

PRESENTACIÓN

Con este primer número que el lector tiene en sus manos se inicia la andadura de una nueva revista de Derecho Penal, editada por Lex Nova, que se suma así no sólo a las otras revistas que sobre los diversos sectores del ordenamiento jurídico publica esta misma editorial, sino también a las publicaciones específicamente penales existentes ya en el mercado. En contraste con estas últimas, la Revista de Derecho Penal que aquí presentamos se caracteriza fundamentalmente por dirigirse a un público más amplio que el tradicional de profesores universitarios. Se pretende, por el contrario, llegar a todos aquellos que se encuentran involucrados profesionalmente con este sector del ordenamiento jurídico: Jueces y Magistrados, Fiscales, Abogados, etc.

Ello explica, en primer lugar, el contenido mismo de la Revista, cuyo peso fundamental se destina a la información jurisprudencial, con reseñas y extractos de sentencias del Tribunal Constitucional, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y algunas Audiencias Provinciales, siempre que posean una especial significación desde la perspectiva del Derecho Penal sustantivo o desde la del proceso penal. Pero junto a este núcleo fundamental, la Revista recogerá también, en cada uno de sus números, aportaciones doctrinales, comentarios de jurisprudencia, reseñas de libros y noticia bibliográfica y legislativa; además, y de manera ocasional, se incorporará, asimismo, información relativa a reformas legislativas de especial significación que tengan lugar en los países de nuestro entorno, así como traducciones de alguna contribución de interés general publicada originariamente en el extranjero.

Obviamente, la anterior afirmación en el sentido de que la Revista se dirige a un público amplio de profesionales del Derecho Penal en absoluto significa que sus contenidos doctrinales vayan a carecer del rigor técnico exigible a un medio de expresión de estas características. Antes bien, se pretende buscar aquella síntesis entre teoría y práctica que muestre cómo el pretendido antagonismo entre estas dos dimensiones del que-

hacer humano no es tal; al contrario —y como tantas veces se ha puesto de manifiesto—, sólo es verdaderamente útil desde la perspectiva práctica aquel planteamiento que previamente haya superado las exigencias del pensamiento abstracto.

En todo caso, estamos ante una publicación abierta y como tal espera contar no sólo con el beneplácito de los lectores, sino también con su participación activa, bien en forma de aportaciones doctrinales, comentarios jurisprudenciales o recensiones de libros, o bien, simplemente, remitiéndonos cuantas sugerencias estimen oportunas en orden a la mejora de este producto que ahora ve la luz, en la seguridad de que serán debidamente consideradas y atendidas en la medida de lo posible. Así, pues, el lector tiene la palabra.

Ángel Torío López
Ángel Sanz Morán

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización. *Angel Torío López* 13
- Medidas de seguridad y de corrección en el Código Penal. *Angel José Sanz Morán* 29

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- ¿Es innecesario el delito de lesiones al feto? *Pastora García Álvarez*

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- **Sentencia 21/2000:** Vulneración del derecho al honor 63
 - **Sentencia 25/2000:** Suspensión condicional de la pena 68
 - **Sentencia 31/2000:** Inconstitucionalidad del artículo 468.c) Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar 70

	Página
— Sentencia 34/2000: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: incongruencia omisiva de sentencia dictada en apelación	73
— Sentencia 35/2000: Derecho al Juez legal	74
— Sentencia 38/2000: Derecho de defensa y a la asistencia letrada	76
— Sentencia 47/2000: Vulneración del derecho a la libertad personal causada por una medida cautelar de prisión provisional carente de fundamentación, que conduce al planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad	80
— Sentencia 59/2000: Vulneración del derecho a la tutela judicial. Voto particular sobre las exigencias del principio acusatorio .	84
— Sentencia 71/2000: Vulneración del derecho a la libertad personal: prisión provisional en causa de extradición que sobrepasa el plazo máximo	89
— Sentencia 105/2000: Competencia reglamentaria del CGPJ, Gobierno y Comunidades Autónomas; competencias sobre administración de justicia (horario y jornada de trabajo, estatuto y régimen jurídico del personal judicial); traducción al castellano de escritos y documentos redactados en lengua oficial autonómica	92
— Sentencia 79/2000: Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión: imposibilidad de defenderse de la adhesión a la apelación	99
— Sentencia 81/2000: Vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa	102
— Sentencia 87/2000: Extradición de un nacional español	104
— Sentencia 91/2000: Vulneración del derecho de defensa por extradición de ciudadano italiano juzgado en ausencia	106
— Sentencia 121/2000: Subsidiariedad del amparo constitucional.	115
— Sentencia 120/2000: Conformidad a la constitución del artículo 586.bis Código Penal 1973	118
— Sentencia 133/2000: Acceso al recurso penal: Cómputo del plazo	121
— Sentencia 181/2000: Inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor	123
TRIBUNAL SUPREMO	127
— Sentencia 15/2000: Tratamiento penal de las psicopatías . . .	127
— Sentencia 71/2000: Estado de necesidad	129

	Página
— Sentencia 1678/1999: Amenazas. Distinción delito-falta	130
— Sentencia 1704/1999: Consumación en el robo violento	132
— Sentencia 1699/1999: El cambio jurisprudencial no constituye un hecho nuevo a los efectos del artículo 954.4.º LECrim.	134
— Sentencia 142/2000: Autoría y participación en tráfico de drogas	135
— Sentencia 98/2000: Apropiación indebida	136
— Sentencia 109/2000: Refundición de condenas	138
— Sentencia 118/2000: Alevosía y ensañamiento en el asesinato	140
— Sentencia 1302/1999: Delitos relativos a la protección de la flora y fauna	143
— Sentencia 239/2000: Irrecurribilidad de las sentencias de conformidad	147
— Sentencia 244/2000: Allanamiento de establecimiento mercantil	148
— Sentencia 197/2000: Desistimiento en la tentativa	150
— Sentencia 224/2000: Retroactividad de la Ley más favorable	152
— Sentencia 207/2000: Circunstancia agravante de disfraz	153
— Sentencia 208/2000: Irrecurribilidad de los autos resolutorios de la concesión del beneficio de suspensión de condena	155
— Sentencia 213/2000: Robo con violencia y lesiones	156
— Sentencia 245/2000: Dolo eventual en las lesiones	159
— Sentencia 290/2000: Informe pericial emitido por laboratorios oficiales	160
— Sentencia 332/2000: Legítima defensa y miedo insuperable .	162
— Sentencia 270/2000: Conducta de la víctima e imputación objetiva	166
— Sentencia 355/2000: Robo con uso de armas	168
— Sentencia 267/2000: Obstrucción a la justicia	170
— Sentencia 382/2000: Circulación y entrega vigilada de estupefacientes; apertura de paquete postal	171
— Sentencