caso de autos dado el dialecto (pigin english) en que se realizaron.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la afectación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, a tenor de lo dispuesto en el art. 18.2 de la Constitución española y art. 579

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se han cumplido todos ellos, particularmente la existencia de la oportuna resolución judicial autorizante, con motivación, proporcionalidad y especialidad, dictada en un procedimiento hábil para tal resolución, seguimiento, prórroga y control de las transcripciones,

las cuales se van incorporando sucesivamente a los autos. Dicho control es doble; por un lado, exige que el Juez conozca el alcance de las conversaciones, su incidencia en el delito que se investiga, la necesidad de su prórroga y, en su caso, el cese de las mismas; por otro, el Secretario Judicial, bajo su fe, advera las transcripciones policiales, autenticando su literalidad o correspondencia con las cintas originales. En este último aspecto, que es el reprochado por los recurrentes, cuando las conversaciones se mantienen en español, o en algún otro idioma oficial en la Comunidad Autónoma que se trate, no habrá problemas para su adveración; sin embargo, cuando las conversaciones se produzcan en un idioma desconocido para el Secretario Judicial la adveración de éste no será posible, ya que con su fe no podrá acreditar que las transcripciones que presenta la Policía en cumplimiento del mandamiento judicial de las intervenciones telefónicas son fiel reflejo de lo que la audición de las cintas magnetofónicas revele. En tal caso, habrá de acudir a un intérprete, que interviendrá entonces como Perito Judicial; dicho intérprete auxiliará al Secretario Judicial, pero en realidad se convertirá en una prueba pericial de traducción, que se regirá por los preceptos de dicha prueba, particularmente los artículos 456 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dichos peritos pueden o no tener titulación oficial, pero si no la tienen, basta con que, a juicio del Juez, tengan especiales conocimientos sobre la materia sobre la que han de prestar su dictamen (art. 457). La regla general cuando se intervenga un teléfono en el que se mantengan conversaciones en idioma extranjero, será que las transcripciones policiales sean contrastadas por perito oficial designado

por el Juez Instructor. Tales peritos podrán ser llamados al juicio oral, si lo solicita alguna de las partes en el proceso penal, a fin de que pueda el Tribunal sentenciador enjuiciar la fidelidad, exactitud y concreto alcance de las conversaciones (en su caso, modismos o alocuciones) que se mantuvieron telefónicamente.

En el caso sometido a nuestra consideración, dada la peculiaridad del idioma en que se mantienen tales conversaciones (“pigin english”) que, como antes hemos expuesto, es una variedad a modo de dialecto entre inglés y africano, se acude a un práctico en la materia que traduce las conversaciones al inglés. A este perito es tomada declaración por el Juez Instructor, quien advera bajo juramento la fidelidad de las traducciones, para seguidamente protegerle con base en la Ley Orgánica 19/1994. Igualmente se toma declaración al policía n.º 74.850, que realiza las traducciones al español. En toda la causa no hay impugnación alguna por parte de las defensas a tales traducciones, ni se propone en momento alguno prueba contradictoria, sino única y exclusivamente se alega en el acto del juicio oral, sin proponer siquiera la comparecencia de tal perito, haciéndolo sin embargo el policía nacional a instancias de la acusación pública. De modo que no se ha vulnerado el secreto de las comunicaciones como derecho fundamental, ya que los aspectos debatidos serían a lo sumo de legalidad ordinaria, no constitucional, perspectiva desde la que únicamente se ha reprochado la afectación; y en todo caso, dada la peculiaridad del dialecto en que se mantienen las conversaciones parece evidente la ausencia de titulación oficial al respecto. Por estas razones, procede desestimar este submotivo.

Sentencia 1923/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 14 de diciembre de 2000

ROBO CON INTIMIDACIÓN.

Art. 242 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se analizan los requisitos que tienen que concurrir para la apreciación (excepcional) de la causa de atenuación de la pena del robo violento prevista en el párrafo tercero del art. 242 del Código Penal (vid. también la STS 1605/2000, de 20 de octubre).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) Esta norma constituye una interesante novedad del CP 1995 que viene a permitir unas mejores posibilidades de adaptación de la pena a las circunstancias concretas del caso, una más adecuada proporcionalidad en definitiva, a fin de solucionar aquellos supuestos que, mereciendo la cualificación de robos, y no de hurtos, por existir realmente una violencia o intimidación, sin embargo, por la poca importancia del elemento coaccionador contra la víctima, resultaban con una pena desproporcionada. Como ya ha dicho esta Sala, tales robos con violencias o intimidaciones de orden menor no deberían estar sancionados con la misma pena que los atracos hechos con armas de fuego, por ejemplo.

Al respecto hemos de hacer las consideraciones siguientes:

A) En primer lugar insistir en algo que esta Sala ya ha dicho repetidamente (SS de 21 de noviembre de 1997 y 30 de abril de 1998): que esta rebaja de la pena del art. 242.3 viene determinada por la menor antijuricidad del hecho, no por consideraciones relativas a una culpabilidad disminuida, co-

mo claramente se deduce de su propia redacción —“entidad de la violencia o intimidación” y “circunstancias del hecho”—, en unos términos que nos conducen al suceso acaecido en su dimensión objetiva.

Pero hemos de añadir aquí que tal dimensión objetiva, referida a la existencia de una menor antijuricidad, ha de limitarse al hecho en sí mismo considerado. Lo que deducimos de esos mismos términos concretos que utiliza esta norma penal.

B) Asimismo la doctrina de esta Sala, también de forma reiterada, desde la sentencia de 21 de noviembre de 1997, antes citada, y particularmente desde que así se acordó en una reunión del Pleno de 27 de febrero de 1998 (véanse las SS de 9 de marzo, 30 de abril y 23 de julio, todas de 1998), viene aplicando esta norma de rebaja discrecional de la pena también en los casos en que concurre alguna de las circunstancias de agravación específica previstas en el párrafo 2 del mismo art. 242, después de alguna vacilación inicial, por entenderse que, a veces, hay casos en que aparece desproporcionada la pena también en estos supuestos de uso de armas u otros medios peligrosos. Incluso en tal doctrina jurisprudencial hay referencias en concreto a determinados sucesos en que

la intimidación consistió en la mera exhibición (sin agresión) de armas o instrumentos de no acentuada peligrosidad (así también la S de 5 de marzo de 1999).

C) Veamos ahora cuáles son los criterios a seguir para dilucidar si ha de aplicarse o no este art. 242.3.

Como ya se ha dicho, la propia norma nos conduce al hecho en su objetividad (no en la culpabilidad) y en sí mismo considerado a través de los siguientes términos:

1.º “Menor entidad de la violencia o intimidación”, criterio principal, sin duda alguna, como se deduce de la expresión “además” que encabeza la referencia al otro criterio, y que, por otro lado, tiene una mayor concreción y hace referencia, de los dos bienes jurídicos protegidos en esta clase de robos (personas y patrimonio), al más relevante de ellos: la libertad e integridad de la persona.

2.º “Además las restantes circunstancias del hecho”, elemento de menor importancia que el primero, como ya se ha dicho, pero imprescindible para la aplicación del precepto, de modo que la sola consideración de la entidad de la violencia o intimidación no permite aplicar la rebaja en grado aquí previsto. Hay que examinar las otras circunstancias del hecho, indeterminadas en la propia norma y, por tanto, de muy variada condición:

a) El lugar donde se roba: no es lo mismo hacerlo en la calle a un transeúnte que en un establecimiento comercial, y tampoco puede equipararse el robo en una pequeña tienda al que se comete contra una entidad bancaria.

b) Con relación al sujeto activo, habrá de considerarse si se trata de una persona o si hubo un grupo de coautores, así como, en su caso, la forma de actuación de ese grupo y si se hallaba más o menos organizado.

c) Asimismo podrá considerarse el número de las personas atracadas y su condición en orden a su situación económica o a las mayores o menores posibilidades de defenderse.

d) La experiencia nos dice que de todas estas “restantes circunstancias del hecho”, la que con mayor frecuencia se nos presenta para valorar si se aplica o no esta norma jurídica, es el valor de lo sustraído, de modo que ha de excluirse esta aplicación cuando tal valor alcanza cierta cuantía que, desde luego, no cabe determinar en una cifra concreta, pues habrá de variar según esas otras circunstancias antes indicadas o cualesquiera otras que pudieran conferir al hecho mayor o menor antijuricidad.

Todos estos criterios habrán de tenerse en cuenta conjuntamente, a fin de poder valorar de modo global la gravedad objetiva de lo ocurrido, en sí mismo considerado, para determinar en definitiva si la pena a imponer (la del 242.1 o la del 242.2) es proporcionada a esa gravedad o si ha de considerarse más adecuada la rebaja en un grado que prevé el 242.3.

No olvidemos que, como antes se ha dicho, la razón de ser del precepto es la de dar al Juzgador unas mejores posibilidades de adaptación de la pena al caso concreto, evitando el que sea forzoso imponer una determinada sanción cuando la menor gravedad del hecho aconseje otra de menor entidad.

D) En el caso presente fue bien denegada la aplicación de este art. 242.3. Aunque lo sustraído fuera de poca importancia económica y los demás criterios antes referidos pudieran favorecer la posición aquí mantenida por el recurrente, estimamos que ciertamente no nos encontramos ante un supuesto de “menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas” que, como hemos dicho, constituye en la norma examinada el elemento de valoración de mayor relevancia. Y ello por tres razones:

1.ª El uso de un instrumento que exige una preparación anterior precisamente para ser usado como medio intimidatorio para robar, pues carece de utilidad para otra cosa, como ocurre con una jeringuilla con su correspondiente aguja.

2.ª El que tal jeringuilla contuviera sangre, por el miedo que hay al contagio con

el SIDA. Aunque no se haya acreditado que la sangre estuviera contaminada de modo que pudiera transmitir alguna enfermedad, como ya se ha dicho, es claro que tal contenido de la jeringuilla en las circunstancias aquí examinadas (incluso aunque se tratara sólo de tinta roja, que no es el caso) aumenta de modo notable su capacidad para intimidar.

3.^a Además, en el hecho segundo se produjo el traslado forzado de la víctima hasta un cajero automático para obligarla a sacar 4.000 pts., además de otras 4.000 que ya le había quitado antes. Aunque fuera por poco tiempo, hubo una privación de la libertad ambulatoria del sujeto pasivo del delito que aumenta la gravedad del hecho a los efectos aquí examinados.

Sentencia 1929/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 15 de diciembre de 2000

EJERCICIO LEGÍTIMO DEL CARGO.

Art. 8.11 Código Penal 1973 (art. 20.7 Código Penal 1995).

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell**

SÍNTESIS

Frente a la apreciación sólo como incompleta de la eximente por la Sala de instancia, el Tribunal Supremo exime de responsabilidad, por ejercicio legítimo del cargo, a un policía que, en las circunstancias expresadas en la sentencia, golpea a un detenido causándole desgarro del tímpano.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) Existen una serie de requisitos precisos que han de concurrir para la apreciación del ejercicio legítimo de un deber, tanto con valor de eximente completa como de eximente incompleta, cuando se trata de su aplicación en el caso de actuaciones policiales: 1.^o que el agente del hecho sea un agente policial que legalmente esté autorizado para hacer uso de medios violentos en el ejercicio de sus funciones, 2.^o que los hechos, cuya antijuridicidad pudiera excluirse total o parcialmente mediante la apreciación de esta circunstancia, se hayan producido en el ejercicio de sus funciones, y 3.^o que para el cumplimiento de esas funciones precise el agente en el con-

creto caso el uso de una actividad violenta. Cuando la actuación violenta del agente policial sea proporcionada a la que las circunstancias requieren y se haya utilizado el medio menos violento y del modo menos lesivo posible, el efecto del cumplimiento del deber puede alcanzar a justificar la actuación constituyendo una eximente, pero si, en cambio, la intervención violenta es desproporcionada y excesiva en relación con la precisa para evitar el mal para cuya solución o prevención está autorizado el agente, el alcance justificador de esa conducta es sólo parcial y limitado a constituir una eximente incompleta con el efecto de atenuante. Difícil es de determinar el grado de necesidad de la actuación del agente, tanto para él mismo al actuar, como luego para el juez, y en espe-

cial cuando, como en el presente caso, la intervención debía ser inmediata y rápida. Sin embargo, parece que la utilizada por el acusado cuando cumplía sus funciones en el presente caso fue precisa porque, ante el rápido e inesperado introducirse en la boca por una persona de sustancia, que, dada la situación de encontrarse el policía acusado buscando sobre la de un sospechoso de posesión ilícita de drogas, había que suponer con un elevado grado de probabilidad que de tal clase era la que se metía en la boca, con propósito de tragarla y hacerla así desaparecer como elemento cuya posesión le incriminaba, pero cuya ingestión le ponía también en grave peligro para su salud, la actividad que del policía se requería para evitar el peligro de la persona era la encaminada a impedir que el sospechoso la deglutiera, para lo que, con una mano le agarró por el cuello, y con la otra le golpeó la cabeza con el fin de produ-

cir un movimiento de la misma que determinara impedir o dificultar tragar lo que en la boca se había metido. Manifiéstase en los fundamentos jurídicos de la sentencia que la apreciación de la debilidad del sujeto golpeado debió determinar al policía a golpear menos fuertemente, pero tal argumento no refleja necesariamente la fuerza extremada del golpe, ya que podría también ser que esa debilidad determinara mayor gravedad a un golpe no muy fuerte, y que recayó sobre la zona auricular por ser la más accesible al brazo del policía situado frente a frente con la persona que golpeó. Ante la necesidad razonable de la violencia ejercida hay que entender que esa conducta del acusado merece la consideración y el valor de una eximente completa, con lo que procede la estimación el motivo, lo que a su vez determina la innecesariedad de considerar el quinto y último motivo del recurso.

Sentencia 1947/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 15 de diciembre de 2000

ASISTENCIA LETRADA DE OFICIO.

Arts. 31 Ley Asistencia Jurídica Gratuita; 17.3. y 24 C.E.

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

SÍNTESIS

El incumplimiento del art. 31 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que impone una única dirección letrada de oficio a lo largo de la misma instancia judicial no es suficiente para considerar vulnerado el derecho de defensa y asistencia letrada si no se aprecia en el caso concreto que le haya producido una real y efectiva indefensión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Ha de ser el mismo letrado designado de oficio el que asista al imputa-

do, sea o no detenido en las primeras diligencias y en las posteriores que se practiquen, no hasta la finalización del proceso, como decía el ya derogado art. 788.2 LECr.,

sino dentro de la misma instancia judicial como ahora manda con mayor precisión ese art. 31 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, limitando así ese mandato relativo a la asistencia profesional por la misma persona, que en la norma inicial se refería a la totalidad del proceso, con las dificultades que esto forzosamente tenía que acarrear cuando los diversos trámites del mismo hubieran de seguirse en órganos judiciales diferentes con sede en lugares pertenecientes a territorios donde funcionasen distintos colegios de abogados, para referirlo sólo a cada una de las instancias del proceso, debiendo entenderse por la misma instancia, en el caso presente, el conjunto de actuaciones que se desarrollan en la instrucción y en el juicio oral, máxime ahora en que las calificaciones provisionales de las partes para el juicio oral se realizan ante el Juzgado de instrucción cuando se sigue el proceso por las normas del llamado procedimiento abreviado.

También es cierto que en el caso presente tal norma procesal no fue cumplida, como acusa la parte recurrente, pues hubo un letrado de oficio designado por el Colegio de Huelva para la declaración de L.F. en el Juzgado de Valverde del Camino el 22 de octubre de 1997 (folio 6) y otro diferente le asistió en reconocimiento en rueda de que fue objeto el 19 de noviembre de 1997 (folio 9), ambos designados por el turno de guardia del mencionado colegio, sin que conste que el órgano judicial hiciera nada para asegurarse de que fuera el mismo que había asistido en aquella primera actuación. Es más, luego, al serle designado abogado de oficio para redactar el escrito de defensa, fue otro letrado diferente de los dos que le habían intervenido en esas otras dos diligencias anteriores el que fue nombrado para tal trámite, letrado, eso sí, que fue el mismo que le defendió en el acto del juicio oral.

Entendemos que, con tal variedad de profesionales asistiendo al mismo imputado en

las diligencias previas y en el juicio oral se produjo una violación de lo mandado en este art. 31 de la ley de Asistencia Jurídica Gratuita. El juzgado y el propio colegio de abogados tenían que haber actuado de modo que fuera un mismo profesional el que de forma real y efectiva defendiera al mismo sujeto pasivo del proceso en todos esos trámites seguidos ante el Juzgado de Instrucción y ante la Audiencia Provincial. Esta es la voluntad del legislador que en este caso ciertamente no fue respetada.

Pero entendemos que tal infracción tiene por sí misma un mero alcance procesal, sin incidencia en el derecho de defensa y de asistencia letrada a que se refieren los arts. 17.3 y 24.2 CE: Luis F.F.P. en cada una de esas diligencias judiciales estuvo asistido de letrado de oficio designado por el Colegio de Abogados de Huelva al no haberse producido un nombramiento por el propio interesado. Y ello del modo real y efectivo que exige el mencionado art. 31, pues no aparece anomalía alguna en las respectivas actuaciones de cada uno de esos profesionales, por lo que consideramos que esos derechos constitucionales de asistencia y defensa letrada fueron respetados.

Para que el referido vicio procesal tuviera alcance constitucional tendría que haber ocasionado alguna real y efectiva indefensión (art. 24.1 CE), que no aparece en el trámite del procedimiento en cuanto a que esa diversidad de profesionales aquí denunciada hubiera perjudicado al imputado en sus posibilidades de alegar y probar lo que hubiera sido necesario o conveniente en pro de los intereses defendidos.

En conclusión, la mencionada infracción procesal carece del alcance constitucional pretendido por el recurrente: fue sólo un vicio de procedimiento que hemos de considerar irrelevante.

Sentencia 1965/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 15 de diciembre de 2000

APROPIACIÓN INDEBIDA (Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL).

Arts. 252 y 295 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras ratificarse en la tesis jurisprudencial según la cual la administración desleal del patrimonio ajeno constituye una modalidad de apropiación indebida, analiza esta sentencia la relación concursal entre la apropiación indebida (art. 252 CP) y la administración desleal societaria (art. 295 CP), concluyendo que estamos ante una hipótesis de alternatividad de leyes penales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Por otra parte aun en el supuesto de aplicación retroactiva del Código Penal 1995 no procedería, en ningún caso, la aplicación del art. 295 con preferencia al 252, pues en la resolución del concurso normativo entre ambos tipos no procede la aplicación del principio de especialidad sino el de alternatividad, como ya ha establecido esta Sala con anterioridad (STS 26 de febrero de 1998).

Como ha señalado la doctrina, en los supuestos de especialidad el delito principal y el especial se comportan como círculos concéntricos en el que el menor o especial está comprendido íntegramente en el círculo mayor o tipo general, de manera que todos los elementos integradores del tipo especial cumplen la hipótesis típica del tipo general, es decir se encuentran comprendidos en él, aun cuando concurra además algún elemento típico adicional; por el contrario en los

delitos que se encuentran en relación de alternatividad, la imagen correspondiente es la de círculos secantes, que tienen una zona común en la que los comportamientos delictivos satisfacen ambas hipótesis típicas, pero que también tienen zonas exclusivas, en las que los comportamientos únicamente satisfacen la hipótesis típica de uno de ellos pero no del alternativo.

Esta es precisamente la situación que concurre entre el tipo delictivo de apropiación indebida del art. 252 y el de administración desleal del art. 295, pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria y en el segundo comportamientos, como la disposición fraudulenta de bienes inmuebles o la asunción abusiva de obligaciones, ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida. La relación entre ambos tipos es la de alternatividad y no de especialidad, lo cual resulta, además, coherente con el dato evidente de que no se aprecian razones que pu-

diesen explicar un tratamiento injustificadamente privilegiado para los delitos de apropiación indebida cometidos en el ámbito de la administración societaria.

Tercero.—Como señala la Sentencia núm. 224/1998, de 26 de febrero, debe tenerse en cuenta que el viejo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295 sino por el 252, que reproduce sustancialmente con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud —e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada— que tenía en el Código Penal de 1973. El art. 295 del Código Penal vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del art. 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consi-

deran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del Código Penal vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, (que es justamente el que se produciría en el caso que ha dado origen a este recurso, en el supuesto de que se estimase de aplicación el nuevo Código) se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 del Código Penal vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave aplicando el art. 252 y no el 295, ambos del Código Penal vigente, criterio jurisprudencial que se ratifica expresamente.

Sentencia 1940/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 18 de diciembre de 2000

ACTUACIÓN EN NOMBRE DE OTRO.

Art. 31 Código Penal

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

SÍNTESIS

Sentido general de la cláusula de extensión de la autoría prevista en el art. 31 CP (actuación en nombre de otro).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) B) El vigente artículo 31 CP, cuyo antecedente era el 15 bis introducido por la Ley de Reforma de 25 de junio

de 1983, constituye una regla complementaria de la autoría fijada en el artículo 28 del mismo Texto que tiene por objeto, en aras de preservar el principio de legalidad, delimitar la existencia de posibles autores en

aquellos casos en que por tratarse de delitos especiales se exige la concurrencia de determinadas condiciones o cualidades para ser considerado autor de los mismos. El caso paradigmático era el de las personas jurídicas y quien debía responder penalmente de sus actos ilícitos, constituyendo recurso habitual la apelación a dicha personalidad con el objeto de eludir las personas físicas partícipes e integrantes de las mismas su propia responsabilidad penal, resultando por ello una regla extraordinariamente útil, aplicable especialmente a delitos de naturaleza patrimonial o económica en los que es preciso discernir quién es el “verdadero dueño de la voluntad social”, que salva en todo caso el principio de legalidad mencionado. Por ser meramente complementaria o aclaratoria del artículo 28 CP, ni implica una presunción de autoría, ni un caso de responsabilidad objetiva, pues el agente en todo caso debe ser autor conforme al artículo citado en último lugar (ver al respecto la STS de 29 de noviembre de 1997).

Siendo el delito contra la Hacienda Pública tipificado en el artículo 305 CP un delito especial propio, según la opinión mayoritaria, es exigible para su comisión que la defraudación alcance a tributos propios del autor y tratándose de sociedades la relación

tributaria subyacente (artículo 35 LGT) está integrada subjetivamente por aquélla como sujeto pasivo de la misma y la Hacienda Pública. Sin embargo, a través de la regla del artículo 31 mencionado “el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre y representación legal o voluntaria de otro (lo que se añade en el Texto de 1995), responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”, lo que es aplicable al caso presente, si tenemos en cuenta que el hecho probado parte de la afirmación de ser el acusado administrador de la empresa obligada al pago de los tributos, con independencia de la designación de su hijo como administrador y que así figurase en el Registro Mercantil, pues ello en todo caso tendría sólo efectos frente a terceros en relación con el tráfico jurídico-mercantil, pero no cuando se trata de discernir la responsabilidad penal individual aquí considerada, deduciéndose razonablemente por la Sala la autoría del recurrente en función de ser éste el verdadero “dominador del hecho”.

Sentencia 1950/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 19 de diciembre de 2000

DENEGACIÓN DE PRUEBA.

Arts. 850.1 LECrim.; 24 CE

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre los requisitos que ha de reunir la denegación de prueba para que pueda suponer el quebrantamiento de forma tipificado por el 850.1 LECrim. además de la vulneración de derechos fundamentales del art. 24 CE (vid., en el mismo sentido la STS 2008/2000, de 28 de diciembre).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Tanto el Tribunal Constitucional (SS de 10 de abril de 1985, 20 de febrero de 1986, 30 de enero de 1991 y 29 de abril de 1992, entre otras), como esta Sala (SS de 24 de marzo de 1981, 25 de octubre y 12 de diciembre de 1985, 13 de mayo de 1986, 26 de febrero de 1987, 2 de febrero, 7 de marzo y 16 de mayo de 1988, 14 de marzo, 7 de junio y 10 y 25 de octubre de 1989, 11 de marzo y 15 de abril de 1991, 20 de enero, 24 de junio y 10 de agosto de 1992, 12 de febrero y 13 de abril, 2 de junio de 1993, 24 de enero y 7 de diciembre de 1994, 21 de marzo de 1995, 29 de enero de 1996 y 14 de abril, 12 de mayo de 1997, 26 de enero y 16 de enero de 1998, 10 de junio y 14 de junio de 1999, 31 de enero, 20 de marzo, 5, 17 y 18 de abril de 2000), han estudiado los requisitos para que la denegación de prueba pueda determinar la anulación de la sentencia, que son éstos:

1.º Las pruebas tendrán que haber sido pedidas en tiempo y forma. En tiempo estarán pedidas si se solicitan en el escrito de conclusiones provisionales (arts. 656, 790 y 791 de la LECrim.), y también en el momento de la iniciación del juicio en el Procedimiento Abreviado (art. 793.2 de la citada Ley), y en el curso del juicio oral si se dan los supuestos del art. 729 y del art. 746.3 y 6.º de la Ley Procesal Penal. En forma estarán pedidas las pruebas cuya solicitud se ajuste a las reglas procesales, exigiendo el art. 636 de la LECrim., que cuando se proponga prueba testifical y pericial se indiquen los datos identificativos de testigos y peritos.

2.º Que se denieguen las pruebas por el Tribunal enjuiciador, ya en la resolución específica decisoria de la propuesta de prueba, que regula el art. 659 de la LECrim., ya en el comienzo de las sesiones del juicio, si se propusieran pruebas en tal momento proce-

sal en el Procedimiento Abreviado, conforme autoriza el art. 793.2 de la citada ley, ya en el curso del juicio, si se pidió en tal momento la práctica de prueba, al amparo del art. 729 o del 746 de la LECrim., siendo doctrina consolidada la que exige motivación de la denegación judicial de la prueba.

3.º Las pruebas pedidas tendrán que ser pertinentes, es decir, relacionadas con el objeto del proceso, y útiles, esto es, con virtualidad probatoria respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose para que proceda la suspensión del juicio para la citación de un testigo o perito incomparecido, que su declaración sea necesaria, según lo dispuesto en el art. 746.3 de la Ley Procesal Penal; orientándose el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo, para evitar dilaciones innecesarias, habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la procedencia o improcedencia de aquella cuya admisión se cuestiona (STC de 10 de abril de 1985, 20 de febrero de 1986 y 30 de octubre de 1991) y de esta Sala (SS de 24 de marzo de 1981, 12 de diciembre de 1985, 7 de junio, 3 de octubre y 25 de octubre de 1989, 15 de abril de 1991, 20 de enero y 13 de julio de 1992, 12 de febrero y 13 de abril de 1993, 24 de enero de 1994, 7 de diciembre de 1994, 21 de marzo de 1995, 4 de mayo de 1995 y 29 de enero de 1996).

4.º Que la práctica de la prueba sea posible (STS de 11.3.91 y 24.6.92), y que se hayan agotado razonablemente las diligencias para traer al testigo o perito; y

5.º Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación, lo que se establece en el párrafo 4.º del art. 659 de la Ley Procesal Penal, habiendo exigido esta Sala (SS de 25 de octubre de 1985, 13 de mayo de 1986, 26 de febrero de 1987, 4 de junio de 1987, 2 de febrero de 1988, 14 de marzo de 1989, 10 de julio de 1992, 2 de junio de 1993, 21 de marzo de 1995), que se hagan constar las preguntas que iban a for-

mularse al testigo. Sin embargo, la falta de mención de las preguntas no deberá invalidar la reclamación casacional del recurrente, cuando pueda racionalmente presumirse el tenor de las mismas, teniendo en cuenta lo manifestado por el testigo en la fase instructora.

En relación a la prueba testifical deben ponderarse las normas contenidas en el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, y en el art. 6.3 del convenio Europeo para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales. Tales preceptos, deben tenerse en cuenta para interpretar las normas de nuestra Constitución, relativas a los derechos fundamentales y a las libertades, según dispone el ap. 2 del art. 10 de nuestra Constitución, y los citados preceptos de rango internacional, establecen el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y el interrogatorio de los mismos.

(...)

Tercero.—(...) Teniendo en cuenta la doctrina expuesta, el motivo debe estimarse, por haber sido improcedente la decisión del Tribunal de no suspender el juicio para la

nueva citación de la testigo M.^aAMB, por las siguientes razones:

a) Porque tal prueba había sido propuesta en tiempo y forma, en el escrito de defensa.

b) Porque la prueba había sido considerada pertinente, por el Tribunal y había sido admitida.

c) Porque la prueba era evidentemente pertinente y necesaria, al consistir en el testimonio de la persona, a la que, según el Ministerio Fiscal, el acusado JA había entregado una porción de heroína.

d) Porque el derecho a interrogar a la testigo de descargo tiene su apoyo en lo dispuesto en las normas citadas en el precedente Fundamento del convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

e) Porque el Tribunal no dio razones de la denegación de la prueba ni en el acto del juicio, ni en la sentencia.

f) Porque la falta de mención por el Letrado del acusado de las preguntas que pensaba hacer a M.^aAMB no puede invalidar la reclamación casacional, según lo argumentado en el segundo Fundamento, ya que puede racionalmente inferirse el contenido del interrogatorio.

Sentencia 1801/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 20 de diciembre de 2000

EXCUSA ABSOLUTORIA.

Art. 268 Código Penal

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

SÍNTESIS

Para apreciar la excusa absolutoria prevista, para delitos patrimoniales no violentos, en el art. 268 CP, no se requiere que, caso de tratarse de hermanos, éstos vivan juntos. (Véase el Acuerdo de la Sala II, de 15 de diciembre de 2000, publicado en este mismo número de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...) El vigente Código Penal ha dado nueva redacción a la excusa absoluta entre parientes al disponer, en su artículo 268, que “1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si vivieren juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito”.

El texto derogado tenía distinto alcance y entre otras cosas exigía expresamente que los hermanos y cuñados vivieran juntos para beneficiarse de esta exención de responsabilidad criminal.

La nueva redacción determinó que esta Sala, en una sentencia de 26 de junio de 2000, declarara que los hermanos, aunque no vivan juntos, están exentos de responsabilidad criminal por los delitos patrimonia-

les en los que no concurra violencia o intimidación.

La cuestión ha sido llevada al Pleno no jurisdiccional de esta Sala que, en su reunión del día 15 de diciembre de 2000, se decantó mayoritariamente en favor de la posición que no exige la convivencia para la aplicación entre hermanos de la excusa absoluta prevista en el artículo 268 del Código Penal.

Ciertamente, de los términos en los que aparece redactado el texto vigente resulta innecesaria la convivencia cuando se trata de hermanos, lo que sí se exige, por el contrario, cuando los delitos patrimoniales se hubieran cometido entre afines en primer grado, como sería el caso de los suegros.

Entender que el texto vigente sigue exigiendo la convivencia entre hermanos conduciría al absurdo, dada la vigente redacción, de requerir esa convivencia a los ascendientes y descendientes, lo que ni siquiera se precisaba en el texto derogado y que supondría una excesiva intervención del derecho penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta excusa absoluta.

Sentencia 2011/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 20 de diciembre de 2000

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

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

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

SÍNTESIS

Se resumen y hacen propios los criterios trazados en la importante STC 181/2000, de 29 de junio (extractada en el n.º 1 de esta Revista), insistiendo en el sometimiento obligatorio de los Jueces y Tribunales (en los términos

trazados en la propia sentencia) al baremo de valoración de daños de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Se alega, en contra de la sentencia de instancia, que las indemnizaciones concedidas son superiores a las establecidas en el Anexo de la Ley señalada y en las normas posteriores que la actualizan, y en concreto a las establecidas en la tabla 1.^a de indemnizaciones básicas de muerte.

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 Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, expresa en su Exposición de Motivos, que entre otras modificaciones, 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 ciertamente 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 conocidamente 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 1.º 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 8.^a 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 21.º, 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 este 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 presente recurso no contemplamos un supuesto de cuantificación de los perjuicios sufridos por incapacidad temporal. Es cierto que la doctrina, al analizar la referida sentencia del Tribunal Constitucional, se plantea la posibilidad de extender esta declaración de inconstitucionalidad a la baremación del lucro cesante en los supuestos previstos en las Tablas II y IV, correspondientes a indemnizaciones básicas por muerte y lesiones permanentes al poderse afirmar similares situaciones de las que han sido tenidas en cuenta en la sentencia. Ello en todo caso, y es de especial interés destacar, no supone un regreso al sistema discrecional por parte de los Tribunales de justicia ni tampoco se puede sostener el valor orientativo del baremo que por lo que se ha dejado expuesto y salvo las excepciones a que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional, es de obligado cumplimiento por parte de los Tribunales de justicia.

En el supuesto que nos ocupa, por muy difícil que resulte cuantificar y poner precio a una vida humana, y al lucro cesante que ha generado tal pérdida, como sucede asimismo en los casos de incapacidad permanente, hay que partir 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 aunque el Tribunal Constitucional no haya hecho uso de la facultad que le otorga el artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de extender su decisión a supuestos no impugnados de la misma Ley, no puede descartarse que los razonamientos expresados para declarar la inconstitucionalidad de determinados aspectos expresamente impugnados sean susceptibles de extenderse a otros daños corporales previstos en la Ley como sería el de cuantificación del lucro cesante en casos de muerte o lesión permanente, cuando concurren circunstancias excepcionales que permitirían afirmar la vulneración de los derechos constitucionales a que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional que hemos dejado mencionada.

Sin embargo, ese no es el caso que examinamos en el presente recurso, ya que los

hechos que se declaran probados impiden afirmar que no se hubiese alcanzado, con la cuantificación fijada por el baremo, ni siquiera el mínimo aceptable para indemnizar a los perjudicados por el fallecimiento de la víctima del accidente de tráfico enjuiciado, ya que no existen razones que aconsejarían [sic] modular las indemnizaciones del baremo con la necesaria individualización a que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional tantas veces comentada, y sin que podamos olvidar que su declaración se ha contraído a perjuicios sufridos por incapacidad temporal.

Así las cosas, procede estimar el motivo y afirmar que los Tribunales de justicia están obligados a someterse al sistema o baremo de valoración de daños de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Sentencia 2004/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 21 de diciembre de 2000

OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA Y AMENAZAS.

Arts. 169 y 464.2 Código Penal

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

SÍNTESIS

Entiende la sentencia que las amenazas a un testigo, tipificadas como delito de obstrucción a la justicia, no consumen al simultáneo delito de amenazas, sino que concurren idealmente los dos delitos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...) En el único motivo de impugnación formalizado en este recurso, que se ampara en el artículo 849.1 de la LE-Crim, se denuncia una indebida aplicación del artículo 169 del Código Penal por entender el recurrente que el delito de obstrucción

a la justicia, por el que ha sido condenado en la Sentencia recurrida, absorbe o consume el delito de amenazas por el que también ha sido condenado, cuestionando finalmente la entidad delictiva de la segunda infracción. No podemos dar la razón al recurrente. En la declaración de hechos probados de la Sentencia se dice que el acusado, habiendo sido

reconocido por una persona en una rueda de detenidos practicada en el curso de una investigación policial, hizo una pintada en una pared situada frente a la casa de aquélla, en la que se leían las palabras “chivata”, “cabrona” y “perra”, y que el mismo, al encontrarse a dicha persona en la vecindad, le dijo: “chivata, te voy a ajustar las cuentas”. El hecho constituye, sin duda alguna un delito de obstrucción a la justicia previsto y penado en el artículo 464.2 Código Penal puesto que la última expresión transcrita envuelve una amenaza, esto es, significa un acto atentatorio contra la libertad, que se profiere como represalia por la actuación de un testigo en un procedimiento judicial o, lo que es lo mismo, en un atestado destinado a integrarse en un procedimiento judicial. Porque es evidente el carácter de amenaza que tiene la expresión “ajustar las cuentas” equivalente, en el lenguaje coloquial, precisamente a amenazar. Y si se dice acompañándola con insultos, por una persona a la que la amenazada ha identificado como presunto autor de un delito, la frase no puede anunciar otra cosa que una agresión con su inevitable resultado lesivo. Estamos, pues, en este caso, ante el anuncio de un mal susceptible de concretarse en un delito de lesiones, formulado con indiscutible seriedad habida cuenta de los insultos con que se subraya y hecho, en definitiva, en condiciones idóneas para

intimidar al sujeto pasivo porque la realización del mal es posible y sólo depende de la voluntad de quien lo anuncia. Pues bien, si los hechos son simultáneamente subsumibles en el tipo de amenazas no condicionales del artículo 169.2 y en el de obstrucción a la justicia del artículo 464.2, ambos del Código Penal, es claro que ambas tipicidades deben ser objeto de aplicación porque el último de los preceptos mencionados confiere a su concurrencia el carácter de un concurso ideal de delitos. Dícese, en efecto, en el artículo 464.2 que a quien realizara los actos que en la norma se enumeran se impondrán las mismas penas establecidas en el apartado anterior, “sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos”. Con ello, el legislador ha excluido expresamente, en contra de la pretensión del recurrente, que el precepto tipificador de la obstrucción a la justicia sea “lex consumens” con respecto al tipificador de las amenazas o de cualquier otro de los delitos en que pudiera consistir la represalia con que se intenta entorpecer la Administración de Justicia. Ambos preceptos deben ser aplicados según las reglas del concurso ideal como correctamente hizo el Tribunal de instancia. No habiéndose producido la infracción legal denunciada, el único motivo del recuso debe ser desestimado.

Sentencia 1805/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 26 de diciembre de 2000

ALZAMIENTO DE BIENES.

Arts. 519 Código Penal 1973 y 257.1 Código Penal 1995

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

SÍNTESIS

Siguiendo los planteamientos de la STS 732/2000, de 27 de abril (véase el n.º 1 de esta Revista), se resumen con precisión los elementos constitutivos

del delito de alzamiento de bienes, insistiendo en que no es preciso para su consumación, que la insolvencia sea total, ni que se agote el procedimiento ejecutivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El delito de alzamiento de bienes constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal prevenida en el art. 1911 del Código Civil, y de otro el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio

Conforme a la doctrina y jurisprudencia recientes el alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes.

Como recuerda la sentencia número 732/2000, de 27 de abril, que resume acertadamente la doctrina de esta Sala sobre el tipo delictivo analizado, una vez superado el 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 el alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar 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 gra-

vamen que impide o dificulta la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho real que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión “en perjuicio de sus acreedores” que utilizaba el art. 519 del Código Penal de 1973, y hoy reitera el artículo 257.1 del código Penal de 1995, 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 allegada, 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 se produce todavía no fueran vencidos o fueran líquidos 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.^o La intención de perjudicar constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.^o Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la

intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolvencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal de 1995 al incluir todos ellos en el mismo Capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación "De las insolvencias punibles", de modo semejante al Código Penal 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 de mayo de 1979, 29 de octubre de 1988 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 de mayo de 1989), 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 que lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario acreditar ningún otro requisito para la existencia del 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 de activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio. (STS 732/2000, de 27 de abril).

Sentencia 2001/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 27 de diciembre de 2000

FALSEDAD EN CERTIFICACIÓN.

Art. 398 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se analizan las relaciones entre falsedad en documento oficial y la falsedad en certificación del art. 398 CP, concluyendo en el carácter puramente residual de esta última.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...) 2. Para iniciar el tratamiento de la cuestión, debemos partir del fragmento concreto del relato fáctico, en que se incrimina al recurrente como autor de un delito de falsedad en documento oficial. El documento en cuestión decía que el acusado, como Alcalde, manifiesta y certifica que el día 10 de septiembre de 1993 se tuvo que suspender la actuación de un grupo musical en el recinto de la Plaza de Toros, “por la lluvia caída en ese momento, según fue (sic) de 2,3 litros de agua”. Esta afirmación no se corresponde con los datos facilitados por los peritos y por centros meteorológicos. En realidad el recurrente no niega la falsedad de lo que se contiene en el documento por él redactado, por lo que la única discusión radica en torno a su exacta calificación jurídica. Es decir, si nos encontramos ante una falsedad en documento oficial o una falsedad cometida en un certificado e incardinada en el artículo 398 del vigente Código Penal.

3. El Ministerio Fiscal, en un amplio y profundo estudio técnico-jurídico, se opone a la estimación del motivo, si bien establece una línea de debate que resulta de incuestionable interés para la resolución del presente caso.

En primer lugar debemos avanzar que el artículo 312 del precedente Código Penal de 1973 que constituye el antecedente del actual artículo 398 castigaba al funcionario público que “librare certificación falsa de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas”.

Para el Ministerio Fiscal el documento que estamos examinando constituye, al mismo tiempo un certificado por lo que podría confluir una doble penalidad como documento oficial y como certificado. En consecuencia considera que nos encontramos ante un concurso aparente de normas que se deben resolver de arreglo con los criterios contenidos en el artículo 8.º del Código Penal. Si se aplica el principio de especialidad se debía otorgar preferencia a la aplicación

del artículo 398 (certificación falsa). No obstante advierte que no toda certificación es documento oficial y que no todo documento oficial es certificación, por lo que desaparecería el principio de especialidad que no necesariamente nos ha de llevar al principio de alternatividad, ya que dejaría totalmente vacío de contenido al artículo 398 del Código Penal. Después de hacer unas acertadas consideraciones sobre el trato privilegiado que se concede a la falsedad de certificaciones, concluye sosteniendo que el artículo 398 quedaría reservado para casos residuales y de escasa trascendencia, por lo que, en el caso presente nos encontramos ante una falsedad en documento oficial tal como se decía en la sentencia de casación que conoció originariamente de esta causa.

4. Desde un punto de vista gramatical la acción típica de certificar en falso o falsear el contenido de un documento puede ser semánticamente diferenciada. Certificar es, según el diccionario de la Real Academia “asegurar, afirmar, dar por cierta una cosa”, pero más específicamente, desde un punto de vista jurídico, es declarar cierta una cosa por un funcionario con autoridad para ello, en un documento oficial. Certificar es también garantizar la autenticidad de una cosa por lo que el funcionario que certifica compromete su responsabilidad asegurando que el certificado responde a una realidad que él conoce y que refleja en el certificado.

Si se certifica en falso se está poniendo en circulación un documento que, si es expedido por un funcionario público, constituye también un documento oficial falso. El legislador ha querido rebajar el reproche antijurídico del hecho, sancionando con penas notablemente inferiores, la expedición de certificados falsos para lo que ha tomado en consideración la menor gravedad o trascendencia de los efectos del documento. Si tomamos como referente el anterior Código Penal podemos contemplar cómo la punición atenuatoria se reservaba para los facultativos que librasen certificado falso de en-

fermedad o lesión con la finalidad de eximir a una persona de un servicio público (art. 311) y al funcionario público que librasse certificación falsa de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas (art. 312), para terminar castigando al particular que falsificare una certificación de las anteriores (art. 313).

5. El Código vigente recoge, en tres preceptos, las variadas falsedades en certificados que contemplaba el Código derogado y, a los efectos que a nosotros nos interesan, el artículo 398 tipifica la certificación falsa librada por autoridad o funcionario público. El criterio diferenciador de las falsedades en documentos oficiales no es tajante y sólo la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental puede ser un criterio determinante para señalar, si nos encontramos ante una falsedad documental o de certificados.

No encajaría dentro del principio de proporcionalidad, que la libranza de un certificado falso por los funcionarios responsables de los Registros de la Propiedad o Mercantil se castigara con una pena cuasi simbólica de suspensión de seis meses a dos años, mientras que si se considera como falsedad la pena sea de dos a seis años de prisión, además de la correspondiente y de la subsiguiente inhabilitación.

Por otro lado es posible, en algunos casos, distinguir entre la expedición de un certificado falso y la falsedad documental. Si consideramos, como hemos dicho, que certificar es reflejar y hacer constar una verdad, que se conoce y aprecia por haber sucedido y existir efectivamente, la actividad desarrollada por el recurrente va más allá de esta conducta al recoger una realidad que le constaba que no era cierta y cuya autenticación no le correspondía, ya que, en todo caso, sería una tarea que habrían tenido que desempeñar los encargados de los respectivos servicios meteorológicos que tenían entre sus antecedentes, los litros de agua que habían caído en las fechas indicadas. Lo que se hace en la práctica, es confeccionar un

documento oficial falso, expedido por un funcionario y que iba destinado a producir efectos en orden al cobro de una indemnización derivada de un seguro de riesgos de suspensión de espectáculos.

6. Por ello, la calificación adecuada es la de falsedad en documento oficial, cometida por autoridad o funcionario público, tal como se mantenía en la sentencia de la Audiencia Provincial.

Sentencia 1816/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de diciembre de 2000

INCONGRUENCIA OMISIVA.

Art. 851.3 LECrim.

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la incongruencia omisiva o fallo corto que aplicada al caso de autos muestra el cumplimiento de las condiciones necesarias para la producción de tal vicio determinando la devolución de la causa al Tribunal de instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La llamada “incongruencia omisiva” o “fallo corto” constituye un “vicio in iudicando” que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte —integrado en el de tutela judicial efectiva— a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/1987, de 23 de junio, 8/1998, de 22 de enero y 108/1990, de 7 de junio, entre otras, y de esta Sala Segun-

da de 2 de noviembre de 1990, 19 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1997, entre otras muchas). La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este “vicio in iudicando”, las siguientes: 1) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho; 2) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; 3) Que se trate de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; 4) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo ad-

misible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución (STS 771/1996, de 5 de febrero, 263/1996, de 25 de marzo o 893/1997, de 20 de junio).

Cuarto.—En el supuesto actual concurren efectivamente dichos cuatro requisitos, por lo que el motivo debe ser estimado. En efecto en primer lugar la pretensión de que se declare formalmente la nulidad de las pruebas practicadas por tener su origen en una diligencia obtenida vulnerando los derechos fundamentales, concretamente presionando al testigo protegido cuya declaración constituye el origen de las actuaciones y sirvió de fundamento a las solicitudes de entrada y registro domiciliario, con independencia de que sea fundada o no, constituye manifiestamente una cuestión jurídica que debe resolverse expresamente con carácter previo a la valoración probatoria, ya que si fuese cierto que la prueba se hubiese obtenido ilícitamente, no habría prueba de cargo alguna que valorar.

En segundo lugar consta en las actuaciones que la referida pretensión fue formulada claramente y en el momento procesal oportuno, pues basta la lectura del escrito de conclusiones definitivas, debidamente incorporado al rollo de Sala inmediatamente a continuación del acta del juicio, para constatar que en dicho escrito —que recoge precisamente las pretensiones definitivas de la defensa, a las que debe dar respuesta expresa la sentencia, arts 732 y 742 de la LECriminal— se comienza por reclamar la ilicitud del material probatorio utilizado como prueba de cargo por provenir de una declaración obtenida de manera ilícita por los funcionarios de policía, al haberse presionado al testigo bajo la amenaza de acusarle de ser él el vendedor de la droga, si no implicaba al acusado, conforme consta en la decla-

ración de éste en el Juzgado. Se afirma en las conclusiones definitivas que dicha declaración se encuentra en el origen de las demás diligencias probatorias pues la misma dio como resultado inmediato el registro del bar, y se invoca expresamente el artículo 11.1 de la LOPJ, y la doctrina de los “efectos reflejos de la prueba ilegítimamente obtenida” o de los “frutos del árbol envenenado”, para interesar que las pruebas obtenidas ilícitamente se declaren radicalmente nulas e inutilizables en el proceso. No tratamos aquí, en absoluto, de considerar fundada dicha pretensión, sino de señalar que fue formalmente planteada por escrito en las conclusiones definitivas y en consecuencia requería una respuesta expresa en la sentencia.

En tercer lugar es claro que se trata de una pretensión en sentido propio, y no de una mera alegación o argumentación que, junto a otras, avale una determinada pretensión.

Por último es obvio que la referida pretensión no ha sido resuelta en la sentencia, que ni menciona siquiera la solicitud de nulidad por inconstitucionalidad de las pruebas de cargo practicadas, ni analiza en modo alguno dicha posibilidad. El hecho de que la sentencia otorgue implícitamente validez a la prueba practicada al valorarla como prueba de cargo suficiente para fundamentar la condena, no puede admitirse en absoluto como una desestimación implícita de la pretensión de nulidad pues del conjunto de la resolución no se deduce razonamiento alguno que permita conocer la motivación de dicha desestimación, por lo que se vulnera manifiestamente el imperativo de razonabilidad de la resolución.

Insiste este Tribunal en que no se efectúa pronunciamiento alguno sobre la procedencia de estimar o no la referida pretensión de nulidad. Únicamente ha de afirmarse que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga incurre en el vicio casacional de quebrantamiento de forma, prevenido en el artículo 851.3 de la LECriminal, al no resolver razonadamente una pretensión de la

defensa oportunamente planteada y de esencial relevancia para el fallo. Procede, en consecuencia, tal y como se establece en el artículo 901 bis.a) de la LECriminal, declarar haber lugar al recurso y ordenar la devo-

lución de la causa al Tribunal de que procede para que, reponiéndola al estado inmediatamente anterior a dictar sentencia, sustancie y termine la causa con arreglo a derecho.

Sentencia 1997/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de diciembre de 2000

PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN TRÁFICO DE DROGAS.

Art. 4.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Aunque el principio de proporcionalidad se dirige fundamentalmente al legislador, se hace eco la Sala del carácter desproporcionado de la pena legalmente asignada a quien, siendo reincidente, introduce pequeñas cantidades de droga en el centro penitenciario (once años y tres meses de prisión), solicitando el indulto de la mitad de la pena impuesta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) La reflexión anunciada sobre la pena de prisión que legalmente viene indicada en el art. 369 del Código Penal se centra en que en el presente caso, el intento de introducción de unos pocos gramos de hachís y heroína en un Centro Penitenciario, no obstante la gravedad de tal acción resulta sancionada con once años y medio de prisión lo que evidencia una falta de medida y por tanto un desequilibrio entre la acción realizada y la pena legal impuesta. No es la primera vez que la Sala aborda el tema de la proporcionalidad de la pena en materia de la punición del tráfico de drogas —entre otras STS número 958/2000 de 1 de ju-

nio—, pero el caso de autos ofrece unos perfiles especialmente preocupantes por el efecto combinado del subtipo agravado de introducción de drogas en Centros Penitenciarios y la agravante de reincidencia.

Normalmente en el subtipo agravado que se comenta los sujetos activos suelen ser o bien familiares de los internos para el consumo de éstos, o bien los propios internos que aprovechándose de permisos penitenciarios tratan de introducirla para hacerla llegar a otros compañeros. Como denominador común en ambos supuestos se trata de cantidades pequeñas. La respuesta penal ante estas conductas lejos de atemperarse ha sufrido un progresivo endurecimiento en el vigente Código Penal derivado del generali-

zado incremento de las penas previstas para el tráfico de drogas, que de un mínimo de 2 años, 4 meses y 1 día previsto en el anterior Código Penal el tipo básico de drogas “duras”, ha pasado a tres años en el vigente Código, incremento que adquiere toda su magnitud si se relaciona con la desaparición de los beneficios de la redención de penas por el trabajo. A esta exacerbación punitiva debe añadirse como segundo elemento de reflexión la constante doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha rechazado la calificación, tanto para los tipos básicos como agravados, de delitos de resultado, de suerte que por lo que se refiere al delito que nos ocupa su consumación queda anticipada a la intervención de la droga en poder del individuo aunque ésta le sea descubierta en los controles arbitrados por la administración penitenciaria para impedir la entrada de drogas en la prisión, ya que lo relevante es la naturaleza de peligro abstracto del tipo por lo que basta a efectos consumativos encontrarse la droga en condiciones de difusión potencial. En este sentido, y en palabras de la Sentencia de 7 de marzo de 1997 se afirma que “...para apreciar el subtipo agravado es menester que la droga haya sido introducida en las dependencias penitenciarias en condiciones potenciales de difusión, lo que equivale a extender, divulgar, propagar o distribuir dichas substancias...”, estimando que lo decisivo para la aplicación del subtipo agravado es que “...haya traspuesto los umbrales del Centro, secundándole una finalidad difusora o de distribución, aunque no se comprueben actos de esta índole...”. En el mismo sentido pueden citarse las sentencias de 25 de marzo y 1 de julio de 1997 y la más reciente n.º 515/1998, de 6 de abril. Ciertamente que también se contabiliza alguna sentencia, como la de 8 de abril de 1996 que calificando el delito como de resultado exige la acreditación de haberse introducido la droga en el Centro Penitenciario o su difusión para aplicar el subtipo, bien que el caso allí contemplado fue el de un interno al que se le ocupó en su celda droga sin existir datos de cómo llegó la misma a la prisión ni la

intervención que tuvo el acusado, supuesto de hecho distinto del ahora contemplado, como son distintos los supuestos de introducción de ínfimas cantidades de droga por razones humanitarias para una persona concreta que careciendo de efectos potencialmente dañinos para la salud que justifique la imposición penal, han sido resueltos con la absolución de tales acciones, y en tal sentido pueden citarse las Sentencias de 28 de marzo de 1995, 20 y 12 de septiembre de 1994, 16 de septiembre de 1993, 25 de enero y 28 de octubre de 1996 y 22 de enero de 1997.

Es evidente que el caso enjuiciado queda intramuros de lo que es la doctrina consolidada de la Sala a la que se ha hecho referencia, y por tanto excluido de los supuestos excepcionales en los que ha sido otra la respuesta; jurisprudencialmente, ello nos lleva de un lado a estimar el delito en grado de consumación y de otro a estimar que la pena legalmente imponible carece de proporcionalidad en el sentido de equilibrio entre la entidad del delito y la entidad del resultado.

En este sentido, debe recordarse que la STC 55/1996, de 28 de marzo, reconoce la necesidad de la pena como un elemento del principio de proporcionalidad, de esta afirmación puede concluirse que la pena desproporcionada es pena innecesaria en cuanto al exceso y por lo tanto inidónea para alcanzar el fin propuesto por el legislador.

En esta situación, estimamos que aunque el principio de proporcionalidad va dirigido fundamentalmente al Legislador, también interpela al Poder Judicial en la medida que a él le corresponde la realización del derecho concreto a través del enjuiciamiento de los casos que le son presentados, bien que esta vinculación lo sea desde la vinculación del Juez a la Ley —art. 117 CE—, desde este respeto a la legalidad podemos y debemos hacer uso de la facultad legal prevista tanto en el art. 4.2 del Código Penal como en el art. 20 de la vigente Ley de Indulto de 18 de junio de 1870 reformada por la Ley 1/1988, de 14 de enero, y proponer al Gobierno de la Nación un indulto en la exten-

sión que se dirá en la segunda sentencia por estimar, que con este remedio “in extremis”, puede obtenerse la decisión justa a la que

debe responder toda resolución judicial y que sin la corrección del indulto no se conseguiría por la rigurosa aplicación de la Ley.

Sentencia 2047/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de diciembre de 2000

ASESINATO (INFANTICIDIO).

Art. 139 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ratifica la tesis jurisprudencial que caracteriza de alevosa la muerte del recién nacido, por lo que los casos subsumibles antes bajo el tipo (atenuado) del infanticidio, pasan ahora a calificarse de asesinato.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) En relación a la concurrencia de la alevosía, y en consecuencia a la calificación de asesinato de los hechos atribuidos a la recurrente, desde el respeto a los hechos probados que tiene como presupuesto de admisibilidad el cauce casacional utilizado, debe convenirse la clara concurrencia de la alevosía en la muerte dada por la recurrente a su hijo vivo recién nacido, la que se le produjo al no anudar el cordón umbilical y asfixiarlo seguidamente, como se recoge en el “factum”, acción que en su traducción jurídico-penal supone la elección de medios de ejecución que tiendan a conseguir la muerte sin riesgo para el autor encontrándose la víctima incapaz de todo punto, para su defensa. Como se declara en reiterada doctrina de esta Sala, la naturaleza de la circunstancia agravante de alevosía es de naturaleza mixta pues se articula por la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos, entre aquéllos la elección de medios, modos

o formas en la ejecución, pero en la medida que con tales medios se intenta asegurar la acción y además asegurarse contra la posible defensa del ofendido, se incorpora un elemento subjetivo que dota a la acción no sólo de un plus de antijuridicidad, sino también de culpabilidad, por lo que el dolo del autor debe haber abarcado aunque sea de manera instantánea que con tal “modus operandi” se elimina todo riesgo. En tal sentido, SSTs de 11 de mayo de 1994 y las sentencias en ella citadas, así como las de 21 de febrero de 1995 y 9 de junio de 1998. En el presente caso, la muerte dada a un recién nacido por su madre, sin riesgo de ningún automatismo interpretativo, puede y debe calificarse de alevosía la muerte dada en tales condiciones en las que se aprovecha una total indefensión de la víctima, conducta que revela una especial vileza y repulsa social que la hace merecedora del especial plus de punición que supone la calificación de asesinato.

Sentencia 1867/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 29 de diciembre de 2000

PRESENCIA DEL INTERESADO EN EL REGISTRO DOMICILIARIO.

Art. 569 LECrim.

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

SÍNTESIS

La exigencia de que el registro se practique a presencia del interesado deviene ineludible cuando éste se encuentra detenido y su presencia en él es perfectamente posible. La omisión de tal requisito excede de la mera infracción de legalidad ordinaria alcanzando el grado de auténtica vulneración de ámbito constitucional, al lesionar el principio de contradicción, lo que lleva a declarar la nulidad insubsanable del registro así practicado, que en el caso de autos además afecta a otras pruebas al apreciarse conexión de antijuridicidad con el registro declarado nulo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) La exigencia de la presencia del detenido interesado en el registro domiciliario prevista en el art. 569 de la LECriminal, excede con mucho a la naturaleza de un mero requisito procesal y su exigencia tiene una clara conexión con el principio de contradicción que es sin duda el principio vertebrador del proceso penal, por ello a la necesaria intervención judicial debe unírsele la presencia física del interesado o de la persona que él designe.

Por interesado debe entenderse la persona a la que le puede suponer consecuencias jurídico-penales el resultado positivo del registro, sea o no el titular de la vivienda, por lo tanto debe entenderse por interesado al imputado en esa fase, generalmente inicial, de la encuesta judicial.

El deseo del legislador de garantizar el principio de contradicción en esta diligencia, llega al extremo de estimar absolutamente necesaria su presencia —o la de la

persona por él designada— con riesgo de incurrir en delito de desobediencia si se niega a comparecer —art. 569 ap. 5—, y ello tiene su explicación porque, precisamente es en el momento de practicarse el registro cuando se posibilita el principio de contradicción, porque luego, la prueba queda ya preconstituida con el acta levantada por el Secretario Judicial, sin que el interesado pueda contradecir en el Plenario dicha prueba, ya que en la medida que la diligencia de entrada y registro reviste un carácter típicamente sumarial se agota en su propia ejecución y por ello la concurrencia de los requisitos necesarios para su validez deben concurrir en el momento de su práctica sin que quepa sanación “ex post” mediante su reproducción en el Plenario, porque dicha reproducción queda reducida a su lectura. Por ello, en tal caso, lejos de estar solo en un supuesto de infracción de legalidad ordinaria con base en el art. 569 de la LECriminal, se está en presencia de una vulneración de ámbito constitucional al resultar lesionado

el principio de contradicción que opera como derecho matriz del que surgen los restantes derechos que configuran el derecho a un juicio con todas las garantías al que se refiere el art. 24 de la Constitución.

Consecuencia de ello es la nulidad insubsanable del registro domiciliario llevada a cabo respecto de persona que estando detenido en sede policial, y siendo por tanto el interesado en el registro y siendo posible su presencia, ésta sin embargo, no se produce porque ni es trasladado para que esté presente ni se le ofrece la posibilidad que designe a persona que le represente —que bien puede ser su Letrado si lo tuviese—.

(...)

La Sala de instancia estima la existencia de prueba independiente y no contaminada de la nulidad del registro (...) con el argumento de que los paquetes de droga ocupados en dicho registro —8.600 gramos de heroína— ofrecían el mismo aspecto —mismo embalaje y tamaño— que los paquetes que el día anterior habían visto los policías que vigilaban la vivienda, extraía ED del tejado, añadiendo que todo el tiempo estuvo vigilada la vivienda y no entró nadie salvo ED el día que fue detenido.

La argumentación es claramente inaceptable. Si como ya se ha razonado, el registro aludido es nulo, todo lo que se refiera a el, y en concreto lo paquetes que contenían la droga, no existen jurídicamente hablando,

por ello, el juicio comparativo que intelectualmente construye la Sala de instancia entre los paquetes que la policía vio que ED cogió del tejado el día 28, y los que se ocuparon posteriormente en el registro no puede ser construido, porque, precisamente los paquetes ocupados lo fueron con una nulidad insubsanable y por tanto no existen por lo que no puede ser efectuado el juicio comparativo para extraer el juicio de inferencia. Tampoco puede servir a los efectos de sanación de la nulidad, la declaración de los agentes policiales que practicaron el registro, ya que tal proceder, como se señala en la sentencia de esta Sala de 3 de diciembre de 1991, sería un verdadero fraude de Ley causante de indefensión a la parte acusada, en la medida que con su declaración, recobraría efectividad la diligencia viciada. Por ello, no pueden ser tenidas en cuenta las declaraciones citadas en la instancia de los agentes policiales (...)

Se está ante un registro nulo sin posibilidad de sanación, y sin que exista prueba independiente de signo acusatorio, ni siquiera se está en presencia de prueba que derive de la primera prueba —el registro domiciliario— declarada nula, respecto de las que según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, —SSTC 49/1999, 139/1999 y 239/1999— de apreciarse conexión de anti-juridicidad no podrían ser valoradas ni por lo tanto entrar en el acervo probatorio de cargo.

Sentencia 2030/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 29 de diciembre de 2000

REVISIÓN PENAL.

Art. 954.4 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel**

SÍNTESIS

Se aplica por la Sala una interpretación amplia y flexible del art. 954.4 LECrim. extendiéndolo a un supuesto (error en la edad penal del condenado)

que va más allá de su tenor literal en atención a razones de equidad, justicia y satisfacción del derecho a tutela judicial efectiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...) El artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula las posibilidades de entablar dicho recurso extraordinario. Sin embargo, tan estricta fórmula puede flexibilizarse empleando estos dos cauces, bien conjunta, o separadamente:

1.º haciendo una interpretación amplia y extensiva del referido precepto procesal, ya que tal hermenéutica es posible cuando se trata de favorecer al reo y evitar así situaciones que pugnan con el más elemental sentido de justicia,

2.º aplicando el principio “non bis in idem” de carácter general e, implícitamente, de rango constitucional, que puede ser, incluso, apreciado de oficio y que nos enseña que nadie ha de ser condenado dos veces por unos mismos hechos que suponen, además, no diferentes delitos, sino uno solo. (En este sentido es pacífica la jurisprudencia reflejada, entre otras, en las sentencias de 23 de enero de 1993, 27 de enero de 1994, 4 de octubre de 1995, 28 de febrero de 1998 y 10 de junio de 1998).

Aplicando la anterior doctrina al supuesto concreto sometido a revisión, se puede concluir el acogimiento del Recurso.

(...)

Estamos en presencia de un supuesto en el que al menor de 16 años, Antonio G.G., en la fecha de realización de los hechos, se le condenó como autor de un Delito de Robo en casa habitada en grado de tentativa a la pena de 100.000 ptas. de multa, aplicándosele la atenuante del art. 9.3 del anterior Código Penal y no la eximente del art. 8.2 de dicho Texto Legal que realmente le correspondía.

Pues bien, —tal como señalamos en nuestra sentencia de 22 de diciembre de

1998—, aunque no se dé aquí la aparición o conocimiento de nuevos hechos o elementos de prueba en el sentido literal del término, a dicha hipótesis normativa han de equipararse supuestos de advertencia o percepción posterior de un manifiesto error “in iudicando” —en el que en este caso han participado el propio abogado y el Ministerio Fiscal— derivado del mismo texto de la sentencia. Tal error se produce tanto en los hechos probados, en los que se recoge que el acusado, nacido el 26 de junio de 1975, como en los fundamentos jurídicos y fallo en los que, equivocadamente, se pondera y resuelve que se trata de un mayor de 16 años merecedor de la atenuante y no de un menor de dicha edad y por tanto, irresponsable.

En su consecuencia, y en razón de que el mantenimiento de los términos de la sentencia de autos resulta contrario a los arts. 1.º, 9.º, 25 y 39.4 CC y a la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art. 40 y concordantes), resulta aplicable la doctrina jurisprudencial de esta Sala que viene interpretando con amplitud y flexibilidad el mencionado art. 954.4 de la LECr., extendiéndolo a supuestos que van más allá del que parece recoger el tenor literal de la norma. Es cierto que ésta alude expresamente sólo a las pruebas posteriores y que evidencien la inocencia del condenado, es decir su ausencia o no participación en los hechos imputados, mas, por las expresadas razones de equidad, justicia y satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, se han incluido en la previsión legal los casos de doble sanción penal por unos mismos hechos que no se ajustan al citado entendimiento y, por idénticas razones, han de ampararse en dicha prescripción los supuestos de nuevos elementos probatorios sobre la existencia de causas de inimputabilidad en

el momento de la ejecución del hecho punible, pues, al demostrarse con posterioridad su concurrencia queda en evidencia la irresponsabilidad criminal del condenado como

circunstancia que le hace no ser merecedor del juicio de reproche en que consiste la culpabilidad, uno de cuyos presupuestos es justamente la imputabilidad penal.

Sentencia 40/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 16 de enero de 2001

DECLARACIONES TESTIFICALES CONTRADICTORIAS.

Art. 714 LECrim.

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

SÍNTESIS

Ante la contradicción existente entre las declaraciones efectuadas por los testigos en el juicio oral y en la instrucción, el Tribunal no está autorizado a elegir las que le parezcan sino que debe hacer uso del cauce del art. 714 LECrim. para poder valorar las sumariales, haciéndolo constar en el acta del juicio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Por otra parte, no existe ninguna constancia de que en el juicio oral se haya dado cumplimiento al procedimiento previsto en el art. 714 LECr. Por regla, esta constancia debería aparecer en el acta del juicio, aunque ello no es condición de su cumplimiento. Más aún, como lo hemos sostenido en diversos precedentes, los errores u omisiones del acta del juicio no dan lugar a ningún motivo en el que se pueda fundamentar la casación. Lo que ocurre en el presente caso, sin embargo, va más allá de una simple omisión en el acta del juicio. Es el Tribunal a quo el que, al no exponer su ponderación de los medios de prueba, ha incumplido también las exigencias de una

adecuada motivación, de la que podría surgir el cumplimiento del procedimiento de confrontación previsto en el art. 714 LECr.

Esta Sala ha podido comprobar que entre la declaración de los dos testigos, que declararon en el juicio, y la que los mismos habían realizado ante la Policía y ratificado sin más ante el Juez de Instrucción, existían contradicciones, que requerían la confrontación de los testigos con sus anteriores declaraciones para que el Tribunal hubiera podido valorar, a la luz del debate, cuáles eran las declaraciones a las que debía dar crédito. Repetidamente esta Sala ha señalado que mediante este procedimiento se respeta el principio de inmediación, pues los Jueces habrán formado su convicción sobre la base de lo declarado en su presencia. Por el con-

trario, el principio de inmediación resulta vulnerado cuando el Tribunal, sin proceder a la confrontación del testigo con sus anteriores declaraciones, utiliza éstas como fundamento de su convicción. Es evidente que en tales supuestos el Tribunal ha empleado declaraciones que no vio con sus ojos ni oyó con sus oídos y que, por lo tanto, infringió los principios de oralidad (pues lo reempla-

zó por el de escritura) y el de inmediación (pues consideró declaraciones no ocurridas en su presencia).

Dicho de otro modo: cuando las declaraciones de los testigos (o del acusado) no son coincidentes el Tribunal no está autorizado a elegir las que le parezcan, sino obligado a poner en marcha el procedimiento del art. 714 LECr.

Sentencia 30/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 17 de enero de 2001

IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DELITO DE LESIONES.

Art. 147 Código Penal

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

SÍNTESIS

Frente al criterio sostenido en alguna sentencia reciente (por ejemplo, la 270/2000, de 26 de febrero, publicada en el n.º 1 de esta Revista), entiende ahora el Tribunal Supremo que la conducta arriesgada de la víctima no impide imputar objetivamente las lesiones sufridas al autor de la inicial conducta peligrosa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL)

Séptimo.—(...) La sentencia recurrida absolvió al procesado del delito de lesiones por el que habían acusado el Ministerio Fiscal y la acusación particular con relación a las quemaduras que había sufrido el presidente de la comunidad de propietarios, Antonio M.S.P., que, al percatarse de la situación de las tres mencionadas bombonas de butano en el lugar donde se había producido

la explosión y donde había un importante incendio, las retiró de allí, lo que le produjo lesiones en ambas manos, que necesitaron tratamiento médico, con secuelas en la palma y dedos de la mano derecha, tal y como lo explica el apartado 2.º del relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

La Audiencia Provincial absolvió de este delito (fundamento de derecho 4.º) por entender que las referidas lesiones no podían imputarse objetivamente a la conducta del acusado, sino al comportamiento del propio lesionado, quien voluntariamente se expuso

a la acción del fuego y del calor sobre sus propias manos al realizar la acción antes descrita.

En los delitos de resultado, para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad, la doctrina actual acude al concepto de imputación objetiva, entendiendo que hay tal relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o “condicio sine qua non”, relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva, que existe cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado (sentencias de esta Sala de 20 de mayo de 1981, 5 de abril de 1983, 1 de julio de 1991, y más recientemente la de 19 de octubre de 2000).

Cuando se producen cursos causales complejos, esto es, cuando contribuyen a un resultado típico la conducta del acusado y además otra u otras causas atribuibles a persona distinta o a un suceso fortuito, suele estimarse que, si esta última concausa existía con anterioridad a la conducta del acusado, como pudiera ser una determinada enfermedad de la víctima, ello no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva, y, si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo to-

talmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, como sucedería en caso de accidente de tráfico ocurrido al trasladar en ambulancia a la víctima de un evento anterior, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento.

En el caso presente: A) No cabe duda de que hay relación de causalidad entre el incendio provocado por el acusado y las lesiones sufridas por Antonio M.^ªS.P., pues fueron el calor y el fuego de tal incendio los que produjeron las mencionadas quemaduras en las manos. B) Además, fue precisamente en el ámbito del riesgo creado por la conducta criminal de Antonio P.S. donde tales lesiones tuvieron lugar. C) Y, finalmente, no cabe decir que ese comportamiento de la víctima, al introducirse voluntariamente en el peligro desencadenado por esa acción delictiva fuera algo anómalo, imprevisible o extraño respecto de tal acción delictiva, pues en estos casos siempre es preciso apagar el incendio con los medios necesarios para ello, bien por los profesionales dedicados a estos menesteres (bomberos), bien por cualquier otra persona que a tal se presta, como ocurrió en el presente caso.

En conclusión, desde el punto de vista objetivo es claro que no hubo ruptura del nexo causal entre la acción del procesado y esas lesiones sufridas por Antonio María S., dado que la acción voluntaria de éste para evitar el mayor peligro que se habría producido de continuar las bombonas de butano en el lugar donde existía incendio, se produjo como una consecuencia más, y no como algo ajeno, del incendio provocado por la conducta criminal de Antonio P.

Y desde el punto de vista subjetivo, cualquiera que fuera el móvil del sujeto al provocar la explosión, lo cierto es que el hecho fue intencionado y en calidad de autor doloso ha de responder el procesado de todos los daños y lesiones producidos por la explosión y el subsiguiente incendio, incluso de aquellos que pudieran derivarse de ac-

ciones de salvamento como la aquí examinada.

Sin duda, en su conocimiento tuvo que representarse la existencia del incendio consiguiente a la explosión y la actuación de personas que, con riesgo para su vida e integridad física, profesionales o no profesiona-

les, repetimos, habrían de acudir al lugar para sofocar el fuego. Y en su voluntad tuvo que existir una aceptación de ese resultado como una consecuencia natural de su ilícito comportamiento. Entendemos que hubo dolo eventual en cuanto a estas lesiones sufridas por Antonio M.^ªS.P.

Sentencia 26/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 22 de enero de 2001

TENENCIA DE ARMAS PROHIBIDAS.

Art. 563 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras una prolija argumentación, se ratifica el criterio de la Sala de instancia en el sentido de entender que la tenencia (sin llegar a su uso) de un machete de 23 cm. de hoja, no integra el tipo de tenencia de armas prohibidas, previsto en el art. 563 CP

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—1. El motivo recuerda que, en el contenido de los hechos probados, se encuentra un pasaje en el que se dice que el acusado, que se hallaba en las dependencias de un Juzgado de lo Penal en espera de la celebración de un juicio en su contra, originó un altercado y, una vez detenido se le cacheó y encontró entre las ropas un machete con hoja de 23 centímetros. A la vista de estos hechos la Sala sentenciadora dicta sentencia absolutoria por el delito de tenencia ilícita de armas, contra la que recurre la acusación pública.

Se admite que, en el análisis comparativo del artículo 563 con el 564 del Código Penal, se puede llegar a la conclusión de que ha existido una deficiente técnica legislativa, pero ello no puede llevar, sin más, a una destipificación de la conducta que nos ocupa. Si la Sala sentenciadora ha entendido que se atenta contra el principio de proporcionalidad, debió plantear formalmente la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 563 del Código Penal.

2. Entiende el Ministerio Fiscal que el mandato y voluntad del legislador, plasmado en el artículo 563, es claro y así se pone de relieve analizando la tramitación parla-

mentaria en la que se rechazó la enmienda 117 del Grupo Parlamentario Vasco y 97 del Senado, en las que se pretendía que en la redacción del tipo se recogiera una referencia exclusiva a la “tenencia de armas de fuego”, en vez de “tenencia de armas prohibidas”. El rechazo de las enmiendas pone de relieve, en su opinión, la voluntad inequívoca del legislador de otorgar relevancia penal a la tenencia de armas prohibidas. Reprocha a la sentencia, que sólo dice que la tenencia de armas blancas no constituye el delito del artículo 563 del Código Penal, pero no precisa cuáles conductas se integran en este delito, ni cuáles son los elementos constitutivos del mismo, aunque reconoce que se apunta al uso del arma blanca como elemento que le da relevancia penal.

Recuerda que el tipo penal habla sólo de “tenencia” sin contemplar la exigencia de su uso, mientras que para las armas de fuego no se discute que la posesión y tenencia sí integran el delito. Señala que exigir el uso para que concurra el delito supone transformar la naturaleza del delito de peligro abstracto, en delito de peligro concreto y cita la Consulta de la Fiscalía General del Estado en la que se sostiene que la tenencia prevista en el artículo 563 del Código Penal debe ser interpretada en sentido dinámico, consistente en comerciar, portarlas en establecimiento público, lugares de reunión y concentración, recreo o esparcimiento.

3. Como señala la sentencia recurrida, el Código Penal vigente, en su artículo 563, da una nueva configuración al delito de tenencia ilícita de armas, incluyendo un nuevo tipo penal referente a la tenencia de “armas prohibidas”.

Sin perjuicio de momento, de cuál sea el bien jurídico protegido, lo cierto es que se construye una norma penal en blanco que es necesario llenar, acudiendo al Reglamento de Armas de 29 de enero de 1993 que, en su artículo 4.º, contiene un amplio catálogo de armas que considera prohibidas. En sus letras de la a) a la h) se hace una larga referencia a diversas armas de fuego que por sus especiales características y morfología se

deben considerar prohibidas, y añade entre otras, los bastones estoques, los puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas. Asimismo se considerarán puñales las armas blancas de hoja menor de 11 centímetros, de dos filos y puntiagudas. Dentro de la abundante lista de armas prohibidas, se incluyen alguna, como las escopetas y pistolas de aire comprimido y los tiragomas y cerbatanas perfeccionados, terminando con una cláusula general que integra a cualesquiera otros instrumentos, especialmente peligrosos para la integridad física de las personas. La inclusión de una tan amplia variedad de armas denominadas blancas, exige una necesaria cautela a la hora de integrar el tipo penal, para no desbordar las previsiones del legislador y extender, de una manera automática, el tipo penal a conductas que son usuales socialmente y que es dudoso que merezcan, sin más, un reproche penal, superior incluso a la tenencia ilícita de armas de fuego reglamentadas, lo cual nos situaría directamente ante una vulneración del principio de proporcionalidad.

Ante la constatación de la infracción de esta exigencia constitucional, no es obligado acudir al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, si puede ser convenientemente suplida por una lectura e interpretación constitucional del tipo penal que estamos examinando.

4. La propia norma de referencia, es decir, el Reglamento de Armas citado, nos da pie para llegar a una conclusión, que elimine cualquier vestigio de inconstitucionalidad, a través de la infracción del principio de proporcionalidad.

El Reglamento, al graduar la respuesta sancionadora a las conductas que incluye en su texto, nos dice en el artículo 155 que se considera, como infracción muy grave, el “uso de armas de fuego prohibidas” con lo que, de una manera expresa y taxativa, excluye de la sanción administrativa y de la consideración de infracción muy grave el uso de otras armas prohibidas que no sean de fuego, entre las que se encuentran, como es lógico, las armas blancas de las caracte-

rísticas de la que es objeto de este recurso (machete de 23 centímetros de hoja).

La conclusión más lógica y adecuada a los principios informadores del derecho penal, nos lleva a la conclusión de que, por un lado no se puede establecer una desproporción tan acentuada, como la que se desprendería de una lectura literal y rígida del precepto del artículo 563 comparado con el artículo 564, y, por otro, que la mera tenencia, sin otras connotaciones, de armas blancas de uso común en los hábitos sociales y en determinadas actividades lícitas, no puede ser considerado, sin más, como constitutivo de un tipo delictivo. Creemos que es necesario un plus de peligrosidad, como el que se derivaría de su uso en circunstancias tales que pusieran en concreto peligro, no sólo la seguridad pública sino también la individual de la persona agredida.

5. En esta misma línea jurisprudencial una sentencia de esta Sala de 28 de octubre de 1999 ha estimado que el Reglamento de Armas y más concretamente el artículo 4.1, presenta ribetes de excesiva ambigüedad, que choca con uno de los principios básicos del derecho penal como es el de certeza, que a su vez es una condición indispensable para mantener el principio de seguridad jurídica.

De igual manera la sentencia de 6 de noviembre de 1998 sostiene con claridad de criterios, que el catálogo de armas prohibidas al que hace referencia extensiva el artículo 4.º del Reglamento de Armas, debe ser restringido excluyendo del carácter delictivo, las armas que no constituyen peligro para ningún bien jurídico protegido, al no concurrir una situación objetiva de riesgo.

De esta misma tendencia es la Consulta 14/1997 de la Fiscalía General del Estado, en la que se dice que la tenencia de armas prohibidas a que se refiere el artículo 563 del Código Penal, sólo es integrable, tratándose de armas que no son de fuego, por aquellas conductas en que la tenencia tiene

una traducción dinámica consistente en comerciar, portarlas en establecimientos públicos y lugares de reunión, concentración, recreo o esparcimiento o, utilizarlas sin adoptar las medidas necesarias para no causar peligro o daños a personas o cosas. De manera rotunda se dice en la Consulta, que nunca la simple y nuda posesión de los objetos descritos en el artículo 4.1.f) y h), podrán colmar las exigencias del tipo del injusto que accoge el artículo 563 del Código Penal.

Conectando toda esta doctrina con el caso que nos ocupa podemos llegar a la conclusión de que la solución discriminatoria es la acertada ya que, el acusado a pesar de hallarse inmerso en un incidente, nunca sacó ni hizo uso del machete.

6. Por último, como pone de relieve acertadamente la sentencia recurrida, nos encontramos ante un hecho como es la tenencia de un machete o, en su caso, de un puñal que es una consecuencia de la existencia de un mercado abierto en diferentes clases de establecimientos, en los que se venden, para los más diferentes usos, sin requisito alguno de carácter administrativo o control legal, armas de análogas características a las del machete que nos ocupa. Actuar ante estos casos con criterios sancionadores de carácter penal evidentemente desproporcionados, sería introducir el derecho penal por sendas que deben ser reservadas a la actividad sancionadora de la Administración, con notoria infracción de uno de los principios medulares del derecho penal de una sociedad democrática, como es de intervención mínima.

Así pues, lo procedente en este caso, es poner en conocimiento de la Administración este hecho, tal como ha sido acordado por la Sala sentenciadora, para aplicar si procede, la correspondiente sanción administrativa prevista en el Reglamento de Armas citado en la Ley de Seguridad Ciudadana Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero.

Sentencia 27/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 22 de enero de 2001

FALTA DE MOTIVACIÓN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

Arts. 24.1 CE; 242.1.º y 66.1.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Constatada por la Sala la falta de motivación de una sentencia que impuso al condenado una pena superior al mínimo legalmente establecido para el delito en cuestión, resuelve no la anulación total de la sentencia sino la subsanación imponiendo ella misma el mínimo legal correspondiente. (Vid. también la STS 47/2001, de 24 de enero de 2001).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) La sentencia, en la que se condena al acusado como autor de un delito del art. 242.1 del Código Penal, le impone la pena de dos años y un mes de prisión; es decir, un mes más del mínimo legalmente establecido en ese precepto. Y esto se hace, sin que, en efecto, conste la menor referencia al porqué de tal opción que, como bien señala el recurrente, tiene una trascendencia práctica muy superior a la que supondría la mera adición de treinta días a los veinticuatro meses de la pena base, puesto que desencadena los efectos previstos en los arts. 80 y concordantes de aquel texto legal. En concreto, acarrea la diferencia cualitativa que implica la imposibilidad de dejar en suspenso la ejecución de la pena o su eventual sustitución, confiriendo así a la impuesta la condición de directa y necesariamente ejecutable.

No se cuestiona la habilitación legal del tribunal para moverse, en principio, en la totalidad del arco punitivo dispuesto por el legislador en el precepto de referencia, al

amparo —en este caso— de lo que prevé el art. 66.1 del Código Penal. Lo que se pone en entredicho es la forma inmotivada de hacerlo, cuando lo cierto es que, por imperativo de la misma norma, deberían haberse tenido en cuenta, de forma razonada, “las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho”; y no ha sido así. De donde resulta que el tribunal de instancia ha resuelto privar al acusado —que carecía de antecedentes penales— de los beneficios antes aludidos, agravando objetivamente la pena de forma sensible, sin dar razón de este relevante aspecto de la decisión, sobre el que en absoluto se discurre en la sentencia. Y ello cuando, además, de los hechos probados no se infiere que la acción castigada revista una intensidad lesiva para los bienes tutelados que pudiera exceder del estándar de gravedad tenido en cuenta en la ley al prever la intensidad de respuesta implícita en la pena básica del tipo.

Pues bien, esta sala, desarrollando el criterio sentado inicialmente en la sentencia de 25 de febrero de 1989, ha dictado otras, como la de 25 de junio de 1999, en las que se

declara que la discrecionalidad que la ley reconoce al juzgador en esta materia está jurídicamente vinculada, de donde se deriva que su uso ha de ser siempre razonado. Y muy en particular cuando comporte una acentuación o intensificación de los efectos de la pena, cual es el caso.

Así las cosas, y como también se ha resuelto en ocasiones similares, el defecto de

motivación constatado, en contra de lo que solicita el recurrente, no debe determinar la anulación de la sentencia, puesto que es susceptible de subsanación sin invadir las atribuciones propias del tribunal de instancia, sin más que reconducir el aspecto cuestionado del fallo al grado de la pena cuya imposición autoriza el tenor de la resolución en su conjunto, es decir, al mínimo legal de dos años.

Sentencia 34/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 22 de enero de 2001

DOLO EVENTUAL.

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

SÍNTESIS

Se ratifica la opción del Tribunal Supremo, desde la sentencia del denominado “caso de la colza”, por un criterio probabilístico en la separación entre dolo e imprudencia (en igual sentido, y dictado por el mismo ponente, la STS 83/2001, de 24 de enero).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) El conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo —asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva “querer” el resultado— el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual.

Esta Sala, en su evolución, ofrece un punto evidente de inflexión en la sentencia de 23 de abril de 1992 (conocida como “caso de la colza”), en la que se afirma que “si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que —con diversas intensidades— ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo, se acerca en sus

pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se apercibe en la teoría del dolo eventual”. Añade dicha sentencia que “la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor”.

En el supuesto que examinamos, el conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de graves secuelas y del alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionaran, tras los reiterados golpes en la cabeza de la víctima, resultaba bien patente, y de ello tenía que ser completamente consciente el acusado. El dolo eventual fluye sin dificultad de los hechos descritos, que impiden la apreciación de una culpa consciente cuyo campo se ve desbordado por el alto grado de probabilidad de que se produjeran las graves lesiones y secuelas cuya representación resultaba obligada para su agresor.

Sentencia 74/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 22 de enero de 2001

LEGÍTIMA DEFENSA, TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.

Arts. 20.4 y 563 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Por una parte, se analiza el requisito “agresión ilegítima” en el marco de la legítima defensa. No lo es la simple exhibición de un arma, sin llegar a esgrimirla. Por otra parte, se considera que un sable “tipo samurai” de 70 cms. de hoja, no entra dentro del catálogo de “armas prohibidas” en el sentido de la previsión del art. 563 CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El elemento esencial que constituye el alma de la legítima defensa es la existencia de una agresión ilegítima que desencadena y justifica la “necesitas defen-

sionis”; una agresión ilegítima que ponga en peligro bienes jurídicamente protegidos mediante un ataque actual o presente, real, directo e injusto que justifica inicialmente la reacción del agredido tratando de defender sus derechos ilegítimamente puestos en pe-

ligro (véanse SSTs de 14 de octubre y 9 de diciembre de 1999, entre otras) de tal suerte que, estando íntima y directamente relacionados los conceptos de “agresión ilegítima” y “necesidad de defensa”, no será posible apreciar la primera cuando no concurra el segundo elemento, porque la falta de necesidad de la defensa impide legalmente la aplicación de la eximente, completa o incompleta, ya que esa falta de necesidad configura un exceso extensivo o impropio en el que se anticipa la reacción al ataque previsto o previsible que aún no se ha producido, o se prorroga indebidamente por haber cesado la agresión. En estos casos no podrá hablarse de legítima defensa, porque la agresión no existió o ya ha terminado cuando se produce la reacción defensiva violenta.

En el caso examinado —y ateniéndonos como es de rigor al relato de hechos probados— es de ver que la reacción del acusado recurrente tuvo lugar antes de que la víctima del suceso hubiera ejecutado una acción objetivamente agresiva con el arma blanca que portaba, pues el ataque del acusado se produce cuando Pedro deja ver el sable que lleva bajo la gabardina y comienza a extraerlo (“poco a poco” se dice en otro apartado de la sentencia), pero sin ejecutar ningún movimiento violento contra Jorge F., en una actitud que el Tribunal a quo ha calificado de “acción bravucona”, “amenazando”, “con clara intención de que al menos [Jorge] quedase amedrentado”, o de “efecto disuasorio del arma”, lo que lleva a la Sala de instancia a establecer la inexistencia de una agresión actual e inminente.

Cuarto.—No obstante, la agresión ilegítima no ha de identificarse necesariamente con un acto material y objetivado de acometimiento físico, sino que también habrá de apreciarse cuando la actuación del sujeto revele de manera inequívoca una amenaza real de un daño grave de producción inminente, inmotivado e imprevisto, y, en este sentido se ha considerado así la actividad amenazadora cuando va acompañada de la racional convicción de un peligro real inme-

diato (véase STS de 7 de abril de 1993 y 30 de enero de 1998).

Sostiene el recurrente que el relato histórico de la sentencia impugnada pone claramente de relieve esa conducta amenazante de Pedro G. que conformaría el requisito de la agresión ilegítima. Sin embargo, la alegación no puede ser acogida. En primer término porque el recurrente fundamenta la “racional convicción de un peligro real e inmediato” provocado por la actitud amenazante de Pedro, en el hecho de haber sido agredido Jorge unos días antes por aquél y su hermano, dato fáctico éste que no aparece en la descripción de hechos probados ni en el resto de la sentencia, donde únicamente se habla de “antiguas rencillas” sin mayor concreción, lo cual nos permite compartir la deducción efectuada por el Tribunal sentenciador de que la exhibición del arma por parte de Pedro G. constituye una “acción bravucona” con propósito de disuasión y amedrentamiento del rival y no la amenaza de un inminente ataque con el sable.

En todo caso, con independencia de lo anterior, y aunque a efectos puramente dialécticos aceptásemos la tesis del recurrente de encontramos ante una agresión ilegítima por la actitud amenazante de Pedro G., tampoco podría prosperar el reproche. Ello es así por cuanto que el relato de Hechos Probados expone con meridiana claridad que el acusado se acercó a quien mostraba el sable y se lo arrebató, comenzando a darle golpes con el arma, reiterando en el fundamento jurídico primero que “Jorge F. se aproximó, le quitó el arma de la mano con la que la estaba desenvainando y comenzó a darle golpes y cortes con la misma”. Esta descripción fáctica evidencia palmariamente que la agresión —o, por mejor decir, el riesgo de ser agredido con el sable que tenía el acusado— había concluido previamente a que éste comenzara su ataque, puesto que despojado el agresor del arma, y ya ésta en poder de Jorge, aquél quedó indefenso —como sostiene la sentencia— y a merced del acusado. Y es en esta situación y momento cuando el acusado comienza el acometimiento con el

sable, ocasionando a la víctima las lesiones que se describen en la resultancia fáctica de la sentencia, razón por la cual resulta patente que, concluida la agresión o desaparecido el riesgo, la reacción posterior deja de ser defensa necesaria para convertirse en venganza, lo que nos lleva a la conclusión de que las lesiones ocasionadas no se encuentran justificadas por la “necesitas defensionis” ante una agresión ilegítima inexistente, razón por la cual no cabe la aplicación de la exigente ni completa ni incompleta que postula el recurrente.

(...)

Sexto.—(...) En efecto, como expone el Tribunal Constitucional (véanse SSTC de 5 de julio de 1990, 16 de septiembre de 1992 y 28 de febrero de 1994, entre otras), la constitucionalidad de normas penales parcialmente en blanco, como el art. 563, en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentran totalmente previstas en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, requiere el cumplimiento de tres requisitos: a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón de la naturaleza del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c) que se satisfaga la exigencia de certeza, es decir, 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, resultando de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

Pues bien, como exponía la sentencia de esta Sala de 21 de diciembre de 1998, es

indudable que esta última exigencia impone una interpretación del concepto de “arma prohibida”, complementado por la remisión al Reglamento de Armas, dotado de la necesaria certeza, determinación y precisión. Ello obliga —cuando menos— a excluir tanto la cláusula final del apartado h) del art. 4.º (“asi como cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas”), cuya indeterminación, por su carácter analógico, la incapacita para integrar el concepto de “arma prohibida” a efectos penales, como los supuestos del art. 5.º del Reglamento, que incluye prohibiciones meramente relativas, condicionadas a lo que puedan disponer “las respectivas normas reglamentarias”. Razón por la cual la referida sentencia establecía taxativamente que a los efectos penales de heterointegración del art. 563 C.P. no puede, en ningún caso, ir más allá de lo dispuesto en el art. 4.º del Reglamento de Armas de 29 de enero de 1993, con la excepción de la cláusula analógica del apartado h) “in fine”, así como de las “imitaciones”, también prohibidas pero que no son “armas”,

Siendo así que las armas blancas radicalmente prohibidas en el art. 4.f) del Reglamento de Armas son “los bastones estoque, los puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas” y que se consideran puñales “las armas blancas de hoja menor de 11 cms., de dos filos y puntiaguda”, es manifiesto que el sable de 70 cms. de hoja que portaba el acusado no entra dentro del catálogo de armas prohibidas, por más que su tenencia como arma sujeta a determinadas restricciones (ver art. 5.3) pueda ser sancionada administrativamente si se incurre en infracción de este orden, pero en ningún caso su posesión puede considerarse delictiva al no pesar sobre ella una prohibición completa y absoluta.

Sentencia 75/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 22 de enero de 2001

INTERNAMIENTO DEL INIMPUTABLE.

Art. 101 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

El art. 101 CP establece “límites máximos” de cumplimiento de la medida de internamiento y no un plazo fijo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia por la que absolvía al acusado de los delitos de daños y estragos en grado de tentativa, y de una falta de amenazas y otra de lesiones que se le imputaban como consecuencia de haber apreciado la concurrencia de la circunstancia eximente de trastorno mental completo del art. 20.1 CP, imponiéndole a aquél “la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico adecuado por el tiempo de dos años por el primer delito y seis por el segundo....”, tal y como consta en el fallo de dicha resolución.

El representante procesal del acusado interpone recurso de casación contra la sentencia referida al amparo del art. 849.1 LECr., denunciando infracción de ley por vulneración del art. 101 CP, argumentando que este precepto establece un límite máximo de duración de la medida de seguridad, susceptible de ser rebajado cuando el sujeto haya recuperado la salud mental antes de cumplirse ese máximo límite de internamiento, en tanto que la sentencia recurrida fija un período de internamiento concreto e

inflexible de duración de la medida que no permite la posibilidad apuntada.

(...)

Dicho esto, habrá que significar que el motivo, que viene apoyado por el Ministerio Fiscal en una exposición digna de elogio por su rigor y pormenorizado análisis legal y jurisprudencial de la cuestión planteada, debe ser estimado. En efecto, según explica su atinado razonamiento el Fiscal, la medida de internamiento prevista en el art. 101 C.P. —precepto que, por cierto, no se menciona a todo lo largo de la sentencia impugnada— cuando el enajenado hubiera cometido un hecho delictivo, no debe ser entendida como una pena, dado que ésta no puede serle imputada a quien carece de capacidad de culpabilidad, elemento éste que constituye la piedra angular del moderno derecho penal. De ahí que la duración de la medida de seguridad —que no persigue, a diferencia de la pena, la retribución del mal ocasionado— está sometida a un límite máximo que ha de ser fijado por el juzgador y que no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el autor del hecho ilícito hubiera sido declarado responsable, según señala el art. 101 CP. Pero en el bien

entendido que como tal límite máximo, éste no es irreversible o inmodificable sino que, por su propia naturaleza, permite que la duración del internamiento acordado por el juzgador se interrumpa antes del vencimiento de dicho tope cuando la recuperación o mejora de la salud mental del enajenado permita sustituir el internamiento por otra medida de seguridad o, incluso, la supresión por innecesaria de cualquier medida, puesto que carecería de apoyo legal el mantenimiento del internamiento en un Centro Psiquiátrico que no estuviera clínicamente justificado.

Así lo ha proclamado el Tribunal Constitucional (SSTC 12/1988 y 24/1993) cuando declara que en los casos de internamiento por enajenación mental “... resulta obligado el cese del internamiento mediante la concesión de la autorización precisa, cuando consta la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el mismo, co-

rrespondiendo al Tribunal penal realizar los pertinentes controles sucesivos a tal fin” (véase STS de 29 de octubre de 1993, citada por el Fiscal).

Lo cierto es que el período de internamiento fijado en el fallo de la sentencia recurrida no se establece como límite máximo de duración de la medida de seguridad, susceptible de ser reducido según los eventuales resultados positivos de la recuperación o mejoría que pudiera experimentar el interesado por la terapia administrada, sino que el tenor del fallo deja muy claro que el plazo allí marcado es inmutable e inalterable, incurriendo así en la infracción legal denunciada de consumo por el recurrente y la acusación pública, porque, además de lo ya consignado, tan radical pronunciamiento resulta incompatible con la posibilidad que deja abierta el apartado segundo del art. 101 CP.

Sentencia 46/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de enero de 2001

DILACIONES INDEBIDAS.

Art. 21.6 Código Penal

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

SÍNTESIS

Las dilaciones indebidas (en el caso contemplado, más de siete años desde el inicio de la causa hasta la sentencia condenatoria) deben conducir a la apreciación de una circunstancia atenuante analógica (art. 21.6 CP).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Por último, se denuncia infracción de ley, del art. 849.2 de la Ley de E.

Criminal, en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 24.2 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a un proceso sin dilacio-

nes indebidas, dado que el seguido contra el recurrente se inició el 26 de marzo de 1991 y la sentencia dictada es de 3 de octubre de 1998.

El Fiscal ha expresado su apoyo a este motivo, por considerar que se dan las condiciones requeridas para hacer uso del criterio de este tribunal, que ha entendido que supuestos como el presente deben llevar aparejada una atenuación analógica de la pena. No una proposición de indulto, que es lo que se solicita por el recurrente. Y lo cierto es que la causa se inició el 26 de marzo de 1991, la sentencia de instancia tiene fecha de 3 de octubre de 1998 y tal demora en el trámite no puede atribuirse al acusado.

Pues bien, la propuesta del Fiscal recoge el criterio que se expresa en la sentencia de 8 de junio de 1999, según lo acordado en Junta General de esta sala de fecha 21 de mayo de 1999, y en la línea de lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se decantó por una atenuación proporcionada de la pena, como forma de reparar la infracción del derecho a ser juzgado en un plazo razonable (caso Eckle, sentencia de 15 de junio de 1952).

Como se razonó en el acuerdo citado, si el legislador ha dispuesto que la legítima privación cautelar de derechos durante el

proceso debe compensarse en términos de reducción del tiempo de pena por cumplir (arts. 58 y 59 C. Penal), con tanta o más razón deberá operarse de ese modo cuando la lesión del derecho del imputado carezca de justificación legal. Ciertamente es —se dice también— que el legislador no ha proporcionado reglas específicas al respecto para este tipo de supuestos, pero sí ha contemplado la posibilidad de que circunstancias posteriores a la ejecución del hecho punible puedan producir el efecto de disminuir la culpabilidad, con la consiguiente adecuación de la pena (art. 21.4 y 5 del Código Penal). Es verdad que en estos casos concurre un cambio de actitud del interesado, positivamente valorable, que aquí, en cambio, no se daría. Pero ello no debe ser obstáculo para aplicar el aludido criterio legal puesto que hay analogía en lo fundamental, que es la orientación a conseguir la máxima adecuación a la culpabilidad en la imposición de la pena, en la que ha de comprenderse el gravamen derivado de un inadecuado tratamiento procesal como el representado por una injustificada dilación en el curso de la causa. Este efecto puede obtenerse al amparo de la previsión del art. 21.6 del Código Penal, operándose así en la reducción de la pena dentro de las reglas generales de individualización de la misma.

Sentencia 60/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 27 de enero de 2001

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN RECURSOS DE CASACIÓN POR DELITOS PRIVADOS.

Arts. 215 Código Penal y 4.1 Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

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

SÍNTESIS

Aunque tras la entrada en vigor del CP 1995 todos los delitos de calumnia e injuria frente a particulares, aun los cometidos con publicidad, están

conceptuados como privados, requiriendo la interposición de querrela del ofendido y excluyendo la legitimación como parte del Ministerio Fiscal, la presencia de éste en casación deviene en cambio indispensable al ser obligatoria sea cual fuere la naturaleza del hecho delictivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Haremos una referencia a la interesante cuestión planteada por el Ministerio Fiscal al contestar al recurso formalizado.

1. La posición del Ministerio Fiscal, que reproducimos íntegramente por su indudable interés, nos dice que, en el Código Penal de 1995, los delitos de injuria y calumnia frente a particulares están conceptuados como delitos privados cuya persecución exige la interposición de querrela (art. 215.1).

Es cierto que el art. 4.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sustituyó la exigencia de querrela por la mera denuncia y sin necesidad de acto de conciliación cuando se tratase de injurias o calumnias realizadas con publicidad, es decir a través de los medios enumerados en el art. 3.1 de la citada Ley. Pero tal previsión en lo que se refiere a la no necesidad de querrela, está tácitamente derogada por el art. 215 del Código Penal. La contundencia del art. 215.1 obliga a entender que, el punto 2 de la disposición derogatoria alcanza a esa especialidad, debiendo darse prevalencia en este caso a la ley general posterior (criterio cronológico) sobre la Ley especial anterior (criterio de especialidad).

En consecuencia, ante la derogación del particular del art. 4.1 de la Ley 62/1978 que consideraba suficiente la simple denuncia y, congruentemente exigirse querrela para la persecución de los delitos de injuria o calumnia contra particulares, la jurisprudencia de esa Sala (entre muchas otras, sentencia

de 2 de octubre de 1985; y en igual sentido Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/1978) que estimaba que estos delitos cuando se cometían a través de medios de publicidad se habían transformado en semi-privados, ha de ser sometida a revisión. Los arts. 104 y 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que servían de soporte legal a aquella interpretación conducen hoy al entendimiento justamente contrario: el Ministerio Público no es parte en estos procesos dada la conceptualización privada que ha dado a esas infracciones el vigente Código Penal, conceptualización que es también predicable de la falta de injurias del art. 620 por el que finalmente ha sido condenado el recurrente.

2. Esta interpretación ha sido asumida por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/1996, de 22 de mayo y en la Consulta 7/1997, de 15 de junio que extiende la pérdida sobrevinida de legitimación del Fiscal a los procesos seguidos por hechos anteriores a la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

En el proceso de que trae causa el presente recurso, en atención a tal doctrina, el Ministerio Fiscal no fue parte. Y esa posición ha de mantenerse en el ámbito de la casación.

En consecuencia procede la tramitación del presente recurso sin intervención del Fiscal sin perjuicio de la posibilidad de recabar su criterio de surgir alguna cuestión de orden público (como la competencia) que exigiese su dictamen antes de la resolución.

3. No compartimos los dos últimos párrafos en relación con la posición del Ministerio Fiscal en el trámite de casación de una

sentencia dictada en los casos de calumnias o injurias.

Como se ha dicho por la doctrina, el Recurso de Casación tiene la misma función en el proceso penal que en proceso civil y, en ambos casos, pretende la declaración de nulidad de una sentencia por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo o de la totalidad o parte del procedimiento, cuando concurre alguno de los vicios de forma contemplados en la ley. A estas dos modalidades tradicionales del recurso de casación se ha unido, por imperativo de la Constitución y a través de la vía facilitada por el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la

posibilidad de anular la sentencia o el procedimiento por vulneración de derechos fundamentales que deben ser observados en todas las fases del procedimiento.

La vigilancia y protección de los derechos fundamentales es una tarea a la que no debe sustraerse el Ministerio Fiscal, por lo que estimamos que sea cual sea la naturaleza del hecho delictivo que llega a la casación, su presencia es indispensable con objeto de velar por la salvaguarda de las normas constitucionales y de legalidad ordinaria, que constituyen el entramado sustantivo y adjetivo del proceso penal.

Sentencia 61/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 27 de enero de 2001

PERICIA ANTROPOMÓRFICA.

Arts. 373 y 456 y ss. LECrim.

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

SÍNTESIS

A diferencia de la prueba dactiloscópica, la pericia antropomórfica, aunque puede utilizarse como elemento valioso de la investigación, es difícil atribuirle en todos los casos el valor de la prueba plena e indiscutible.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) 2. La sentencia reconoce que la única prueba inculpatória, se deriva del informe pericial realizado por la Sección de Antropología del Servicio Central de Analítica de la Comisaría General de la Policía Científica, en el cual se efectúa un

estudio fisionómico comparativo entre la fotografía del vídeo de asalto, en el que aparece una persona con peluca y gafas, y la fotografía de la reseña policial del recurrente. Según las conclusiones de los técnicos, ratificadas en el juicio oral, las cejas, la nariz, la boca y el mentón presentan identidades que sumados a la ausencia de discrepan-

cias morfológicas, les permite confirmar, sin ningún género de dudas, que se trata de la misma persona.

3. Así como la identificación por las huellas dactilares (dactiloscopia) tiene un amplio consenso en el mundo científico de la criminalística, por la pluriformidad y variabilidad infinita de las crestas papilares, la pericia antropomórfica debe ser valorada con más cautela en cuanto que utiliza rasgos o partes del rostro y del cuerpo de la persona para establecer la identidad. El universo de los signos distintivos que emplea esta última ciencia, nos sitúa ante un espectro de pobla-

ción muy amplio en el que pueden darse coincidencias o similitudes entre variados grupos de personas. Las partes del rostro de las personas, no son irrepitibles como sucede con las huellas dactilares sino que pueden presentar características cercanas entre sí que, nos llevaría a la formación de un grupo de varias personas con rasgos similares a la que se trata de identificar. No hay obstáculo, para que esta técnica se pueda utilizar como elemento valioso de investigación que permita hacer una aproximación hacia la persona sospechosa, pero es difícil atribuirle, en todos los casos, el valor de prueba plena e indiscutible.

Sentencia 87/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 29 de enero de 2001

ATENTADO.

Art. 552.1 Código Penal

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

SÍNTESIS

Si el sujeto se limita a encañonar a un policía, con una pistola, como sucede en el caso enjuiciado, no cabe aplicar la modalidad de atentado agravado por “agredir” con armas u otro medio peligroso. Se debe, pues, diferenciar entre “uso” de armas y “agresión” con armas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el motivo 1.º, al amparo del n.º 1.º del art. 849 LECr, se alega infracción de ley por aplicación indebida del art. 552.1 CP que agrava el delito de atentado

“si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso”.

Estimamos que tiene razón el recurrente cuando dice que agresión no existió en el caso presente, pues al policía local sólo le amenazó encañonándolo con su pistola ha-

cia el pecho y obligándole a que dejara su arma en el suelo.

Agresión, según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, en la acepción que ahora nos interesa, significa “acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño”, lo que no ocurre cuando el arma de fuego se utiliza sólo para amenazar, aunque la amenaza se dirija contra un agente de la autoridad y apuntándole directamente, que es lo que aquí ocurrió.

De otro modo nos encontraríamos ante una aplicación extensiva de la norma en contra del reo, que violaría el principio de legalidad.

En este mismo sentido se han pronunciado tres recientes sentencias de esta Sala, la de 5 de noviembre de 1998, relativa a un caso de intimidación con navaja, y las de 23 de marzo de 1999 y 21 de enero de 2000 que contemplan supuestos en que también se encañonó a un policía con una pistola, como

aquí ocurrió. En la primera y tercera se eliminó por el TS la agravación específica del art. 552.1 que se había apreciado en la sentencia de la Audiencia Provincial, mientras que en la segunda se respetó la calificación de atentado simple, que había hecho la Audiencia Provincial sin aplicar el art. 232.1 CP anterior, equivalente al actual 552.1.

No cabe confundir el uso de armas o medios peligrosos que cualifica, por ejemplo, el delito de robo en el art. 242.2 CP, y la agresión con armas u otro medio peligroso aquí contemplado. Cuando se amenaza con la exhibición de una pistola hay uso de arma, pero para que pueda hablarse de agresión tiene que existir algo más, algún acto de acometimiento que, cuando de arma de fuego se trate, puede consistir en el hecho de disparar.

Ha de estimarse este motivo que mereció el apoyo del Ministerio Fiscal.

Sentencia 86/2001, Sala de lo Penal del T.S., de 31 de enero de 2001

PARTICIPACIÓN EN RIÑA.

Art. 154 Código Penal

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

SÍNTESIS

Análisis de los elementos configuradores del delito de participación en riña previsto en el art. 154 CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En el motivo 2.º, por el cauce del n.º 1.º del art. 849 LECr, se dice que

hubo infracción de ley por aplicación indebida contra M.Ch. del art. 154.

Este artículo, dentro del título de las lesiones, configura un particular tipo de deli-

to, heredero de los arts. 408 y 424 CP derogado en su redacción anterior a la LO 3/1989, de 21 de junio, referidos respectivamente a los delitos de homicidio y lesiones graves causados en riña tumultuaria. Tales artículos fueron derogados por la mencionada LO 3/1989 que en su lugar introdujo uno diferente que ocupó el lugar del 424 y que, en cuanto a la definición del delito, fue prácticamente repetido en el art. 154 CP actual, que configura un delito de simple actividad y de peligro concreto caracterizado por la concurrencia de los elementos siguientes:

1.º Que haya una pluralidad de personas que riñan entre sí con agresiones físicas entre varios grupos recíprocamente enfrentados.

2.º Que en tal riña esos diversos agresores físicos se acometan entre sí de modo tumultuario (confusa y tumultuariamente, de-

cía de forma muy expresiva el anterior art. 424), esto es, sin que se pueda precisar quién fue el agresor de cada cual.

3.º Que en esa riña tumultuaria haya alguien (o varios) que utilicen medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas. No es necesario que los utilicen todos los intervinientes.

4.º Así las cosas, concurriendo esos tres elementos, son autores de este delito todos los que hubieran participado en la riña. Ha de entenderse todos los que hubieran participado en el bando de los que hubieran utilizado esos medios peligrosos, caso de que en alguno de tales bandos nadie los hubiera utilizado. Evidentemente, por exigencias del principio de culpabilidad, los partícipes que no hubieran usado esos elementos peligrosos tendrán que conocer que alguno o algunos de su grupo sí los utilizó.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 181/2000, AP VALENCIA, Sec. 4.^a, de 29 de junio de 2000

INFRACCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE NO APROXIMACIÓN A LA PRESUNTA VÍCTIMA.

Arts. 464.2 y 468 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Megía Carmona**

SÍNTESIS

Al acusado se le impuso como medida cautelar la prohibición de aproximarse a la presunta víctima, a pesar de lo cual la insultó y amenazó por teléfono y pasó con su automóvil por las inmediaciones de su lugar de trabajo. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia que condenó por delito de obstrucción a la justicia del art. 464 CP, pero absolvió de quebrantamiento de medidas cautelar (art. 468 CP).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: (...) se dictó auto en el que se ordenaba al acusado Juan José G.L. que se abstuviera de presentarse en el domicilio de Rosario M.P. y en su lugar de trabajo, asimismo se imponía al en-

causado la obligación de abstenerse también de permanecer intencionadamente en las proximidades de dichos lugares. El acusado el día 21 de julio fue detenido por denuncia de Rosario M. a raíz de un posible incumplimiento del auto ya mencionado. Debido a ello el Juzgado señaló para el 22 de julio la celebración de comparecencia sobre situa-

ción personal que fue suspendida, celebrándose el día 28, fecha en que se decretó la prisión provisional del acusado. El 22 de julio el mismo Juzgado dictó auto en el que se ratificaban las medidas de alejamiento ya acordadas y se ampliaban con la imposición al acusado “de la prohibición de acercarse a la calle del domicilio de Rosario y adyacentes”. Dicha resolución fue notificada en el mismo día al acusado que fue apercibido de proceder por delito del artículo 468 del Código Penal para el caso de no cumplir con lo ordenado. Los días 23 y 24 de julio el acusado llamó por teléfono al domicilio y al lugar de trabajo de Rosario, con la que había mantenido tiempo atrás una relación sentimental, a quien insultó diciéndole que era una “cabrona” e “hija de puta” y que le iba a cortar el cuello y que si le pasaba algo que se fuera preparando. En la mañana del día 27 a los mandos de un vehículo el acusado pasó por las proximidades de la floristería donde trabajaba la denunciante y tras reducir la velocidad y mirar fijamente a ésta continuó su marcha”.

Segundo.—El Fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice: “Debo condenar y condeno a Juan José G.L., absolviéndole del delito de quebrantamiento de medida cautelar, como autor de un delito de obstrucción a la justicia. (...)”.

Tercero.—Notificada dicha sentencia a las partes por la representación de Juan José, así como por Rosario, se interpuso contra la misma recurso de apelación.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Sigue el recurrente diciendo que eso no constituye el delito de obstrucción a la justicia previsto en el artículo 464.2 por el que viene condenado por lo que entiende que la Sentencia incurre en un defecto legal. Pese a todos los interrogantes que se contienen en este motivo de recurso, lo que el policía oyó racionalmente hay que

afirmar que pronunció el recurrente, no puede referirse otras cuestiones personales o de otro orden, o en los que están incursas otras personas (*sic*). Lo que dice el recurrente lo dice por la situación penal, procesal materialmente hablando, en la que está incurso y se deriva de la denuncia que interpuso su excompañera, a la que dirige esa amenaza, por lo que ella había hecho y en atención a ello. Eso es lo que constituye el elemento espiritual del tipo aplicado por el Juez y que lo distingue de otros tipos penales de idéntica acción elemento adjetivo. Y no hay duda de que, por el espacio temporal en que se produce, cuando el recurrente está pendiente de que se resuelva sobre su situación personal, la finalidad perseguida por él era de represalia y conturbación de ánimo de la persona que lo había llevado a este trance, por lo que con su actuar relleno las previsiones del tipo aplicado, por lo que la Sentencia condenatoria debe ser confirmada pues tampoco hay, como interesa el último motivo de recurso, duda alguna a favor del reo sino una prueba de cargo plena que rompe el principio constitucional de inocencia que venía amparando al acusado.

Cuarto.—La otra parte, denunciante, también recurre la Sentencia en cuanto que absuelve al acusado de un delito de quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468 CP del que también era acusado.

Con abstracción de que no hay duda de que el acusado pasó el día 27 de julio con su coche por las proximidades de la floristería donde trabaja la denunciante. Fue visto por ésta y por su jefe sin que a esta afirmación pueda oponerse, como decía el condenado en su recurso, entendiéndose que la afirmación contenida en los hechos probados era errónea, que en un tiempo próximo a ese día el vehículo hubiese estado en un taller, pues la declaración del mecánico (véase al acta) es la rotunda y clara que pretende el recurrente pero no le es favorable, pues no dice que el 27 estuviese en su taller sino que estaba allí en la semana del 27. No obstante ello, este hecho no constituye el delito pues si

bien el Auto de 22 de febrero de 1999 impide al acusado presentarse en el lugar de trabajo y en el domicilio de la denunciante o permanecer en sus proximidades, y el 22 de julio le impedía acercarse a la calle donde está el domicilio de la denunciante, nada se dice de no acercarse o pasar con coche por las cercanías del lugar de trabajo y lo que hizo el acusado no fue personarse en el lugar de trabajo ni permanecer en sus proximidades. Pasó con el coche y se alejó por la calle

y esto no parece que rellene lo que tenía prohibido pues no estuvo el tiempo preciso que exige el vocablo “permanecer”, por lo que como quiera que en derecho penal no caben interpretaciones amplias en contra del reo no cabe otra solución que la absolución por este delito debiendo, en consecuencia ser desestimado el recurso de la denunciante y confirmarse la Sentencia sin hacer imposición de costas.

Auto 205/2000, AP VIZCAYA, Sec. 5.ª, de 14 de agosto de 2000

INTERPRETACIÓN DE LA HABITUALIDAD DELICTIVA A LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Arts. 22.8, 87 y 94 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Leonor Cuenca García**

SÍNTESIS

La indefinición legal del Código Penal sobre lo que debe entenderse por habitualidad a los efectos de conceder o denegar la suspensión condicional de la pena, provoca la posibilidad de interpretación de sus pautas en la exigencia relativa a aquel requisito. La audiencia se inclina por lo más favorable al reo: estima que es necesario que los delitos cometidos estén comprendidos en el mismo capítulo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Delimitado el objeto de la presente resolución en el razonamiento jurídico precedente, el análisis de lo ajustado a

Derecho o no de la resolución de instancia, exige tener en cuenta que para la concesión o no a los recurrentes del beneficio de la suspensión de condena, el único requisito sobre el que existe discrepancia, es de si es-

tamos o no ante reos habituales, debiendo tenerse en cuenta al respecto que el concepto de reo habitual nos lo da la propia Ley en su art. 94 "se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años y hayan sido condenados por ello", siendo el punto de discusión si esos tres o más delitos lo serán con independencia de cuál fuera el tipo de delito en el que se pretenda la suspensión, o si es necesario que sean del mismo capítulo que éste.

Esta Sala entiende que al no distinguir el C. Penal la interpretación que del precepto debe hacerse ha de ser la más favorable al reo, teniendo en cuenta que si consideramos que como ha establecido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su Sentencia de 13 de octubre de 1997 "ciertamente que ni el art. 87 ni el 94 del C. Penal aclara, como sería deseable, este extremo. En esta tesitura debe señalarse que es oportuno distinguir entre reincidencia y reo habitual. Según el art. 22.8 se reputa reincidente la persona que al delinquir, haya sido condenado por un delito comprendido en el mismo título del C. Penal, siempre que sea de la misma naturaleza; mientras que el calificativo de reo habitual lo reserva el art. 94 para el que hubiere cometido o hubiere sido condenado por tres o más delitos de los comprendidos en el mismo capítulo". Si a esto añadimos que el C. Penal prevé la suspensión de la pe-

na para los drogadictos reincidentes, parece que el concepto de reo habitual no apunta la multirreincidencia sino la conexión del hecho que ahora se enjuicia con las anteriores condenas que tengan su origen en hechos delictivos comprendidos en el mismo capítulo, del mismo modo que se tiene en cuenta el hecho cometido y los ya cometidos y sancionados junto con su conexión para la reincidencia.

Lo expuesto determina que deba darse para apreciar la habitualidad la conexión entre el hecho cuya pena se pretende suspender y las anteriores por las que haya sido condenado.

Desde esta perspectiva, tenemos que los hoy recurrente en queja, fueron condenados por un delito de lesiones del art. 147 n.º 1 y 148 n.º 1 CP, incluido en el Título III, cometido en abril de 1995, por lo que debemos analizar si cinco años atrás habían cometido tres o más delitos de los comprendidos en el mismo capítulo, deduciéndose que no es así ya que José Andrés C.H. nunca ha sido condenado por hechos de esta naturaleza, y Carlos C.H., sólo lo ha sido en dos ocasiones en 1991, 1994, por hechos acaecidos en 1990 y 1992, luego no existe tal obstáculo para la concesión del beneficio de la suspensión de condena pretendido.

Y que no existía razón para su denegación, ya lo estableció el Ministerio Fiscal en su informe.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 8.^a, de 5 de septiembre de 2000

LA CAPACIDAD ECONÓMICA PARA PAGAR PENSIONES ALIMENTICIAS ES ELEMENTO TÍPICO QUE DEBE PROBARSE.

Art. 227 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Óscar Morales García**

SÍNTESIS

Como es frecuente en los delitos de esta índole, el acusado alega que no satisfizo las cantidades a las que venía obligado por sentencia judicial porque no podía hacerlo debido a su situación económica. En la alternativa sobre si tal circunstancia debe considerarse una causa de justificación o la ausencia de un requisito objeto del tipo, la sentencia opta por esta segunda, con la importante consecuencia de que corresponde la carga de la prueba a la acusación. No obstante, como es obvio, tal prueba podrá ser indirecta, como sucede en el caso de autos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo central del recurso interpuesto por la defensa se articula en torno a la existencia de un error en la apreciación de la prueba, porque desde la fecha de impago el acusado, simplemente, no pudo hacer frente a la obligación, al carecer de medios económicos bastantes, desconociendo asimismo la obligación de pago derivada de la sentencia de divorcio en la que se establecía la misma. El motivo debe ser parcialmente desestimado.

Segundo.—Sobre el delito de impago de prestaciones deben efectuarse, con carácter previo a la resolución del recurso, algunas consideraciones de carácter general. La capacidad económica del sujeto activo en esta figura delictiva, lejos de constituir una cir-

cunstancia excluyente del injusto básicamente estado de necesidad o una causa de inexigibilidad, que obligaría al autor a efectuar la carga probatoria de dicha incapacidad económica, constituye un presupuesto típico que obligaría a quien acusa a presentar prueba de cargo bastante sobre este extremo. Y, ciertamente, constituyendo el precepto penal aludido una omisión pura de garante, es presupuesto necesario para su materialización la existencia de capacidad objetiva y subjetiva de realización de la acción debida, es decir, de la acción a la que está obligado el sujeto activo, en este caso, el pago de la pensión de alimentos. Se trata por lo tanto, no sólo de que el sujeto activo conozca la obligación de satisfacer una determinada cantidad mensual por el concepto e importe judicialmente consignado, y de que el mismo deje de cumplirla. La omisión,

para ser típicamente relevante, requiere, además, que el obligado posea la capacidad económica para hacer frente a aquella y, pudiendo, deje dolosamente de hacerlo. Es especialmente importante subrayar este extremo por dos razones de especial trascendencia. En primer lugar, los tipos omisivos representan el ejercicio coactivo más severo del ordenamiento jurídico, pues no dejan un margen de actuación ante una prohibición, como es el caso de los tipos de acción; por el contrario, el sujeto activo sólo puede realizar una acción concreta, precisamente la acción de salvaguarda sobre el bien jurídico a la que viene obligado. De ahí que, no sólo sea deseable en el plano político-criminal que los tipos omisivos se empleen por el legislador de modo restrictivo, sino que en su interpretación y aplicación judicial las normas hermenéuticas sean aplicadas con el mayor rigor garantista posible. En segundo término, ya en relación con el delito concreto, es especialmente importante acotar los requisitos del delito, si no quiere resucitarse la prisión por deudas. El dolo del agente debe quedar perfectamente dibujado abarcando todos los elementos que el precepto reclama. En este sentido, la capacidad económica del sujeto activo para hacer frente a la obligación debe quedar suficientemente acreditada, lo que no significa, de ningún modo, que baste con la pura declaración del acusado afirmando su insolvencia. Por el

contrario, incluso la prueba de indicios podrá ser suficiente para acreditar las posibilidades económicas para el cumplimiento de la obligación y, consiguientemente, el dolo del autor.

Tercero.—Y, precisamente, ello es lo que sucede en el caso de autos, (...) el recurrente compró un vehículo, ha estado trabajando o cobrando el subsidio de desempleo durante prácticamente todo el período transcurrido desde la fijación en Sentencia de la obligación hasta la interposición de la denuncia, cobrando, en todos los casos, cantidades que al menos le hubieran permitido satisfacer una parte, aun pequeña de la cantidad a cuyo pago viene obligado. No consta, en definitiva, ningún dato que impida efectuar el juicio lógico de inferencia realizado por la juzgadora de instancia, según el cual, si conoce la obligación de pago; si ésta fue fijada de acuerdo a la capacidad económica del acusado; si el acusado no ha instado una rebaja en la cantidad ante la jurisdicción competente; si durante gran parte del período insatisfecho estuvo trabajando pero, en todo caso, cobrando por una u otra vía; si no ha efectuado ningún pago, entonces, a la vista de todo lo anterior, cabe inferir que conocía la obligación y dolosamente ha dejado de hacer frente a su satisfacción. Por todo ello, el motivo debe ser desestimado y la resolución de instancia confirmada.

Auto 275/2000, AP BARCELONA, Sec. 2.ª, de 6 de septiembre de 2000

RESOLUCIONES QUE PRECISAN DE NOTIFICACIÓN PERSONAL A LOS INTERESADOS.

Arts. 182 y 788.3 LECrim.; 270 LOPJ

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª José Magaldi Paternostro**

SÍNTESIS

Dos cuestiones son de interés en la presente resolución:

De una parte, denunciándose por el recurrente que no le fue notificado en persona (sino a su letrado y por medio de telefax) el auto por el que se ordenaba seguir la causa por los trámites del procedimiento abreviado, el auto especifica aquéllas resoluciones (entre las que no se encuentra la que es materia de este recurso) que deben ser notificadas personalmente a los interesados.

Más curiosa es la segunda vía de impugnación, por la que se denuncia la indebida inadmisión del recurso de reforma, siendo así que el Juez a quo razonó que no debía admitirlo por haber sido interpuesto fuera de plazo, a pesar de lo cual, dicho Juez (indebidamente) no sólo lo admitió, sino que lo resolvió, desestimando el fondo del asunto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.—Aduce el recurrente, en primer término, que, no habiendo sido notificado personalmente al imputado el auto por el que se ordenaba proseguir la causa por el cauce del Procedimiento Abreviado y haberlo sido exclusivamente al Letrado vía fax, procede la nulidad de todo lo actuado con retroacción de las actuaciones al momento de dictarse aquella resolución que debe ser personalmente notificada al imputado.

En segundo lugar, alega el recurrente que, en todo caso, el recurso de reforma interpuesto lo fue dentro de plazo y, por tanto

debió ser admitido, lo que solicita de este Tribunal ad quem y, a su vez, que se dicte resolución, teniéndolo por admitido, acuerde el archivo de las actuaciones.

El recurso no puede hallar acogida en esta alzada por los motivos jurídicos que se explicitan en los siguientes Razonamientos Jurídicos.

Segundo.—Respecto a la nulidad denunciada por la parte con fundamento en los argumentos antes expuestos es obvio que debe ser rechazada de plano en virtud de las siguientes razones jurídicas:

1.º Señala el artículo 182 de la LECr. que “las notificaciones, citaciones y empla-

zamientos podrán hacerse a los Procuradores de las Partes”, esto es, a aquellos que ostenten su representación procesal, exceptuándose únicamente, además de “las citaciones que tengan por objeto la obligada comparecencia de éstos”, aquellas que “por disposición expresa de la Ley deben hacerse a los mismos interesados en persona”, existiendo acuerdo doctrinal y jurisprudencial que estas últimas son las contenidas en los artículos 160, 384, 406, 501, 508, 517, 589, 597, 785.bis, 793, 797 y 876 de la LECr, entre las que no se halla el Auto de Acomodación Procedimental.

2.º) El artículo 788.3 de la LECr determina que “el Abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo por tanto necesaria la intervención del Procurador hasta el trámite regulado en el apartado 1 del artículo 791, debiendo hasta entonces cumplir el Letrado con el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslado de documentos. (...)”

3.º) El artículo 270 de la LOPJ, dispone que “las notificaciones podrán practicarse por medio del correo, del telégrafo o de cualquier medio técnico que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma deter-

minen las leyes procesales”, resultando indiscutible que el fax constituye uno de estos medios técnicos (...).

Tercero.—(...) sobre la presunta inadmisión del recurso de reforma interpuesto contra el auto por haberlo sido fuera de plazo, la lectura del auto, recurrido en queja en el que presuntamente se habría inadmitido el recurso de reforma, evidencia que ello no fue así sino que, al contrario, se admitió a trámite y se sustanció según consta en Providencia de 10 de marzo de 2000.

Igualmente, y si bien el Juez a quo, en el Razonamiento Jurídico Primero hace alusión a que su interposición ha sido fuera de plazo lo que conlleva su desestimación, lo cierto es que, por un lado, de ser así debería haberlo inadmitido a trámite —lo que no hizo— y, aun admitido, no debiera haber entrado en el fondo del recurso —lo que hace— sino haberlo desestimado por causa de inadmisión, lo que no hace, sino que, por razones de fondo, confirma en la parte dispositiva la resolución recurrida en reforma.

Consecuentemente y al margen de que estuviera fuera o dentro de plazo, debe entenderse materialmente que el recurso de reforma fue admitido, sustanciado y resuelto como es de ver de su propia lectura.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 3.ª, de 12 de septiembre de 2000

CONSUMACIÓN DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Art. 270 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Roser Bach Fabregó**

SÍNTESIS

Considerando que los delitos contra la propiedad intelectual son de consumación anticipada, o de resultado cortado, no es necesario para su consu-

mación la producción del daño, por lo que la Sala acoge el criterio del Fiscal, revoca la sentencia y condena por delito consumado y no por delito en grado de tentativa. Por lo mismo, impone al condenado la responsabilidad civil correspondiente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Interpone recurso de apelación el ministerio Fiscal interesando la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal y en su lugar se considere cometido el delito en grado de consumación y no de tentativa y se establezca una indemnización en concepto de responsabilidad civil a favor de la entidad perjudicada.

Segundo.—El primero de los dos motivos alegados debe ser estimado. En efecto, la Sala no comparte la interpretación del juzgador de instancia sobre el momento en que se produce la consumación del delito contra la propiedad intelectual del artículo 270 del Código Penal. Tal como se expone por el Ministerio Fiscal en su recurso el referido tipo penal se configura como un delito de consumación anticipada (o de resultado cortado), en el que el daño, como resultado, queda fuera del tipo, y configura, en su caso, el agotamiento material de la infracción criminal. Asimismo debe tenerse en cuenta que el artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual define la distribución como “la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”, de modo que tal conducta de distribución se realiza por la simple puesta a dis-

posición del público de la obra, no siendo necesario, contrariamente a lo que se expone en la sentencia apelada, que la obra efectivamente llegue a poder de terceros.

En atención a lo expuesto, procede estimar cometido el delito indicado en grado de consumación, e imponer al acusado la pena de cuatro meses multa con una cuota diaria de 500 pesetas, en idéntica cuantía que se establece en la sentencia apelada al estimarse adecuados los criterios tenidos en cuenta para fijar la misma.

Tercero.—Procede asimismo estimar el segundo de los motivos de impugnación alegados por el ministerio Fiscal, por cuanto el acto de distribución no autorizada descrito supone una infracción de los derechos de explotación que corresponden al titular o cesionario de la obra. Atendiendo al informe pericial obrante en las actuaciones y teniendo en cuenta que la acusación particular ha optado por la indemnización correspondiente al importe que el acusado debería haber abonado por las copias autorizadas, procede fijar en la cantidad de 207.000 pesetas la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios derivados de la infracción penal, a cuyo pago deberá ser condenado el acusado en virtud de lo dispuesto en los artículos 116 y 272 del Código Penal.

Auto AP BARCELONA, Sec. 3.^a, de 28 de septiembre de 2000

DELITO DE IMPEDIMENTO DE EJERCICIO DE OTROS DERECHOS CÍVICOS.

Art. 542 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Fernando Martínez Zapater**

SÍNTESIS

El carácter de cláusula de cierre para la garantía penal de los derechos fundamentales frente a actos de entidades o funcionarios públicos que posee el art. 542 CP no significa que cualquier conducta de éstos que dificulte o impida el ejercicio de un derecho, encuentre en esta figura delictiva subsunción típica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—El recurso interpuesto por el querellante se fundamenta, en suma, en una discrepancia esencial con el Juez a quo en relación a la posible subsunción de la conducta puesta en su conocimiento en el tipo penal previsto en el art. 542 del CP y en particular la posibilidad de incardinar la negativa emitida por el querellado y dirigida al querellante en una actuación que vulnere derechos cívicos de naturaleza fundamental de éste último, dato esencial que es el que permitiría afirmar que se ha producido por parte de un funcionario público o autoridad un acto contra el ejercicio de los derechos cívicos previstos en la Constitución y las Leyes.

Así pues, la primera cuestión que debe ser abordada es la interpretación concreta que sea correcto realizar de cuales sean esos derechos cuya deliberada oposición a que ejerzan los ciudadanos por parte de ciertas personas se protege por medio del precepto

antes citado. Y a estos efectos es plenamente ilustradora la STS de 24 de febrero de 1998 cuando dispone que “Con la expresión derechos cívicos el legislador quiere referirse a los derechos políticos, entendiéndose como tales, no sólo los estrictos derechos de participación en las instituciones propias de la organización del Estado, sino todos aquellos que se reputan como fundamentales de la persona, con amparo en nuestra CE, a través de los cuales tal persona, en cuanto ciudadano, participa en los asuntos de la comunidad. Ello se refuerza hoy ante la consideración de que aunque la sección del código donde se ubica el art. 542 comprende de modo genérico los delitos contra otros derechos individuales, la rúbrica del capítulo se refiere a derechos fundamentales y libertades públicas, todo ello en el marco de los delitos contra la CE. La ley penal ha de complementarse, pues, en exclusividad con el listado de derechos alumbrados en el texto constitucional. La mención de leyes mantenida en la norma del art. 542 ha de enten-

derse como referida a disposiciones legales dictadas en desarrollo de los derechos fundamentales...”. Expuesto lo cual de proceder a analizarse si el derecho que se denuncia como vulnerado es encuadrable en el concepto de derecho fundamental reconocido en la propia Constitución o en alguna ley de desarrollo de ésta.

En concreto se denuncia la negación a facilitar una información por parte del querrelado, Cap dels Agents Forestals de la Generalitat, al querellante, quien por escrito le había solicitado que le comunicara la lista con los nombres, horarios y concretos servicios asignados de los agentes forestales que en el día 5 de octubre de 1997 se hallaban de servicio en las comarcas de Gerona. Tal petición, efectivamente denegada, debe ubicarse en el siguiente contexto: el querellante, Alcalde del municipio, había sido denunciado días antes por uno o varios agentes forestales por haber permitido u organizado

unas barbacoas en el término municipal, habiéndose constatado que las mismas se hallaban a una distancia de una zona forestal menor que la reglamentariamente establecida como mínima de seguridad. Tras la denuncia se inicia un expediente sancionador que es sobreseído y archivado tras recibirse las alegaciones del hoy recurrente, alegaciones que hacen referencia únicamente a la negada relación o responsabilidad en los actos objeto del expediente. Es en este marco, que se emite el escrito en el que se deniega la petición de información solicitada.

De lo expuesto se infiere con claridad que la negativa a facilitar la lista identificativa de los agentes rurales —se supone que pedida con el fin de determinarse cual en concreto efectuó la denuncia, ignorándose que se pretendía conseguir con ello— no puede enmarcarse en la vulneración de un derecho fundamental.

Auto 385/2000, AP VIZCAYA, Sec. 4.ª, de 4 de octubre de 2000

LA DESHABITUACIÓN COMO REQUISITO PARA SUSPENDER LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD DE HASTA TRES AÑOS.

Arts. 80, 81 y 87 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Olaso Azpiroz**

SÍNTESIS

Recuerda el auto de la Sala que el requisito de acreditar mediante la oportuna certificación de deshabituación a las drogas o a las bebidas (o de encontrarse en tratamiento para tal fin) que el Código Penal exige para poder suspender la ejecución de penas privativas de libertad entre dos y tres años (art. 87.1.1.ª Código Penal) debe entenderse exigible, por razones lógicas y teleológicas, tanto a los penados no reincidentes como reincidentes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.—El recurrente Manuel se queja contra el auto dictado por el juzgado de lo Penal de Bilbao, no reformado tras el recurso correspondiente, que denegó la suspensión de la condena impuesta a dicho recurrente, considera que procede suspender la condena, a la luz del párrafo 2 del artículo 87 del Código Penal, atendidas las circunstancias del hecho y del autor que en el recurso de queja se explicitan.

Segundo.—El artículo 87 del Código Penal constituye una excepción a la regla general sobre la suspensión de condena contenida en los artículos 80 y 81 del propio texto punitivo; aquél está referido, exclusivamente, a los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, etc. la intención del legislador es que, a cambio del beneficio que supone suspender la ejecución de una pena de libertad de hasta tres años de prisión, se garantice que el penado, o bien se encuentra ya deshabitado del consumo de la droga bajo cuya influencia cometió el delito, o bien está sometido a tra-

tamiento para tal fin, debiéndose acreditar cumplidamente mediante certificación emitida por Centro o Servicio, público y privado; desde esta perspectiva, resulta intranscendente que estemos en presencia de un reo que, no habiendo delinquir tan sólo una vez no se trate, sin embargo, de un reo habitual —al que se refiere el art. 87.1 del Código Penal— o que contemplemos el caso de un reincidente —artículo 87.2 del mismo texto— ya que, en cualquiera de los dos supuestos, parece obvia la exigencia de demostrar la deshabitación consumada o el tratamiento encaminado a ella que es la base para obtener el beneficio de la suspensión de la condena impuesta, sin que haya razón lógica para que tal requisito se exija al reo no habitual y, en cambio, se exonere del mismo al reo reincidente; antes al contrario, la ley ha de interpretarse en el sentido que, en los reincidentes, además de acreditarse la deshabitación o el tratamiento, se requiere un plus sobre los reos no habituales para obtener la suspensión de la condena, cual es que se valoren también las circunstancias del hecho y del autor.

Por todo lo que antecede, no ha lugar a admitir el recurso de queja de que se trata.

Sentencia 210/2000, AP VIZCAYA, Sec. 5.ª, de 4 de octubre de 2000

SUCESIÓN DE LA COBERTURA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN CASO DE TRANSMISIÓN DE VEHÍCULO ASEGURADO.

Arts. 15 y 34 de la Ley de Contrato de Seguro

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Leonor Cuencia García**

SÍNTESIS

La compañía aseguradora es responsable del pago de la indemnización por los daños causados por un vehículo transmitido por el tomador del seguro al no haber ejercido su derecho a cancelar la póliza en el plazo de un mes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Segundo.—(...) la compraventa de un vehículo, como bien mueble que es, se entiende producida por virtud de la teoría del título y el modo (artículo 609 y 1095 del Código Civil), mediante su entrega, aunque no se dé su inscripción en la Jefatura de Tráfico, pues tal no tiene carácter constitutivo a efectos de la adquisición del derecho real de propiedad, lo que supone que efectuada tal en el momento, al menos, del cambio de titularidad en la Jefatura de Tráfico, esto es el día 15 de junio de 1998, lo que no niegan las partes, es obvio que, como entiende el Juzgador a quo, por aplicación de la normativa reguladora del contrato de seguro de automóviles, concretamente la Ley del Contrato de Seguro, en su redacción tras la ley 30/1995 de 8 de noviembre, aplicable con carácter subsidiario en este punto, se produce con relación al contrato de seguro una subrogación “ope legis”, en virtud de la cual el nuevo titular del bien se subroga en los derechos y obligaciones que correspondían en el contrato del seguro al anterior propietario, lo que no admite pacto en contrario, cuanto estamos ante un seguro obligatorio como el de automóviles y no consta pacto al respecto en cuanto al seguro voluntario (art. 34 LCS), de manera que la facultad de dar por resuelto dicho contrato, antes de su vencimiento, le corresponde al nuevo adquirente y no al transmitente, a quien el legislador le impone la obligación de comunicar a la Aseguradora el cambio en la titularidad del contrato para que ésta pueda decidir si desea o no rescindir el contrato en la forma y con las condiciones establecidas en el art. 35 del citado texto legal, consecuencia lógica de que por Ministerio de la Ley se le impone un nuevo deudor-acreedor que no conoce y que no tiene por qué aceptar.

(...)

En consecuencia, si no podía anular la póliza, si la aseguradora no comunicó al

nuevo titular del contrato, en el plazo de quince días su voluntad de rescindirlo, ni éste lo rescinde, si el accidente se produce cuando aún no había transcurrido un mes desde el vencimiento del contrato durante el que no se había satisfecho la prima y la misma no es la primera sino la sucesiva, resulta de plena aplicación lo dispuesto en el art. 15 núm. 2 de la Ley del Contrato de Seguro que establece “en caso de falta de pago de una de las primas siguientes, la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido”. Para la aplicación de este precepto, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que es preciso que el impago lo sea por culpa del tomador, pues si no es así y se debe a un incumplimiento de la aseguradora, del mismo no se puede hacer depender la efectividad de la póliza, distinguiendo a estos efectos entre el primer mes desde el día del vencimiento o período de gracia, durante el que la cobertura del seguro produce plena eficacia tanto inter partes como frente a terceros, y los meses sucesivos, si persiste el impago, con el límite de los seis meses, durante los cuales se produce la suspensión de la cobertura, pudiendo la aseguradora reclamar el pago de la prima o instar la resolución del contrato, entendiéndose que la medida de suspensión, a no ser que se resuelva el contrato por la aseguradora, no supone la extinción o fin de la relación de seguro, pues el contrato persiste en el mundo del Derecho y por tanto de producirse el siniestro durante tal plazo, si el perjudicado en un seguro de responsabilidad civil, como el de autos, ejercita la acción directa contra la aseguradora que le confiere el art. 76 LCS para reclamar la indemnización que estime pertinente, el impago de la prima como excepción de carácter personal no puede serle opuesta, debiendo aquélla cumplir con las obligaciones derivadas del contrato y abo-

nar, sin perjuicio en su caso del derecho de repetición, y ello porque el contrato no se extingue per se, sólo está suspendido, pues la ley (art. 15 n.º 3 LCS) permite la reanudación de la cobertura aunque limitada en el tiempo si se pagare la prima, que sólo puede ser la correspondiente al periodo en curso, no surgiendo un nuevo contrato.

(...) si pasados 6 meses la prima no se hubiese satisfecho o no se hubiese resuelto unilateralmente el contrato, éste quedará extinguido, lo que implica su desaparición del mundo jurídico y por tanto la cesación de la

responsabilidad de la aseguradora frente a terceros, a quien ahora sí puede oponer, si el siniestro ocurriera entonces, esta excepción, que lo es ya de carácter legal y real, no personal, pues se basa en la inexistencia del contrato.

Lo razonado determina que la sentencia de instancia resulte ajustada a Derecho cuando establece que la responsabilidad por las consecuencias económicas del siniestro le corresponde a la compañía de seguros y no al Consorcio de Compensación de Seguros (...)

Sentencia 312/2000, AP MADRID, Sec. 4.ª, de 7 de octubre de 2000

GRABACIÓN VIDEOGRÁFICA EN VÍA PÚBLICA: NO LE SON APLICABLES LAS GARANTÍAS PUESTAS PARA LA INTERCEPCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.

Arts. 18 y 24 CE; 147 y 613 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Pilar de Prada Bengoa**

SÍNTESIS

Las garantías que —constitucional, legal y jurisprudencialmente— rodean a la posibilidad de interceptar comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal, no son de aplicación al caso: grabación videográfica sobre la vía pública. Se permite no sólo la aportación de la cinta de vídeo como medio de prueba, sino la sentencia basada muy principalmente en la misma.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Solicita el recurrente se declare la nulidad, (...) petición que sustenta

en que la prueba videográfica admitida por el juzgador y la declaración del forense emitida en base a su visionado en el juicio, deben declararse nulos por vulnerar el derecho

al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, (...) y por incumplir lo dispuesto en el art. 24 CE por haber sido obtenida sin las debidas garantías.

Cita el recurrente en su escrito una sentencia del TC relativa a la incorporación al proceso del resultado de las escuchas telefónicas, por lo que parece extender a la grabación de cinta de vídeo de autos, filmada en la vía pública, la jurisprudencia relativa a las escuchas telefónicas y grabaciones de audio, que por afectar al derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, protegidos en el artículo 18.1, 2 y 3 CE, requerirían de Auto del juez, adoptado con motivación suficiente, que respondiera por analogía, a las exigencias y requisitos de las intervenciones telefónicas; esto es, tomarse en el curso de un procedimiento penal, existencia de indicios racionales de criminalidad respecto de un delito grave sancionado con pena de prisión menor o su equivalente en el CP de 1995 (Disposición transitoria undécima), imposibilidad o gran dificultad de averiguación de la grave infracción por otra vía, control judicial de la intervención y fijación por el juez del lugar o lugares, tiempo y modo de llevarse a cabo una medida tan excepcional.

Pero lo referido no es aplicable al presente caso, en el que se filmó al denunciante en la vía pública, transportando cajas, bajando persiana metálica y realizando actividades usuales. El médico forense que suscribió el informe de sanidad obrante en las actuaciones, ha valorado lo visionado incompatible, —por presentar absoluta normalidad—, con las secuelas reseñadas en el mencionado informe (las cuales no tuvieron soporte objetivo alguno). En el juicio, don Antonio E.H.L., Médico Especialista en Medicina Intensiva, ha dictaminado acerca de la absoluta disparidad de las secuelas inicialmente reconocidas por el Médico Forense con los fotogramas del vídeo sobre la movilidad del lesionado. Toda esa prueba fue

practicada, habiendo sido averada con carácter previo la cinta de vídeo incorporada a las actuaciones, por la persona que la grabó, la cual manifestó que no se aportó el original debido al tipo de monitor especial que utilizan, en relación con el utilizado por los juzgados. Consta en el acta del juicio —se aporta prueba documental que es cotejada en este acto—, procediéndose a la práctica de la prueba testifical de quien personalmente efectuó la grabación, reconociéndose el propio denunciante como la persona que aparece en la cinta. El médico forense, en virtud de lo directamente percibido, no ratificó su informe sino dictaminó la curación del lesionado en 15 días, sin secuela. Ello ha determinado, que al no ser las lesiones producidas susceptibles de anclaje como delito de lesiones, como exige el art. 621.3 en relación al 147 CP para sancionar las lesiones causadas por imprudencia leve, dado que no requirieron para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, se haya dictado una resolución absolutoria del denunciado.

Segundo.—La grabación efectuada en la vía pública, más aún en el presente caso en el que la persona ha sido filmada desarrollando una actividad que puede considerarse usual, no implica invasión en el ámbito de la intimidad que requiera autorización judicial. No es la misma precisa cuando (como en el presente caso acontece) la grabación no afecta a la esfera de la intimidad y se efectúe lugares o locales libres o públicos, así como en establecimientos oficiales, bancarios o empresariales.

La sentencia de 27 de febrero de 1996 expresa respecto de la cinta de vídeo, que en todo caso, no supone una prueba distinta de una percepción visual, porque como señaló la Sentencia de esa Sala 2620/1994, de 14 de mayo, si en el juicio oral es posible una identificación de los acusados con todas las garantías, esta prueba que no hace otra cosa que perpetuar una percepción visual de una persona y debe ser estimada como válida.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 3.ª, de 9 de octubre de 2000

FALTAS DE AMENAZAS PUEDEN INTEGRAR DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR.

Arts. 153 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Roser Bach Fabregó**

SÍNTESIS

La alusión a violencia psíquica junto a la física a los fines de integrar el tipo de violencia habitual en el ámbito familiar hace que la Sala revoque la sentencia del Juzgado de lo Penal y, con estimación del recurso del Fiscal, pene también por este delito.

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 Francisco como autor responsable de un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, (...), y asimismo, debo condenar y condeno a Francisco como autor responsable de tres faltas de amenazas, (...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Recurso de apelación interpuesto por el ministerio Fiscal.

Por el representante del Ministerio Público se impugna la sentencia dictada en la instancia interesando que sea revocada parcialmente y se condene al acusado Francisco como autor de un delito de malos tratos habituales del artículo 153 del Código Penal conforme a sus conclusiones definitivas.

El motivo debe ser estimado. En la sentencia apelada se estiman acreditados, además de los hechos que configuran el delito de quebrantamiento de la medida cautelar que no han sido objeto de impugnación por el Ministerio Fiscal, tres conductas que se califican como de tres faltas de amenazas, y se

condena al acusado como autor de dichas faltas, desestimándose la aplicación del artículo 153 del Código Penal. El Juez a quo expone de forma detallada cuáles son los requisitos que integran el delito de malos tratos habituales, concluyendo la inexistencia del tipo al no resultar acreditados diversos actos de violencia física. La exposición sobre la configuración del delito de violencia habitual es compartida por esta Sala salvo en lo que se refiere al elemento objetivo del tipo, por cuanto el citado artículo 153, en la redacción dada por la reforma llevada a cabo por la LO 14/1999, de 9 de junio, aplicable por tanto a los hechos enjuiciados, incluye no solamente la violencia física, como se expone en la sentencia apelada, sino también la violencia psíquica, ya que se refiere al que “habitualmente ejerza violencia física o psíquica”. El referido concepto de violencia psíquica presenta, sin duda, problemas de interpretación e integración, no obstante, no ofrece duda alguna que las conductas típicas en sí mismas, como son en el presente caso las faltas de amenazas, cuyo carácter fundamental es el constituir un ataque al sosiego y tranquilidad personal del sujeto pasivo, son susceptibles de integrar el referido concepto de violencia

psíquica a los efectos configurar la acción del artículo 153, cuyo bien jurídico protegido es la tutela de la dignidad personal en el ámbito familiar.

Sentencia 369/2000, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 10 de octubre de 2000

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM” ENTRE LOS ARTÍCULOS 379 Y 380 DEL CÓDIGO PENAL.

Arts. 379 y 380 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz**

SÍNTESIS

Los artículos 379 y 380 del CP protegen el bien jurídico de la seguridad del tráfico y este bien sólo se pone en peligro una vez cuando concurren ambas conductas, motivo por el que únicamente se ha de sancionar la conducta para la que se prevé pena más grave.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) La seguridad del tráfico por lo tanto se ha puesto en peligro en un momento anterior a la actuación de los agentes, el riesgo se ha producido, el delito supuestamente se ha consumado, en el momento en que el acusado conducía bajo la influencia de bebidas alcohólicas, no en el momento de la realización de las pruebas de alcoholemia.

(...)

La negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia no supone una nueva situación de riesgo, poniendo en un nuevo peligro la seguridad del tráfico, (...) lo que no puede dejarse de tener en cuenta para poder delimitar y calificar la conducta enjuiciada y reprochable penalmente.

(...) el artículo 380 describe el tipo exigiendo que la negativa a someterse las pruebas legalmente establecidas se produzca “para la comprobación de los hechos descri-

tos en el artículo anterior”, es decir, para comprobar el delito de riesgo consistente en la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, es decir, para comprobar un riesgo ya producido.

(...)

Una vez que hemos llegado a la conclusión de que los artículos 379 y 380 del Código Penal protegen el bien jurídico de la seguridad del tráfico, sin perjuicio de que, además, y de forma secundaria, el art. 380 también proteja el principio de autoridad, y por otro lado también hemos concluido que en los hechos objeto de acusación sólo se infringió en una ocasión la seguridad del tráfico, no cabe duda que la condena por ambos delitos supone una clara vulneración del principio “non bis in idem”.

A la hora de tipificación de la conducta objeto de acusación y precisamente para no conculcar el principio “non bis in idem” debe aplicarse la teoría del concurso de leyes

previsto en el artículo 8.º del Código Penal, lo que supone, a la vista de que en la sentencia recurrida se ha declarado como hecho probado la negativa a someterse a las pruebas de detección alcohólica, la condena por el artículo 380 CP, bien porque describe un tipo más complejo, absorbiendo la conducta descrita en el artículo 379 (art. 8.º CP, párrafo 3.º), bien porque prevé una pena más grave (art. 8.º CP, párrafo 4.º).

Es la solución del concurso de leyes la que adopta el Código Penal de 1995 al regu-

lar este tipo de delitos en los supuestos en los que, además del peligro abstracto contra la seguridad del tráfico, se ataca otro bien jurídico (resultado lesivo), penándose exclusivamente la infracción más gravemente penada (art. 383 CP). Igual solución debe darse cuando además del riesgo o peligro abstracto contra la seguridad del tráfico (art. 379 CP) se ataca el llamado principio de autoridad (art. 380 CP), debiéndose penar conforme a este precepto del art. 380 CP que prevé pena más grave.

Sentencia 296/2000, AP MADRID, Sec. 2.ª, de 16 de octubre de 2000

INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DE ANIMAL DAÑINO O FIERO A LOS EFECTOS DE LA FALTA CORRESPONDIENTE.

Art. 631 Código Penal y Ley 50/1999 de 23 de diciembre

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª A. María Riera Ocariz**

SÍNTESIS

La consideración de un animal como dañino o fiero —requisito típico para la aplicación del art. 631 Código Penal— no es cuestión valorable por el Juzgador a la vista del caso concreto que venga en consideración, sino que viene determinada ex ante por la Ley (Ley 50/1999 de 23 de diciembre sobre Régimen Jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primer motivo del presente recurso denuncia la aplicación indebida del art. 631 del CP, al entender que los hechos declarados probados no constituyen tal infracción penal por estar ausentes sus elementos típicos.

Como se afirma en el propio recurso, el tipo penal descrito en el art. 631 contempla una infracción penal de actividad o riesgo abstracto, la cual precisa de dos elementos típicos. En primer lugar, que se trate de un animal feroz o dañino, combatiendo la ape-

lante la aplicación de tal calificativo a su perro Vikingo de raza Pit Bull. No puede aceptarse el argumento de la recurrente; en esta materia existe ya una definición legal de lo que debe entenderse por animal feroz o dañino, por encima de cualquier consideración subjetiva o casuística; tal definición se contiene en el artículo 2.º de la Ley 50/1999 de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos; en ese precepto se califican como potencialmente peligrosos los animales salvajes utilizados como animales domésticos y en su apartado 2 se esta-

blece literalmente: “También tendrán la calificación de potencialmente peligrosos los animales domésticos o de compañía que reglamentariamente se determinen, en particular los pertenecientes a la especie canina, incluidos dentro de una tipología racial, que por su carácter agresivo, tamaño o potencia de mandíbula tengan capacidad de causar la muerte o lesiones a las personas o a otros animales y daños a las cosas.”

La raza Pit Bull es notoriamente conocida por su peligrosidad a raíz de ciertos sucesos desgraciados recientes que llegaron a crear una alarma social y es que estos perros son perros de presa y poseen unas mandíbulas, cuyo tamaño y capacidad agresiva constituyen un riesgo en abstracto, que en el caso contemplado se ha hecho realidad; así lo reconoció en el acto del juicio Sergio Jesús G. copropietario de Vikingo, cuando declaró

que su perro es de presa y corpulento. No cabe duda por todo ello que el Pit Bull es un animal dañino en el sentido legal.

El elemento subjetivo de la falta del artículo 631 del CP consiste en dejar a ese animal dañino suelto o en condiciones de causar mal y debe afirmarse con toda seguridad que también concurre en los hechos juzgados, porque Vikingo estaba literalmente suelto, sin sujeción de ninguna clase y su condición de causar mal la demostró en la realidad porque llevó a efecto todo su potencial lesivo contra el otro perro, Golfo, que también iba suelto, pero con la gran diferencia que sus características, comprobables en las fotografías del animal (f. 52 a 56), no le incluyen en la definición legal de animal feroz o dañino del artículo 2.2 de la Ley 50/1999 de 23 de diciembre.

Sentencia 394/2000, AP MADRID, Sec. 15.ª, de 23 de octubre de 2000

SOBRE SI LA EXHIBICIÓN AL PÚBLICO PARA SU VENTA EN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL CONSTITUYE TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.

Art. 563 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se distingue en la sentencia que resuelve el recurso de apelación sobre los diferentes sentidos que puede recibir la expresión “tener” o “tenencia” para discernir cuáles de ellos colman las exigencias típicas del art. 563 Código Penal. Ello, unido a la previsión sancionadora que sobre el supuesto de autos establece el Reglamento de Armas, lleva a la Audiencia a revocar la sentencia apelada, absolviendo al acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

MOTIVACION

La sentencia que se examina no plantea ningún problema en lo relativo a los hechos

probados, que el apelante no cuestiona. En efecto, es pacífico que en el establecimiento comercial que se dice se hallaban expuestos

para la venta los instrumentos (puñales o abrecartas) mencionados.

Lo discutido, sustancialmente, en el escrito planteando el recurso es si la circunstancia de hallarse esos objetos en el lugar y con la finalidad que se ha dicho debería tomarse como conducta apta para determinar la aplicación del art. 563 del C. Penal, conforme al que se ha producido la condena. En particular, si el dato de que aquéllos estuvieran donde fueron aprehendidos por la Guardia Civil es reprochable al ahora apelante como “tenencia” a los efectos de tal precepto.

Pues bien, en este punto hay que señalar que en los diccionarios de uso del castellano “tenencia” suele describirse como acción de tener algo, preferentemente en el sentido de posesión actual; mientras que “tener” denota posesión, disfrute o sujeción con las manos. Esto es, una forma de relación con la cosa connotada por la funcionalidad a un fin no remoto, en el sentido de relativamente preciso, siendo la naturaleza de éste la que cualifica el acto.

Tratándose de un arma, la tenencia requerida para que resulte aplicable el artículo de referencia es la conectada a una voluntad de utilización (no necesariamente inmediata) de aquélla para la finalidad con que, en términos de uso social, hubiera sido concebida. Por eso, la forma de posesión que para el titular de un negocio implica el ofrecimiento en venta, desborda el campo semán-

tico de la norma tomada en consideración. Así, precisamente, lo ha entendido la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de noviembre de 1998, que se cita en el escrito promoviendo el recurso, y que reclama atención al criterio del riesgo para el bien jurídico protegido (la integridad, la seguridad de las personas) para valorar la calidad de la tenencia a los efectos de una posible incriminación.

Esta propuesta de lectura del precepto contemplado encuentra, pues, fundamento en el uso habitual de los términos empleados por el legislador y en el principio de legalidad, que impone dar a aquéllos la interpretación más apta para circunscribir los límites de su significado. Y tiene también apoyo en el dato de que la conducta aquí reprochada aparece descrita como constitutiva de un ilícito administrativo, conminado con una pena que puede ser realmente grave en sus efectos [art. 156.a) del Reglamento de Armas aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero]. Precepto éste cuya misma existencia —en una obligada apreciación sistemática de su relación con el del art. 563 del C. Penal— refuerza la pertinencia de una inteligencia restrictiva de este último en el sentido indicado.

Por eso, la conclusión necesaria es que la conducta enjuiciada en esta causa no es penalmente antijurídica en el sentido del art. 563 del C. Penal y, en consecuencia, la resolución apelada debe revocarse y dictarse otra absolutoria.

Sentencia 544/2000, AP MADRID, Sec. 2.ª, de 31 de octubre de 2000

LA RENUNCIA DEL PERJUDICADO NO IMPIDE LA PERSECUCIÓN DEL DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Art. 287.1 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Susana Polo García**

SÍNTESIS

La necesidad de denuncia del perjudicado en los delitos contra la propiedad industrial (art. 287.1 Código Penal) tiene la naturaleza de condición objetiva de procedibilidad por lo que, una vez producida, el perjudicado carece de poder de disposición alguno sobre el proceso penal (a diferencia de lo que ocurre con el perdón del ofendido).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—En el acto del juicio oral, de referencia se dictó Sentencia con fecha 2 de junio de 2000, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: fallo: “Que debo condenar y condeno a Javier G.O. como autor de un delito contra la propiedad industrial (...)”

Segundo.—Contra dicha Sentencia, por la representación procesal del hoy recurrente, se interpuso recurso de apelación (...)

HECHOS PROBADOS

(...) el Departamento de Aduanas, Subdirección General de Gestión Aduanera retuvo una mercancía presentada a despacho consistente en bisutería de latón de las marcas Nike, Reebok, Fila, Adidas, Real Madrid y F.C. Barcelona, en la que consta como importador Javier y exportador M.ª Sorcorro; mercancías no fabricadas por las citadas casas, ni bajo su autorización.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.—La representación legal de Javier formula recurso de apelación contra la sentencia (...) con dos motivos: infracción de normas procesales por lo que se solicita la nulidad del juicio, y error en la apreciación de las pruebas practicadas.

En cuanto al primer motivo debe ser desestimado ya que no existe vulneración alguna de carácter procesal en la celebración del juicio oral tras haber retirado la acusación los denunciadores, ya que el artículo 287.1 lo que establece es una condición de procedibilidad o requisito procesal (denuncia de la persona agraviada o de su representante legal) lo que hace que podamos calificar a estos delitos como semipúblicos, ya que presentada la denuncia el proceso continúa conforme a las reglas generales, como si de un delito público se tratara, sin que la renuncia del denunciante impida que el proceso continúe bajo el impulso del Ministerio Fiscal.

Condición de procedibilidad, no perdón del ofendido como alega el recurrente, que se introduce en el Código Penal de 1995 recogiendo la tendencia en el derecho comparado, no por ello exenta de críticas, pues no es coherente condicionar la protección penal

de intereses colectivos (los de los consumidores) a la actuación de los particulares, por ello, presentada la denuncia, los tribunales deben velar por la propiedad industrial dado su valor y significación, con independencia de que los particulares retiren la denuncia.

Sentencia 402/2000, AP MADRID, Sec. 16.^a, de 7 de noviembre de 2000

PROBLEMÁTICA DE LAS ALCOHOLEMIAS COMPRENDIDAS ENTRE 0,50 Y 2 GR. DE ALCOHOL POR 1000 CC DE SANGRE.

Art. 379 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alberto Panizo y Romo**

SÍNTESIS

Los signos externos negativos que habitualmente se reflejan en los atestados de los agentes de la autoridad no determinan de forma indubitada la influencia del consumo de alcohol en la conducción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Los hechos que dieron lugar al presente procedimiento se iniciaron cuando el acusado fue parado en un control de tráfico de carácter preventivo en el que se le sometió a una prueba de alcoholemia.

(...) no se ha presentado ninguna prueba directa de que la conducción realizada por el acusado haya constituido algún riesgo en bienes jurídicos.

(...)

los simples datos aportados por los agentes de la autoridad sobre el comportamiento o, mejor dicho, sobre los signos físicos externos del acusado, no reflejan sino una in-

discutida ingesta de alcohol, ya confirmada por el test de alcoholemia, pero sin ayudarnos a determinar de forma indubitada que alcohol ingerido tuviera una influencia específicamente peligrosa en la conducción, ya que dichos signos testimoniados son perfectamente compatibles con cualquier ingesta de alcohol por encima de la tasa prohibida administrativamente, pero no acreditativos del plus de peligrosidad que exige el tipo delictivo y que lo diferencia de la sanción administrativa.

Quinto.—También se invoca como prueba de cargo en la sentencia condenatoria la prueba de alcoholemia realizada con un etilómetro con resultados de 0'80 y 0'82 mili-

gramos de alcohol por cada litro de aire expirado.

(...)

No se aprecia que en la realización de la prueba de alcoholemia se hayan infringido la normativa legal y reglamentaria, y el resultado del test ha sido incorporado al acto del juicio bajo los principios de inmediatez, contradicción y defensa. Su resultado supera las tasas establecidas como prohibidas en el art. 20.1 del Reglamento General de la Circulación, pero este simple dato, no puede constituirse como única prueba de cargo del delito contra la seguridad del tráfico ahora estudiado:

(...)

Sexto.—“Las conclusiones generalmente aceptadas, en cuanto a la valoración médico-legal de la alcoholemia, son las siguientes:

Una alcoholemia inferior a 0,50 gr de alcohol por 1.000 cc de sangre no indica necesariamente que el sujeto haya consumido bebidas alcohólicas

Entre 0,50 gr de alcohol por 1.000 cc de sangre, las posibilidades de que haya intoxicación van aumentando pero sin que pueda asegurarse que existan alteraciones clínicas y en qué grado.

Por encima 0,80 gr por 1.000 cc., la legislación española considera demostrada la infracción tipificada en el artículo 52 del vigente Código de la Circulación.

Una alcoholemia comprendida entre 1 y 2 gr por 1000 se corresponde con la fase ebriosa de intoxicación alcohólica, pero para ser valorada jurídicamente debe ir acom-

pañada de los correspondientes signos clínicos de la intoxicación. Dicho de otra manera, debido a las diferencias individuales en el modo de responder al alcohol, con estos valores no hay seguridad de cuál era el estado del sujeto y por ello deben coincidir los datos clínicos y los bioquímicos para establecer el diagnóstico de embriaguez.

Por encima de 2 gr de alcohol por 1000 de sangre puede afirmarse la realidad de la embriaguez, aun en ausencia de todo dato clínico.

Cifras alcohólicas de 4 a 5 gr por 1000 se encuentran constantemente durante el estado de coma alcohólico.

Como se ve el punto de polémica corresponde a los valores de alcohol en sangre comprendidos entre 0,50 y 2 gr por 1000. En efecto, para estas cifras todas las posibilidades entran en juego. Sujetos con gran susceptibilidad a los efectos de alcohol pueden presentar estados graves de embriaguez con total incapacidad para conducir un vehículo, mientras que otros, con una tolerancia al alcohol superior a la normal, apenas acusarían los efectos de la bebida y podrían conducir un vehículo automóvil con una seguridad normal”.

Séptimo.—Por lo tanto, (...) debemos llegar a la conclusión de que no está suficientemente acreditado que el acusado, en el momento en que fue detenido, condujera bajo la influencia de las bebidas alcohólicas en un grado tal que significara un especial peligro para los bienes protegidos, superior al genérico peligro que supone la simple ingesta de alcohol por encima de la tasa permitida reglamentariamente.

Auto AP BARCELONA, Sec. 6.^a, de 8 de noviembre de 2000

DELITO DE TRANSFORMACIÓN EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO. MOTIVACIÓN.

Art. 789.5 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Gimeno Jubero**

SÍNTESIS

La deficiente regulación del auto de transformación de las diligencias en procedimiento abreviado, suscita numerosas dudas respecto a los requisitos, forma y consecuencias del mismo. La presente resolución se ocupa de la necesidad o no de motivar el fondo del asunto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Como señala la jurisprudencia (TS. 2.^a 2 de julio de 1999), la resolución transformadora del procedimiento cumple una triple función: a) conclusión de la instrucción; b) continuar el trámite por procedimiento abreviado por estimar que el hecho se integra en delito comprendido en art. 779 de LECrim., excluyendo los supuestos de archivo, sobreseimiento provisional, hecho constitutivo de falta, etc.; y c) ordenar el traslado a las partes acusadoras, que son las que solicitan sobreseimiento o formulan acusación. Así, la fundamentación de esta resolución deberá adecuarse a su finalidad, y deberá abordar, conforme a los criterios previstos en art. 789.3 de LECrim., la necesidad o no de mayor instrucción, sobre todo si por alguna de las partes se ha solicitado la práctica de alguna diligencia. Aunque sería deseable, no parece que deba contener motivación explícita sobre el fondo, salvo que por las partes se hubiese planteado solicitud de archivo, sobreseimiento, etc. En otro caso, el razonamiento deberá ir dirigido a ponderar la inclusión del delito en art. 779 de

LECrim. Esta cuestión nos conduce a otra más trascendente: si por la vía del recurso de queja puede acordarse el archivo del procedimiento, contra la decisión del instructor que ordenó la continuación del procedimiento abreviado. Conforme a lo establecido por nuestro Tribunal Supremo [TS 22.0.99 (sic)] ello no es posible. En este momento procesal, una valoración jurídica de los hechos realizada por el Instructor, dejando de lado la que implícitamente desestima archivo o sobreseimiento provisional, prejuzgaría la que seguidamente podrán o no hacer las acusaciones, al darles el trámite previsto en el art. 790.1 de LECrim. En suma, no es el recurso de queja la vía adecuada para resolver el fondo del asunto, amén que una eventual resolución revocatoria podría darse cuando ya se hubiese decretado la apertura de juicio oral o incluso avanzado en la celebración del juicio.

Tercero.—En el supuesto que se examina se invoca inicialmente la nulidad, por falta de motivación suficiente, del auto de 6 de abril de 2000, por estimar que el mismo carece de la motivación suficiente. El motivo

no puede admitirse. Dicho auto no es paradigma de la motivación, e incluso contiene expresiones inoportunas, pero no puede negarse que da las razones por las que desestima la reforma del precedente auto por el que acordó la continuación del procedimiento abreviado, ajustándose la breve motivación a los criterios antes expuestos. Resulta evidente que en ese momento procesal no cabe examinar nueva documentación que se aporte, que en su caso debiera haberse incorporado hasta el momento en el que se concluyó la instrucción.

Tampoco puede prosperar la demandada nulidad del auto por el que se acordó la adecuación al procedimiento abreviado, dando por finalizada la instrucción. Esta resolución contiene suficiente motivación, al tenor de lo antes expresado. Cuestión diferente es la discrepancia con la valoración sobre las diligencias practicadas, extremo en el que no puede entrarse, como se dijo, por la vía del recurso de queja. Se admite que el pro-

cedimiento especial limita el debate en esa fase de instrucción, pero nada empece a que posteriormente, ante la disyuntiva de sobreseimiento o apertura del juicio oral, el Juez de Instrucción proceda a examinar si, dadas las concretas acusaciones, procede alguno de los sobreseimientos previstos.

Cuarto.—Es cierto que la instrucción debe alcanzar no sólo a los hechos perjudiciales para el imputado y que permitan la apertura de juicio oral, sino también a los que permitan su exculpación, pero lo discutido ahora es la valoración de los hechos, sin que se discuta la necesidad de practicar otras diligencias. El quejante declaró en el proceso en calidad de imputado, no pudiendo admitirse el reproche que se hace, toda vez que declaró sobre su relación con la mercantil mediante la cual se realiza el supuesto hecho delictivo, pudiendo su defensa, presente en el acto, ampliar la declaración sobre aquellos extremos que estimase convenientes para la exculpación.

Auto AP BARCELONA, Sec. 6.^a, de 17 de noviembre de 2000

COMPETENCIA TERRITORIAL: AMENAZAS VERBALES TELEFÓNICAMENTE.

Art. 14 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Óscar Morales García**

SÍNTESIS

Cuando el lugar en el que se vierten las amenazas es distinto de aquél en el que son recibidas por el sujeto pasivo, el delito debe entenderse consumado, a efectos del “forum delicti comissi”, en el lugar de recepción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—El Juzgado de instrucción núm. 1 de Mataró se inhibió a favor de los

de Badalona al tratarse de un delito de amenazas realizadas telefónicamente desde la localidad de Badalona y recibidas en Argentoná, correspondiente a la localidad de Ma-

taró. El juzgado de instrucción núm. 7 de Badalona rechazó la inhibición en su favor por entender que el lugar del resultado es aquel en que se reciben las amenazas y no aquel en que se emiten, lo que se rechaza de plano en el Auto del Juzgado de instrucción núm. 1 de Mataró en el que se plantea la cuestión de competencia, al entender que el delito de amenazas constituye un delito de mera actividad, que no requiere un resultado espacio-temporal diferenciado de la acción.

Segundo.—Así planteada la cuestión, debe decirse, en primer lugar que, con ser cierta la referencia a la estructura típica del delito de amenazas como delito de mera actividad, no lo es menos que se trata de un delito de lesión, lo que sin duda condicionará, como veremos a continuación, la resolución del conflicto planteado. En efecto, protegiendo el delito de amenazas el proceso de formación de la voluntad de quien la recibe, dicha recepción no pone en peligro, concreto, potencial, abstracto o hipotético el bien jurídico señalado, sino que lo lesiona directamente, como manifestación directa de la libertad; pues, en definitiva, ésta queda por completo anulada si el proceso de decisión del receptor encuentra interferencias en las imposiciones ajenas. Teniendo en cuenta lo anterior, el vertido de la amenaza consuma el delito, lesionando la libertad, en la aludida versión del proceso de formación de ésta, pero siempre que el amenazado reciba efectivamente dicha amenaza. De manera que al tratarse de un delito de mera actividad no admitiría formas imperfectas de ejecución pero, por el mismo razonamiento tampoco sería típica la amenaza vertida fuera del ámbito de conocimiento de su receptor. Por lo tanto, es el lugar en que éste la recibe y no donde verbalmente se emite, lo cual carece de relevancia jurídica mientras el destinatario la desconozca, lo que resuelve el nacimiento de indicios de criminalidad en la conducta y, por lo tanto, lo que decide la competencia del órgano jurisdiccional para

la instrucción del asunto. Por lo demás, esta es la tendencia del Tribunal Supremo, proveniente de la antigua redacción de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la cual no se contienen hoy referencias de ningún género para la determinación del lugar de comisión del delito. Así, el Auto del Tribunal Supremo de 1986, en un supuesto de injurias con publicidad, estructuralmente idéntico al aquí analizado, estableció que “Para determinar la competencia territorial entre órganos de igual potestad objetiva y funcional, el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acude, ante todo, al denominado “forum delicti commissi», esto es, al del lugar de comisión de la infracción de que se trate, siendo fácil averiguar e indagar, dicho lugar, cuando el delito o falta enjuiciados, constituyan infracciones de actividad, formales o de resultado cortado, pero acreciéndose las dificultades cuando, lo encausado, sean delitos materiales, de resultado, a distancia u otros similares, existiendo, al efecto y para determinar, en tales casos, el lugar de ejecución, tres teorías principales —la de la actividad, la de la consumación y la de la ubicuidad o del conjunto—, y otras secundarias —la del instrumento o de la larga mano y la del resultado intermedio—, de todas las cuales, este Tribunal, ha adoptado la teoría del resultado en las sentencias de 18 de septiembre de 1925, 7 de abril de 1926 y 5 de mayo de 1975 y en el Auto de 6 de noviembre del mismo año, entre otras resoluciones, entendiéndolo, en dichos fallos y en la sentencia de 23 de septiembre de 1902, que, tratándose de injurias causadas por medio de impresos, folletos o publicaciones periódicas, el lugar de la comisión no es el de su impresión sino el de su publicación y difusión, lugar en el que únicamente llega o puede llegar a conocimiento del ofendido o de terceras personas ante las cuales se deteriora y daña el honor de aquél”. Por todo lo cual, debe reputarse competente al Juzgado de instrucción n.º 1 de Mataró.

Sentencia 110/2000, AP SEVILLA, Sec. 7.ª, de 30 de noviembre de 2000

DISTINCIÓN ENTRE IMPRUDENCIA GRAVE E IMPRUDENCIA PROFESIONAL.

Art. 142.3 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Gil Merino**

SÍNTESIS

Como consecuencia de una persecución policial, el guardia civil acusado abrió fuego contra el vehículo que se daba a la fuga, causando la muerte de una ocupante de éste. La Audiencia, condenando por homicidio imprudente, rechaza, que en este supuesto pueda apreciarse imprudencia profesional y caracteriza ésta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

(...)

Primero.—(...) miembros del Destacamento de Tráfico de la Guardia Civil a las órdenes de su jefe el brigada Pedro, establecieron un control preventivo de alcoholemia (...)

Segundo.—Siendo aproximadamente las 4'30 horas se acercó al control el automóvil Renault-9, conducido por su propietario Beltrán, a quien acompañaba sentada en el asiento delantero derecho Mirian. El guardia civil Javier hizo señales a Beltrán para que se detuviera, a fin de someterse a pruebas de detección de alcohol. Beltrán (...) aceleró obligando al guardia civil a apartarse para no ser atropellado.

Tercero.—El Renault-9 fue inmediatamente perseguido por el turismo oficial Ford Mondeo PGC-...-D, conducido por el guardia civil Felipe y ocupado por el brigada, sentado en el asiento delantero derecho.

Sexto.—(...) cuando llegó por la autovía hasta donde estaba el Ford Mondeo conducido por Felipe, circulando hacia atrás a una velocidad comprendida entre los 50 y los 60 Km/h; y entonces, estando así en marcha dicho vehículo y a una distancia del Renault-9 no superior a veinte metros, desde su interior el acusado Pedro hizo un disparo apuntando a la rueda trasera izquierda del Renault-9 para inmovilizarlo, cuando su conductor continuaba realizando maniobras bruscas para conseguir salir de la isleta y poder fugarse.

Séptimo.—El proyectil disparado por el acusado impactó directamente y perforó la parte superior de la puerta trasera izquierda del Renault-9 por encima de su tirador, alcanzando luego en su mitad superior la parte trasera del asiento del conductor. Allí chocó con un tubo metálico de la estructura de ese asiento, lo que fue causa de que quedara deformado el proyectil y de que se desprendie-

ran dos fragmentos de su blindaje. Estos dos fragmentos junto con el proyectil ya deformado, salieron acto seguido proyectados y entraron por la cara externa del tercio superior del brazo izquierdo de Mirian G. En ese brazo quedaron alojados los dos fragmentos, mientras que el proyectil deformado salió por la cara interna del mismo brazo y entró por el hemitorax izquierdo de Mirian a la altura del 4.º-5.º espacio intercostal, causándole gravísimas lesiones en el pulmón izquierdo y en el corazón. Como consecuencia Mirian falleció transcurridos escasos minutos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

(...)

Decimoquinto.—Disintiendo de la defensa de los acusadores particulares y tal como el Ministerio Fiscal y subsidiariamente la defensa del acusado han estimado, no consideramos aplicable el apartado 3.º del artículo 142 CP, que establece una nueva pena de inhabilitación especial para el homicidio por imprudencia grave “...cuando...fue re cometido por imprudencia profesional”.

De la redacción del artículo 142 se infiere que son conceptos distintos los de imprudencia grave y de imprudencia profesional, y que no toda conducta imprudente de un profesional puede ser considerada sin más como imprudencia profesional con los graves efectos punitivos establecidos en el artículo 142.3 CP. La STS 640/1997 de 8 de mayo dice al respecto que la distinción entre la imprudencia profesional y la imprudencia del profesional es un tema difícil que ha dado lugar a que la jurisprudencia no haya seguido una línea uniforme que deslinde ambas modalidades, refiriéndose a diversos supuestos en los que la conducta negligente de los profesionales no ha merecido su cualificación más agravada; y añade la misma resolución que la imprudencia profesional se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación que integran lo que se co-

noce como *lex artis*, lo que conlleva un plus de antijuridicidad que explica la agravación punitiva: el profesional que se aparta de esas normas específicas que le obligan a un especial cuidado, merece un mayor reproche, porque está obligado a un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su actividad que no es exigible al que no es profesional. Más recientemente la STS 726/1999 de 22 de enero (recurso de casación 3823/1997) distingue también entre la imprudencia del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél, en el ejercicio de su arte u oficio, y la imprudencia profesional propia; y dice que esta última viene a englobar la impericia profesional del agente que pese a ostentar un título que reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de una determinada actividad, contradice con su actuación esa presunta competencia, bien porque originariamente no adquirió los conocimientos necesarios, bien por una inactualización indebida de los mismos, o bien por una dejación inexcusable de los presupuestos de la *lex artis* de su profesión, “...le conduzca a una situación de inaptitud manifiesta, o con especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión. Esta imprudencia profesional caracterizada, pues, por la transgresión de deberes de la técnica.....por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un plus de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto”.

Siendo así conceptos que es necesario distinguir la imprudencia grave del profesional y la imprudencia profesional del artículo 142.3 CP, cuando como en nuestro caso se ha llegado a la conclusión de que los hechos se produjeron por imprudencia común grave de un profesional, serán necesarios otros elementos de juicio para calificar, además, la misma conducta como de imprudencia profesional; y al respecto será siem-

pre necesario ponderar cuidadosamente todas y cada una de las circunstancias concurrentes.

Pues bien en la conducta no existen esos otros elementos de juicio. Puestas en relación, como ya hemos hecho, la naturaleza de sus actos con las normas objetivas de cuidado que infringió y con la conducta llegamos a la conclusión de que su imprudencia había de ser calificada como grave; y la

ponderación de esos mismos factores, porque no existen otros con relevancia penal, no permiten la aplicación del artículo 142.3 CP. Ya que aunque extralimitándose en el ejercicio de sus funciones, obró en todo momento con el propósito de cumplirlas; y en el momento de disparar las incidencias de la persecución, que ciertamente había él y sólo él ordenado, muy probablemente le influyeron psíquicamente obrando en consecuencia con nerviosismo y precipitación.

Auto 266/2000, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 7 de diciembre de 2000

RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTU: ¿DEVENGA INTERESES EL RETRASO EN EL PAGO DE CONDENA A PAGAR INTERESES?

Art. 921 LEC 1881 (art. 576 LEC 2000)

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Carmona Ruano**

SÍNTESIS

Distingue el auto entre el anatocismo (intereses de intereses que se van acumulando unos sobre otros) y el supuesto de condena al pago de cantidad líquida (aunque sea como resultado de obligación de pagar intereses) a la que no se da cumplimiento tempestivo.

A pesar de las referencias al art. 921 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, los argumentos son trasladables por entero al vigente art. 576 de la actual LEC.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La cuestión planteada se centra en determinar si la resolución judicial que aprueba la liquidación de los intereses devengados por la indemnización fijada en sentencia constituye, a su vez, una “resolu-

ción judicial .. que contenga condena al pago de una cantidad líquida” que, como tal, genera a su vez intereses conforme a lo dispuesto en el párrafo 5.º del art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(...)

Segundo.—(...) hay que partir de la distinción entre el llamado “anatocismo”, o devengo de intereses por los intereses y la deuda representada por una cantidad líquida debida y no pagada, por mucho que tal cantidad derivara a su vez de los intereses por el impago a tiempo de la cantidad principal.

Lo primero, el devengo ordinario de intereses por los propios intereses, no resulta, en principio amparado por el derecho. En concreto, y con referencia a un cálculo de intereses de cantidad líquida fijada en resolución judicial en el que se aplicaba la fórmula del interés compuesto, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en Sentencia 177/1999, de 27 de febrero, ya declaró que tal capitalización de intereses no tenía amparo, ni en el Código Civil ni en lo dispuesto en el art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cosa muy distinta es, sin embargo, la consecuencia jurídica del impago de intereses, una vez que su importe líquido está fijado en una resolución judicial. Como recuerda la misma S.^a del Tribunal Supremo citada, el art. 1109 del Código Civil establece, con carácter general, que “los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto”. Está claro, pues, que en nuestro derecho resulta admisible el devengo de intereses cuando una deuda de intereses no es satisfecha, se ha transformado en una deuda autónoma exigible y para su cobro es necesaria una reclamación judicial.

(...)

La cantidad líquida fijada en la sentencia como indemnización devengaba intereses en los términos establecidos específicamen-

te en el Fallo, sin que fuera necesaria la posterior intervención del órgano judicial ni para su fijación ni para su pago. Pero si, en lugar de realizar el pago voluntario del principal y de los intereses devengados, que eran perfectamente determinables por ella, la aseguradora deudora no paga los intereses, da lugar a su reclamación y a la fijación judicial de su importe, ya líquido al haberse pagado el principal, y luego demora un año y tres meses el pago de tal cantidad líquida fijada en resolución judicial, es indudable que debe pagar los intereses correspondientes a tal demora, al tipo y en las condiciones fijadas en el señalado art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que ello suponga modificación de los términos de la sentencia, pues el devengo deriva de la demora en el pago de una obligación posterior.

Así lo ha entendido la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de enero de 1998, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, en la que se declara (fj. 3.^o) que “una vez abonadas las cantidades adeudadas en concepto de principal y ya liquidados, en la resolución oportuna, los intereses precedente ex art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la demora en el abono efectivo de las cantidades por tal concepto fijadas genera a su vez el devengo de intereses con fundamento en la propia norma procesal civil aplicable supletoriamente al proceso de ejecución laboral”. En el mismo sentido se había pronunciado con anterioridad la Sala 1.^a del mismo Tribunal en S.^a de 24 de diciembre de 1994, en la que resaltaba que para la efectividad del devengo basta con que se trate de “cantidad líquida”, cualquiera que sea el origen de esta deuda, capital o intereses.

Sentencia 449/2000, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 22 de diciembre de 2000

NO CONSTITUYE FALSEDAD DOCUMENTAL LA FALSIFICACIÓN DE TARJETA TELEFÓNICA

Arts. 26, 255, 386 y 387 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Hidalgo Abia**

SÍNTESIS

Las tarjetas utilizables para conectarse a una línea telefónica no tienen la consideración de documentos a efectos penales, por lo que su falsificación no constituye falsedad documental, ni su uso (a sabiendas de la falsedad) delito de falsedad de uso de documento mercantil, título por el que penó la sentencia de instancia que es invocada por la Audiencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La indicada sentencia, de la que se acepta su relación de trámites como tales antecedentes, contiene parte dispositiva del tenor literal siguiente:

“Fallo: Debo condenar y condeno a Raúl, como autor penalmente responsable de un delito de falsedad de uso en documento mercantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de tres meses de prisión y multa de tres meses a razón de una cuota diaria de 1.000 pesetas, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas y al pago de las costas procesales.”

Segundo.—Contra la anterior resolución la Procuradora Eloísa, en representación de Raúl, interpuso recurso de apelación (...)

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y se dan por reproducidos los que como tales se declaran en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Pese a compartirse la resultancia fáctica de la sentencia impugnada no se comparte su calificación jurídica y la condena de ella derivada. Y ello porque se ha de examinar si la tarjeta ocupada constituye, o no, documento. Entendiendo esta Audiencia al respecto lo siguiente:

a) Si ponemos en relación el concepto de documento (art. 26 del Código Penal) con el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad (según distintas modalidades típicas: la fe pública, la seguridad del tráfico o, en general, la simple confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, en su autenticidad), debemos llegar a la conclusión de que el concepto legal de documento exige que éste tenga una finalidad, en sí mismo, de fijación de datos, hechos o narraciones, siempre con relevancia jurídica.

b) La tarjeta intervenida, además de apreciarse una clara y burda falta de autenticidad, no tiene en sí misma (fundamental-

mente el chip que contiene), una finalidad de fijación o probanza de hechos o datos, sino que es un simple instrumento de conexión de la línea telefónica, no con la finalidad de probanza o documentación, con independencia de su finalidad antijurídica.

c) Tal es así, que otros objetos también con contenido electrónico, las tarjetas de crédito o débito, no están consideradas en el Código Penal como documentos sino como moneda (artículo 387), sin que el Ministerio Fiscal haya formalizado tampoco acusación por el artículo 386, lo que, además, daría lugar a un proceso cuya competencia corresponde a la Audiencia Nacional.

d) Precisamente por no ser documento, nunca podrá apreciarse el elemento subjetivo que exige el delito de falsedad, intención de falsificar el documento al objeto de que

éste parezca auténtico y provocar erróneamente una reacción de confianza en su autenticidad. Al contrario, la finalidad del acusado, lógicamente, no es crear un documento que parezca auténtico, sino que su intención es, con el artificio intervenido, utilizar el servicio de Telefónica sin tener que pagar, o pagando menos, dicho servicio, conducta que podría tipificarse como defraudación de fluido telefónico, conforme al artículo 255 del Código Penal, que tampoco ha sido objeto de acusación.

(...)

Fallamos.—Que, con estimación del recurso de apelación, y con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, debemos absolver y absolvemos libremente al citado Raúl.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CONSULTA 2/2000, SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS PENAS ACCESORIAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 56 DEL CÓDIGO PENAL

I

La presente consulta tiene por objeto responder a determinadas cuestiones que se suscitan a la hora de interpretar y aplicar el artículo 56 del Código Penal, que regula la imposición de penas accesorias en los casos de condena a pena de prisión de hasta diez años. Concretamente, la Fiscalía consultante plantea si siempre que se pida una pena de prisión deben solicitarse una o varias de las penas accesorias contempladas en el art. 56 CP y, en caso afirmativo, cuál o cuáles deban ser éstas.

Efectivamente, en un análisis del tenor literal del art. 56 del Código Penal, hecho desde la óptica de quien ejerce la acusación pública, se plantea como primera cuestión interpretativa la de si, en todo caso de petición de pena de prisión de hasta diez años, ha de solicitarse necesariamente por el Fiscal alguna de las penas accesorias contempladas en el citado artículo. Dicho con otras palabras, se suscita la duda acerca de si el inciso final del mencionado precepto, que condiciona la imposición de la pena accesoria privativa de derechos a que “éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación”, se refiere tan sólo a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, o por el contrario engloba también a las otras dos penas accesorias previstas en el citado artículo, esto es, la suspensión de empleo o cargo público y la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Aunque en el momento de formularse la consulta existía un vacío jurisprudencial al respecto, en la actualidad la cuestión ya ha sido abordada por una reiterada y constante jurisprudencia (SSTS núm. 69/1999 de 26 de enero de 1999, núm. 430/1999 de 23 de marzo de 1999, núm. 1309/1999 de 25 de septiembre de 1999, núm. 1442/1999 de 18 de octubre de 1999, y ATS núm. 296/1999 de 28 de diciembre de 1999), cuya conclusión ha sido la de entender que la relación directa con el delito sólo ha de ser tomada en consideración al

aplicar la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, y no para imponer cualquiera de las otras dos penas accesorias previstas.

A esta conclusión llega nuestro Tribunal Supremo haciendo uso de los cinco elementos clásicos que —como ya en su día propugnara el maestro e iniciador de la escuela histórica— han de ser tenidos en cuenta al llevar a cabo la interpretación de la norma (gramatical, sistemático, histórico, lógico y teleológico). El fundamento expresado por primera vez en la citada STS de 23 de marzo de 1999, y que reproducen literalmente las posteriores de 25 de septiembre de 1999 y 18 de octubre de 1999, reza como sigue:

“El artículo 56 «in fine» del Código Penal de 1995 establece la exigencia, para la imposición de determinadas penas accesorias, de que los derechos afectados por estas penas «hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación». Este requisito se refiere a la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, «si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido», pero no a las otras dos penas accesorias expresadas en la parte inicial del precepto, es decir a la mera suspensión de cargo o empleo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Así se deduce, en primer lugar, de una interpretación gramatical del precepto a través de su atenta lectura y de la utilización de la expresión «éstos», ligada a los derechos afectados por la última inhabilitación especial a que se refiere el artículo.

En segundo lugar, de su interpretación sistemática, que vincula esta limitación con lo dispuesto en los arts. 42 y 45 del mismo texto legal que exigen una expresa concreción y motivación de los derechos afectados.

En tercer lugar, de su interpretación histórica, de acuerdo con los precedentes legislativos y jurisprudenciales, pues dicha limitación tiene su antecedente en el art. 41.2 del Código Penal de 1973 y en la doctrina de esta Sala que exigía una relación directa, e incluso causal entre la profesión u oficio objeto de la inhabilitación y el delito cometido (Sentencia de 9 de junio de 1989, entre otras).

En cuarto lugar, de su interpretación lógica, pues el criterio contrario conduciría al absurdo, al determinar que un Alcalde, por ejemplo, habría de seguir rigiendo desde la prisión los destinos de su ciudad mientras cumple condena por tráfico de drogas o falsificación de moneda, ya que al tratarse de delitos no directamente relacionados con su cargo, no podría aplicarse la pena accesoria de suspensión del ejercicio del mismo durante el tiempo de la condena.

Y, en quinto lugar, de su interpretación teleológica, de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma, pues si bien está plenamente justificado limitar la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, como pena accesoria, a aquellos supuestos en que hubieran tenido relación directa con el delito cometido, de acuerdo con el principio de intervención mínima en materia de penas que determina que éstas sólo se aplicarán cuando sean necesarias y en la medida en que lo sean, y también lo está en el supuesto de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que conforme a lo dispuesto en el art. 42 produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recae, no concurre la misma justificación para las penas de suspensión de empleo o cargo público, cuyo efecto se limita a privar de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena, art. 43, o de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, que únicamente priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos (art. 44), cuyo efectivo ejercicio es notoriamente incompatible con la pena de prisión impuesta.

El contenido, naturaleza y duración de estas penas las vincula directamente con las limitaciones necesariamente determinadas por los efectos propios de la pena de prisión, incompatible con las exigencias de todo orden —incluso de honorabilidad— que conlleva el ejercicio de un cargo público, por lo que resultan inherentes, en principio, a la naturaleza de la pena de prisión establecida en la condena, con independencia de una innecesaria, y generalmente no concurrente, relación directa con el delito cometido”.

II

Solventada esta primera cuestión, se plantea seguidamente la de si la imposición de alguna de las penas accesorias contempladas en el art. 56 se trata de una mera facultad del Juez o Tribunal, o si, por el contrario, en todo caso la condena a una pena de prisión de hasta diez años ha de ir acompañada de la imposición de al menos una de las penas accesorias previstas en el art. 56 CP.

También esta cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia. Las ya citadas SSTs de 23 de marzo de 1999 y 18 de octubre de 1999 afirman que “el art. 56 del Código Penal de 1995 emplea una expresión preceptiva, «impondrán», y no potestativa, «podrán imponer», por lo que ha de deducirse que, como regla general, el precepto legal determina que ha de imponerse necesariamente alguna de las penas accesorias en él prevenidas. En consecuencia, cuando el condenado no ejerza ningún cargo o empleo público del que pueda ser suspendido, y el delito cometido no tenga relación directa con su profesión u oficio (...) la pena accesoria a imponer es precisamente la residual de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena”. En idénti-

co sentido, aunque con distintos términos, se pronuncian la STS 26 de enero de 1999 y el ATS de 28 de diciembre de 1999, también citados, así como las SSTS núm. 728/1999 de 6 de mayo de 1999 y núm. 370/2000 de 6 de marzo de 2000.

Hasta tal punto es preceptiva la imposición de al menos una de las penas accesorias establecidas en el art. 56 CP, que dicha imposición habrá de tener lugar aunque no haya habido petición expresa en tal sentido por la parte acusadora, sin que ello vulnere el principio acusatorio (STS de 26 de enero de 1999). Asimismo, la omisión de esta obligación legal es subsanable mediante el recurso de casación por infracción de ley (STS de 6 de marzo de 2000).

III

Otra de las dudas que la lectura del art. 56 CP puede plantear es la de si sólo se puede imponer como accesoria una de las tres penas que menciona la norma o si, por el contrario, se pueden imponer conjuntamente dos de ellas o incluso las tres al mismo tiempo, ya que tampoco resulta desdeñable esta última posibilidad. Por seguir utilizando el ejemplo que a menudo emplea nuestra jurisprudencia, piénsese en un alcalde de una localidad que regenta un comercio y es condenado por vender drogas en su establecimiento; se le podría imponer como pena accesoria cualquiera de las tres contempladas en el art. 56 CP: la de inhabilitación especial para ejercer el comercio, la suspensión de cargo público y la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

A esta cuestión hay que contestar que, si bien la STS 26 de enero de 1999 hizo en un *obiter dictum* una afirmación que podría inducir a pensar lo contrario, atendiendo a los argumentos gramatical, lógico y teleológico que aparecen reflejados en las SSTS de 23 de marzo de 1999, 25 de septiembre de 1999 y 18 de octubre de 1999, la conclusión evidente es la de admitir que, en el caso de que el condenado tenga la condición de funcionario público, las penas accesorias de suspensión de empleo o cargo público y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo no sólo no son incompatibles entre sí, sino que deben acompañar en todo caso, cuando el penado desempeñe un empleo o cargo público, al cumplimiento de la pena de prisión. A esta misma conclusión llega la segunda de las sentencias citadas, la cual expresamente afirma:

“Atendido el sentido y finalidad de las penas accesorias de suspensión de empleo o cargo público (art. 43 Código Penal 1995) y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 44 Código Penal 1995) no cabe aceptar la interpretación del recurrente en el sentido de que la expresión «alguna de las siguientes» determina la incompatibilidad entre ambas y consiguiente prohibición de imposición conjunta. En primer lugar porque el indefinido «alguna» no equivale necesariamente en el lenguaje

ordinario a «sólo una» (de ser ésta la voluntad del legislador la norma diría «una de las siguientes»). En segundo lugar porque si el legislador hubiese pretendido que en todo caso hubiese que imponer una única pena accesoria, como interpreta el recurrente, el precepto legal lo expresaría así, diciendo que los Tribunales impondrán «como pena accesoria», y no utilizaría la expresión plural «como penas accesorias» que indica expresamente la posibilidad de imponer más de una. Y en tercer lugar porque la posibilidad de aplicación complementaria de ambas penas accesorias se deduce del sentido y finalidad de la norma, cuando la pena privativa de libertad se impone a quien desempeña un cargo público. La interpretación contraria conduciría al absurdo dado que determinaría la necesidad de optar entre permitir al cargo público condenado que continuase desempeñándolo mientras cumple la condena de prisión impuesta por sentencia firme o suspendiéndole en su ejercicio pero autorizándole a ser elegido para nuevos cargos públicos durante el mismo período de condena, cuando en realidad, como se ha expresado, ambas limitaciones son complementarias e ínsitas a la incompatibilidad entre la imposición y el cumplimiento de una pena de prisión —en cualquiera de sus grados—, y las exigencias propias de un Estado democrático de Derecho para el desempeño de cargos públicos, incluida la incongruencia que constituiría mantener de modo simultáneo el reproche social ínsito en la pena privativa de libertad y la confianza social que requiere el desempeño de un cargo público”.

Si es posible imponer conjuntamente las penas de suspensión de empleo o cargo público y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, también ha de serlo el imponer, siempre que se aprecie la exigida vinculación con el delito cometido, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, conjuntamente con la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; así como la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, conjuntamente con la de suspensión de empleo o cargo público.

Las únicas penas accesorias del art. 56 CP que, por su propia naturaleza, son incompatibles entre sí son la de inhabilitación especial para empleo o cargo público y la de suspensión de empleo o cargo público, ya que ésta última priva al condenado del ejercicio del empleo o cargo público durante el tiempo de la condena (art. 43) y aquélla produce la privación definitiva del empleo o cargo público sobre el que recayere y la incapacidad de volver a obtenerlo durante el tiempo de la condena (art. 42 CP), operando en ambos casos la limitación del derecho sobre el empleo o cargo que el condenado hubiese venido desempeñando hasta ese momento.

La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, sin embargo, sí puede imponerse conjuntamente con la de inhabilitación especial para em-

pleo o cargo público, ya que aquélla tiene un ámbito de aplicación más amplio, pues, mientras que la inhabilitación especial para empleo o cargo público impide al penado acceder durante el tiempo de la condena únicamente al mismo o análogos empleos o cargos (art. 42 CP), la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado del derecho a ser elegido para cualquier cargo público (art. 44 CP).

De manera similar, la imposición de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo no es redundante respecto de la prohibición legal contenida en el art. 6.2.a) de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, que declara que “son inelegibles los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena”, ya que este artículo es aplicable únicamente a las elecciones por sufragio universal directo (como se deduce de la rúbrica del Título primero de la Ley, en que está enmarcado) y, más concretamente, a las elecciones mencionadas en el art. 1.º de la Ley. El art. 44 CP, sin embargo, dispone con carácter general que “la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos”, ya tenga lugar dicha elección por sufragio universal directo o por cualquier otro mecanismo de votación o elección.

Por último, hay que hacer una referencia a la interpretación que se debe hacer del inciso “atendiendo a la gravedad del delito”, que emplea el tan citado art. 56 CP. No se debe interpretar, como ya se indicó *supra*, en el sentido de que resulte posible no imponer ninguna pena accesoria en los casos de condena a pena de prisión, ni tampoco, como igualmente se ha expuesto, que desempeñando el penado un empleo o cargo público, el órgano sentenciador pueda optar entre imponer como accesoria la suspensión de empleo o cargo público, o bien la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. La gravedad del delito será, por tanto, un criterio orientativo que habrá de ser tenido en cuenta únicamente para determinar si se ha de añadir como accesoria, conjuntamente con las anteriores, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, siempre que exista también una vinculación directa entre alguno de estos derechos y el delito castigado. Ello tiene su fundamento, como afirma la citada STS de 26 de enero de 1999, en “la naturaleza especialmente aflictiva que puede tener para el condenado el hecho de que se le inhabilite para dedicarse a la profesión u oficio que constituye su medio de vida”, y se exige por ello para su imposición que, más allá de una mera constatación de la relación objetiva que se pueda establecer entre el delito y la profesión o el derecho que vaya a ser objeto de la inhabilitación especial, la imposición de ésta esté “justificada por la naturaleza del delito y la posibilidad de que la profesión haya servido de ocasión para cometerlo” (STS de 26 de enero de 1999).

CONCLUSIONES

1.^a A la luz de los argumentos anteriormente expuestos, los Sres. Fiscales, cuando pidan que se imponga una pena de prisión de hasta diez años, deberán asimismo solicitar que se impongan las siguientes penas accesorias durante el tiempo de la condena:

a) en todo caso, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo;

b) además, cuando el acusado desempeñe un empleo o cargo público, también la suspensión de empleo o cargo público.

2.^a Habrá de solicitarse la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, especificando concretamente cuál o cuáles son los derechos a que alcanza la inhabilitación, únicamente cuando éstos hayan tenido relación directa con el delito y el penado se haya aprovechado de ellos para cometerlo.

En este caso habrá de solicitarse también la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Y si el acusado desempeña un empleo o cargo público, salvo que se haya pedido concretamente la inhabilitación especial para empleo o cargo público, se habrá de pedir también la suspensión de empleo o cargo público.

CIRCULAR 1/2001, SOBRE LA INCIDENCIA DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN LOS PROCESOS CIVILES

Recogemos en este número de la Revista únicamente el Apartado X de la Circular relativo a los efectos de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero (B.O.E. del 8), de Enjuiciamiento Civil sobre el Proceso Penal.

X. ALGUNOS EFECTOS DE LA LEC EN EL PROCESO PENAL

La regulación contenida en la LEC no agota sus efectos en el orden jurisdiccional civil sino que los extiende más allá, alcanzando a otros órdenes jurisdiccionales.

En el proceso penal, dicha incidencia se produce por una triple vía.

En primer lugar, algunos preceptos de la LECrim han sido reformados por la LEC en la Disposición Final 12.^a Así, el art. 201 de la LECrim, que ajusta su redacción al tenor del art. 184.1 de la LOPJ, señalando que “todos los días y horas del año serán hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial”. Igualmente, el art. 852 de la LECrim que señala, en parecidos términos que el art. 5.4 de la LOPJ, que “En todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional”. Finalmente, la modificación operada en los arts. 54, 56, 63 y 68 de la LECrim, referidos a la abstención y recusación, que se halla pendiente de la anunciada reforma de la LOPJ para su entrada en vigor, según establece la Disposición Final 17.^a

En segundo lugar, las frecuentes remisiones que en la LECrim se efectúan a la LEC han de entenderse ahora hechas respecto del contenido de la nueva Ley, sin que pueda interpretarse que la derogada LEC de 1881 goza de ultraactividad a estos solos efectos.

En este sentido, las referencias que se hacen en los arts. 245, 536 o 613 de la LECrim a la vía de apremio, antes regulada en los arts. 1481 a 1531 de la LEC 1881, se han de entender ahora hechas a los arts. 634 a 680 de la LEC. Igualmente, la remisión del art. 598 de la LECrim en materia de embargo de los bienes del procesado debe entenderse hecha ahora a los arts. 592, 606 y 607 de la LEC. De otra parte, la remisión del art. 258 de la LECrim a los arts. 437 a 459 de la LEC 1881 en materia de correcciones disciplinarias ha de entenderse que alcanza ahora a las importantes previsiones que contienen los arts. 183.5, 247 y 288 de la LEC en materia disciplinaria, sin perjuicio de las contenidas además en la LOPJ. En cuanto a las tercerías de dominio o de mejor derecho que se susciten en la fase de ejecución de un proceso penal, el art. 996 de la LECrim remite a la LEC, debiendo entenderse aplicables los arts. 593 y ss. y 613 y ss. de la nueva LEC; y subsistentes los criterios de la Fiscalía General expresados en la Consulta 2/1972 y en la Circular de 31 de marzo de 1989 sobre la competencia del juez civil para conocer de las mismas. Por último, la remisión del art. 989 de la LECrim al art. 385 de la LEC 1881 en materia de ejecución provisional de resoluciones penales sobre responsabilidad civil ha de entenderse referida a los arts. 524 a 537 de la LEC.

En tercer lugar, la LEC es de aplicación supletoria en aquellas materias no reguladas en la LECrim, por imperativo de lo dispuesto en su art. 4.º. Es sin duda ésta la vía por la que se produce la principal incidencia de la LEC en el proceso penal, habida cuenta de que bastantes cuestiones resueltas en la nueva LEC son extrapolables al proceso penal. Hemos de mencionar seguidamente algunas de ellas.

En materia de comunicaciones procesales, serán de aplicación en el proceso penal lo dispuesto en los arts. 135.5 y 162 respecto de la presentación o recepción de escritos por las partes —lo que alcanza indudablemente al Ministerio Fiscal— a través de medios electrónicos, telemáticos, de infotelecomunicaciones o de otra clase semejante. Se abre, por tanto, un amplio campo a la agilización de las comunicaciones del Fiscal con el órgano judicial.

El orden de preferencias en caso de coincidencia de señalamientos Judiciales se ha visto alterado en la LEC. En el art. 188.6 se establece la preferencia de las causas criminales con preso sobre el resto de los señalamientos. No existiendo ninguna causa con preso o tratándose las coincidentes de dos causas con preso, el nuevo criterio sentado se aleja del dato del rango jerárquico del órgano judicial ante el que ha de celebrarse la vista, atendiendo al criterio cronológico de la fecha del señalamiento y, a igual fecha, a la antigüedad del procedimiento.

En materia de prueba acaso convenga citar, por su especial importancia práctica en el proceso penal, la previsión del art. 370 de la LEC que establece la figura del testigo-perito, al admitir que el testigo que además posea conoci-

mientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos pueda ser interrogado acerca de los mismos.

Por último, merece especial atención las consecuencias derivadas de la infracción de las normas de reparto en el orden jurisdiccional penal tras la regulación del reparto de asuntos en la LEC.

La LEC ha regulado las normas de reparto en los arts. 68 a 70, completando las disposiciones contenidas en el art. 167 de la LOPJ y en los arts. 24 a 28 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, del Consejo General del Poder Judicial, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

El art. 68 establece en sus apartados 3 y 4 lo siguiente:

“3. Contra las decisiones relativas al reparto no procederá la declinatoria, pero cualquiera de los litigantes podrá impugnar la infracción de las normas de reparto vigentes en el momento de la presentación del escrito o de la solicitud de incoación de actuaciones.

4. Las resoluciones dictadas por tribunales distintos de aquel o aquellos a los que correspondiese conocer según las normas de reparto se declararán nulas a instancia de la parte a quien perjudicaren, siempre que la nulidad se hubiese instado en el trámite procesal inmediatamente posterior al momento en que la parte hubiere tenido conocimiento de la infracción de las normas de reparto y dicha infracción no se hubiese corregido conforme a lo previsto en el apartado anterior”.

Se establece, por tanto, un régimen en el caso de vulneración de las normas de reparto que permite la declaración de nulidad, a instancia de parte perjudicada, de lo actuado por el Tribunal distinto de aquel a quien le correspondiere conocer con arreglo al reparto.

Surge la cuestión acerca de la aplicabilidad de tal precepto al orden jurisdiccional penal.

En principio, la supletoriedad proclamada en el art. 4.º de la LEC lleva a una respuesta afirmativa. Sin embargo, dicha solución ha de ser examinada más detenidamente habida cuenta de los caracteres propios que presenta el proceso penal. Y en este sentido, varios argumentos militan a favor de la postura contraria.

De una parte, el art. 68 comienza circunscribiendo expresamente el reparto a “todos los asuntos civiles”, sin que en otras normas que disciplinan determinadas materias se establezca dicha mención a lo civil cuando claramente afectan a otros órdenes jurisdiccionales. Y en este sentido la Exposición de Motivos de la LEC al justificar la solución acogida en materia de reparto alude en todo momento a la justicia civil.

En el proceso penal los presupuestos procesales relativos a la competencia no quedan, en ningún caso, a la libre voluntad de las partes. A diferencia del proceso civil en el que es posible, en determinados supuestos, que se altere la competencia territorial a través del instituto de la sumisión (arts. 56 y 57), en el proceso penal todas las competencias, también la territorial, han de ser revisadas de oficio, sin que las partes puedan alterarla. Ahora bien, junto a esa regla, la alteración de la competencia territorial no determina, en virtud del principio de conservación de los actos procesales, que lo actuado hasta entonces por el órgano judicial penal —objetiva y funcionalmente competente— sea nulo. Por ello, el sistema que instaura el art. 68 para el caso de infracción de las normas de reparto, en tanto basado en la iniciativa procesal de parte y sujeto a un plazo preclusivo para que la petición de nulidad de lo actuado pueda ser atendida, se compadece muy mal con el sistema que regula la competencia en materia penal. Las actuaciones penales llevadas a cabo por un órgano penal territorialmente incompetente se estiman válidas, por lo que resulta desmesurado e incongruente que la infracción de normas de reparto determine una solución más drástica, la de la nulidad, y, en todo caso, dependiente exclusivamente de la iniciativa de la parte perjudicada. Los principios dispositivo y de verdad formal que imperan en el proceso civil permiten acoger la solución ofrecida por el art. 68 de la LEC, pero la misma se ve rechazada en el orden jurisdiccional penal por los principios de verdad material y de oficialidad propios del proceso penal.

Varios pronunciamientos jurisprudenciales, si bien dictados antes de la vigencia de la LEC, han venido a señalar que la infracción de normas de reparto en el orden penal no comportan la nulidad sino la necesidad de que se siga la tramitación por el órgano adecuado. Así, la STS 906/1997, de 10 de septiembre, señala que “de existir infracción de las normas de reparto, ello no afectaba a la competencia de los Juzgados de Barcelona, puesto que el reparto sólo supone una distribución de asuntos entre aquéllos, que no puede afectar a su competencia objetiva y territorial, y en ningún caso, trascendería a un derecho fundamental, de tal modo que supusiera una vulneración del derecho al Juez ordinario a que se refiere el texto constitucional, sin que ello suponga tampoco menoscabo alguno del derecho de defensa de los recurrentes”. Los AATC 652/1986, 13/1989 y 113/1999 han señalado que la norma atinente al reparto de asuntos es de orden interno u organizativo y ajena al contenido constitucional del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, salvo que el reparto se hubiere realizado de modo tal que suponga la designación de un Juez “ad hoc”.

En conclusión, la previsión del art. 68 de la LEC se entiende que no alcanza, por la vía del art. 4.º, a la infracción de las normas sobre el reparto de asuntos en el orden jurisdiccional penal.

CRÓNICA LEGISLATIVA

REFORMAS LEGALES MÁS SIGNIFICATIVAS, EN EL ORDEN JURÍDICO PENAL SUSTANTIVO O PROCESAL, ACAECIDAS DESDE EL ANTERIOR NÚMERO DE LA REVISTA.

ENERO

- ❑ Sentencia de 15 de noviembre de 2000 (BOE de 29 de enero de 2001), de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se fija la doctrina legal en relación con el artículo 16 del Reglamento de Procedimiento Sancionador en Materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero:

«Conforme al artículo 16 del Reglamento de Procedimiento Sancionador en Materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, para el cómputo de los plazos a efectos de caducidad del procedimiento se tendrá en cuenta como fecha de iniciación la de incoación por órgano competente una vez conocida la identidad del infractor, que no pudo ser notificado en el acto de comisión de la infracción, sin que a estos efectos el inicio del cómputo pueda efectuarse a partir de la fecha de la denuncia por el agente.»

FEBRERO

- ❑ Resolución de 30 de enero de 2001 (BOE de 9 de febrero), de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante el año 2001 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

- ✓ Actualiza las cuantías de las siguientes tablas de indemnizaciones:

Tabla I: Indemnizaciones básicas por muerte.

Tabla II: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte.

Tabla III: Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales).

Tabla IV: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.

Tabla V: Indemnizaciones por incapacidad temporal.

- ✓ Publicación de la corrección de errores en el BOE de 2 de marzo de 2001.

MARZO

- Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, hecho en París el 12 de enero de 1998 (BOE de 1 de marzo de 2001).

«El presente Protocolo entrará en vigor de forma general y para España el 1 de marzo de 2001, de conformidad con lo establecido en su artículo 5.º»

MAYO

- Instrumento de Ratificación del Convenio número 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, hecho en Ginebra el 17 de junio de 1999 (BOE de 17 de mayo 2001).

«El presente Convenio entró en vigor de forma general el 19 de noviembre de 2000 y para España entrará el 2 de abril de 2002, de conformidad con lo establecido en su artículo 10, párrafo 3.»

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN

TÍTULO: DERECHO PENAL ECONÓMICO

*Autores: Miguel Bajo/Silvina Bacigalupo.
Madrid, Ceura, 2001.*

TÍTULO: DERECHO PENAL ECONÓMICO, 2 VOLS. (PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL)

*Autor: Carlos Martínez-Buján Pérez.
Valencia (Tirant lo blanch), 1998-1999.*

La literatura relativa a los denominados delitos socioeconómicos se ha visto progresivamente incrementada desde que se iniciara, con el Proyecto de Código penal de 1980, el proceso de reforma global de nuestra legislación penal. Naturalmente, con la entrada en vigor del nuevo Código penal de 1995, no sólo no se ha detenido este proceso, sino que incluso en relación a alguna de las áreas más novedosas, como es la de los delitos societarios, se ha publicado un verdadero aluvión de trabajos ⁽¹⁾. Se echaban, sin embargo, en falta obras de carácter más general, que además de analizar globalmente todos los comportamientos punibles reconducibles a la categoría de delito económico, plantearan de nuevo los problemas comunes al grupo, comenzando por el propio concepto de derecho penal económico. Sin olvidar la existencia de otras notables exposi-

(1) Véase sólo, entre las exposiciones generales más notables, FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia (Tirant lo blanch), 2000 y FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid (Dykinson) 1998.

ciones globales ⁽²⁾, no hay duda de que las dos más ambiciosas y completas, hasta la fecha, son las que aquí nos ocupan. Ello no puede extrañar, dado que se trata de obras elaboradas por dos de nuestros mayores especialistas en este sector de la criminalidad. Baste recordar que uno de ellos, el Profesor BAJO FERNÁNDEZ, fue el autor —en palabras precisamente de MARTÍNEZ-BUJÁN— “de la primera gran obra científica moderna publicada sobre el derecho penal económico en nuestro país” ⁽³⁾.

No podemos detallar aquí los contenidos respectivos de los dos trabajos objeto de consideración. Estimamos preferible ofrecer una caracterización muy general, en términos comparativos, de los problemas tratados, sin perjuicio de alguna pincelada en relación a cuestiones de particular interés.

Las dos obras se dividen, siguiendo un criterio convencional en este ámbito, en una “parte general”, donde se abordan los problemas comunes a las diversas infracciones, y una “parte especial”, en la que pasan a analizarse los particulares delitos contra el orden económico. En el caso de la aportación de MARTÍNEZ-BUJÁN, incluso se separan en volúmenes independientes estas dos partes. No existe, sin embargo, plena coincidencia en los contenidos respectivos a los que se refieren cada uno de estos dos grandes apartados.

Comenzando por la parte general, vemos que la obra de BAJO/BACIGALUPO divide esta zona en siete capítulos bajo estas rúbricas: “Concepto y contenido del derecho penal económico” (pp. 3 y ss.), “la delincuencia económica desde el punto de vista criminológico” (pp. 25 y ss.), “derecho penal económico y derecho administrativo sancionador” (pp. 65 y ss.), “la actuación en nombre de otro” (pp. 93 y ss.), “la responsabilidad penal de las personas jurídicas” (pp. 107 y ss.) ⁽⁴⁾, “las consecuencias accesorias aplicables a las empresas” (pp. 141 y ss.) y “sentido político criminal de la regulación del error en el derecho penal económico”. A su vez, MARTÍNEZ-BUJÁN divide la parte general en estos ocho apartados: Introducción (precisiones terminológicas y metodológicas) (pp. 19 y ss.), delimitación conceptual de la categoría de los delitos socioeconómicos (pp. 31 y ss.), la cuestión del bien jurídico (pp. 89 y

⁽²⁾ Cfr., por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, E. (Dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid (Colex) 1998 y MORENO CANOVES, A./ RUIZ MARCO, F. *Delitos socioeconómicos*, Zaragoza (EDIJUS) 1996.

⁽³⁾ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia 1998, p.34. Obviamente, se refiere a BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid (Civitas) 1978.

⁽⁴⁾ Esta cuestión ha sido objeto, recientemente, de un profundo análisis monográfico por la coautora, con Bajo, de la obra que reseñamos. Véase BACIGALUPO, S. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona 1998.

ss.), peculiaridades de la vertiente objetiva del tipo de injusto (pp. 119 y ss.), peculiaridades de la vertiente subjetiva del tipo de injusto (pp. 159 y ss.), el error: especial referencia al error sobre términos normativos jurídicos (pp. 177 y ss.), autoría y participación (pp. 191 y ss.) y, finalmente, “otras cuestiones” (pp. 241 y ss.).

De la simple lectura de estas rúbricas se desprende ya una cierta diversidad de intereses, que se hace aún más patente si descendemos a los problemas concretos analizados dentro de cada una de aquéllas. Así, la obra de BAJO/BACIGALUPO pone el acento sobre todo en los aspectos político criminales de la delincuencia económica, mientras que MARTÍNEZ-BUJÁN sitúa en primer término las cuestiones dogmáticas del denominado delito económico. En efecto —y sin perjuicio de las necesarias coincidencias en lo que se refiere al común estudio de cuestiones como el concepto de delito económico, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la actuación en nombre de otro o las denominadas “consecuencias accesorias”— a BAJO/BACIGALUPO les interesa sobre todo el problema global de la delincuencia económica y los mecanismos legales destinados a su contención. De ahí, por ejemplo, la existencia de un amplio capítulo de contenido criminológico (modos de manifestación y daños ocasionados por esta forma de criminalidad, su etiología, etc.), o el análisis, también detallado, de la relación del derecho penal económico con el derecho administrativo sancionador, cuestión ésta trascendental desde la perspectiva político-legislativa. Incluso un problema esencialmente dogmático, como es el que se refiere al tratamiento del error de prohibición en este ámbito, se estudia en clave político-criminal. Por su parte, la exposición de MARTÍNEZ-BUJÁN viene a constituir una “teoría general del delito económico”, esto es, una exposición de los elementos generales que constituyen el concepto de delito desde la perspectiva de las particularidades que se presentan cuando de un delito económico se trata. Por ejemplo, a propósito del análisis de los elementos del tipo de injusto, se abordan cuestiones como la del recurso, frecuente en este ámbito, a la técnica del delito de peligro abstracto, o los problemas de causalidad e imputación objetiva característicos de esta clase de delitos, o la excepcionalidad de los tipos imprudentes (y la importancia que cobra entonces la caracterización de la categoría “dolo eventual”). Incluso una cuestión convencionalmente abordada en clave político-criminal, como es la de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se analiza aquí desde las categorías dogmáticas “autoría y participación”. Naturalmente, lo anterior no significa que la primera de estas obras abandone el enfoque dogmático o la segunda no entre en consideraciones de carácter político-criminal; nos referimos sólo al peso mayor o menor que cada una de estas perspectivas recibe en los trabajos reseñados.

Tampoco existe plena coincidencia entre las dos obras reseñadas a la hora de determinar qué figuras delictivas en particular son reconducibles a la categoría de delito económico, así como en el orden expositivo seguido en esta “parte

especial” del derecho penal económico. Así, MARTÍNEZ-BUJÁN, movido fundamentalmente —como él mismo lo expresa en el Prólogo (pp. 13 y ss.) al segundo volumen— por razones didácticas, respeta “escrupulosamente el orden del Código penal”, de tal modo que “el lector podrá seguir la exposición de las diferentes figuras delictivas como si se tratase de unos *Comentarios* a los artículos 273 a 318 del Código penal”. Sólo al final, de manera complementaria, se ocupa de la “legislación penal económica especial”, esto es, de los delitos de contrabando y los delitos monetarios. En cualquier caso, el criterio expositivo seguido no significa que el autor dé por buena la regulación positiva en este particular. Al contrario, en la parte general de su obra (pp. 71 y ss.), propone un criterio clasificatorio de los delitos económicos que le sirve para valorar críticamente la decisión adoptada al respecto por el legislador español de 1995. Por su parte, BAJO/BACIGALUPO ofrecen una sistemática propia en el tratamiento de los delitos económicos, que sigue este orden expositivo: delitos contra la Hacienda Pública, delitos de contrabando, delitos monetarios, la insolvencia punible, defensa jurídico-penal de la competencia, del mercado y de los consumidores, delitos societarios, infracciones delictivas laborales y blanqueo de capitales. Si comparamos los respectivos contenidos, aparecen estas diferencias: mientras MARTÍNEZ-BUJÁN incluye el estudio del delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural (pp. 155 y ss.), no recogido por BAJO/BACIGALUPO, estos últimos —a diferencia de aquél— abordan el tratamiento de los delitos contra la propiedad intelectual (pp. 432 y ss.) y de las insolvencias punibles (pp. 365 y ss.).

En ambos casos, estamos ante análisis muy completos de las diferentes figuras delictivas estudiadas, con una extensión que los convierte en ocasiones en verdaderas monografías, como sucede en los casos del delito fiscal (BAJO/BACIGALUPO, pp. 216 y ss.) o el fraude de subvenciones (MARTÍNEZ-BUJÁN, pp. 381 y ss.). Y como era de esperar, dada la novedad legislativa que suponen los delitos societarios, las dos obras se ocupan extensamente con estos comportamientos; en particular, con la problemática figura de la administración desleal societaria ⁽⁵⁾, que tantas dificultades está suscitando en nuestra doctrina y jurisprudencia, en especial por lo que se refiere a sus límites con la apropiación indebida ⁽⁶⁾.

(5) Muy recientemente ha publicado C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ una monografía con el título: *El delito societario de administración desleal*, Valencia 2001.

(6) Sobre este particular cfr., por todos, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida. Análisis crítico”, en *LA LEY*, 6 de noviembre de 2000.

Ya hemos indicado que no era nuestra pretensión entrar en los desarrollos concretos del modo en que se aborda todo este amplio campo de la delincuencia socioeconómica en las dos obras objeto de reseña. Baste con lo hasta aquí indicado y sirvan las diferencias resaltadas para mostrar el carácter no excluyente sino perfectamente complementario de estas dos magníficas obras, que cumplen perfectamente su objetivo de centrar los términos del debate y reabrir así hacia el futuro —sin duda se convertirán en obras de referencia— la discusión sobre esta problemática zona del derecho penal.

Ángel J. Sanz Morán

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

DERECHO PENAL

Se indican a continuación una serie de obras relativas a cuestiones penales, que han visto la luz en los últimos meses. La relación en modo alguno pretende exhaustividad y se limita además a consignar libros. No están, por tanto, recogidos artículos doctrinales publicados en revistas especializadas, pues de ellas se ofrece información completa en otras revistas, como *Revista Penal* (ed. Praxis) o *Revista de Derecho Penal y Criminología* (UNED).

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

BAJO, M./BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, Ceura, Madrid, 2000.

BARBOSA GAMIO, R., *Resolución de supuestos prácticos de Derecho penal*, Madrid, 2001.

BORJA JIMÉNEZ, E., *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Con las reformas introducidas en el articulado de las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000*, Bosch, Barcelona, 2001.

CLIMENT DURÁN, C., *Código penal, Legislación complementaria y jurisprudencia sistematizada*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

COBO DEL ROSAL, M./QUINTANAR DÍEZ, M., *Selección de casos prácticos de derecho penal con introducción y consejos para su resolución*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

DANNECKER, G., *Evolución del derecho penal y sancionador comunitario europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional, Justicia versus impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Bosch, Barcelona, 2001.

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2001.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

PICO Y JUNOS, J. (Dir.), *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, Barcelona, 2001.

QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coord.), *El nuevo Derecho penal español. Estados penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Mañiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

ROXIN y otros, *Sobre el estado actual de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Civitas, Madrid, 2000.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, Bosch, Barcelona, 2001.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Secundariedad del Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2001.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

COLAS TURÉGANO, A., *El delito de realización arbitraria del propio derecho en el Código penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en el derecho penal*, Comares, Granada, 2001.

HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

MARTÍNEZ RUIZ, J., *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de inspección de los mercados financieros (el artículo 294 del Código penal)*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa. El artículo 282 del Código penal de 1995*, Bosch, Barcelona, 2001.

MORETÓN TOQUERO, M.A., *Delitos contra el honor: la calumnia*, Bosch, Barcelona, 2001.

MORILLO MÉNDEZ, A., *Infracciones, sanciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública*, CISS, Valencia, 2000.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, McGraw Hill, Madrid, 2001.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2001.

V. DERECHO PENITENCIARIO

RIOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2001.

SOLER ARREBOLA, J.A., *La relación laboral especial penitenciaria*, Comares, Granada, 2000.

TAMARIT JUMALLA, J.M. y otros, *Curso de Derecho penitenciario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

VI. CRIMINOLOGÍA

CID MOLINE/LARRAURI PISOAN, *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Bosch, Barcelona, 2001.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES

ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, traducción de la 25 edición alemana de G.E. Córdoba y D.R. Pastor, revisada por J.B., Maier, Buenos Aires, 2000, 604 págs.

TOME PAULE, J., GARCÍA-LUBEN BARTHE, P.; TOME GARCÍA, A., *Temario de Derecho procesal penal (Adaptado al programa de judicatura de 23 de febrero de 2000)*, Madrid, 2000, 528 págs.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

PICÓ I JUNOY (director), *Problemas actuales del proceso penal (los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas...)*, JM. Bosch editor, Barcelona, 2001, 236 págs.

III. COMENTARIOS

ORNOSA FERNÁNDEZ, *El derecho penal de Menores (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*, Barcelona, 2001, 590 págs.

IV. MONOGRAFÍAS

LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte penal Internacional (Justicia versus impunidad)*, Ariel, Barcelona, 2001, 288 págs.

DIEGO DÍEZ, L.A. DE, *La prueba dactiloscópica*, 2001.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso: un análisis del art.51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Tecnos, Madrid, 2000, 210 págs.

MORETÓN TOQUERO, M.A., *Delitos contra el honor: la calumnia* (incluye disquete con formularios, normativa complementaria y jurisprudencia a texto íntegro), Barcelona, 2001, 96 págs.

REVILLA GONZÁLEZ, J.A., *El interrogatorio del imputado*, Valencia, 2001, 158 págs.

ROMERO COLOMA, A.M., *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*, Madrid, 2001, 104 págs.

V. FORMULARIOS

AA.VV., *Formularios procesales para el Abogado (Procesos civil, penal, contencioso-administrativo, laboral y constitucional)*, director VECINA CIFUENTES, Colex, Madrid, 2001, 583 págs.

DE LA ROCHA GARCÍA, *Menores de edad en el derecho español*, 2000, 300 págs.

MORETÓN TOQUERO, M.A., *Delitos contra el honor: la calumnia* (incluye disquete con formularios, normativa complementaria y jurisprudencia a texto íntegro), Barcelona, 2001, 96 págs.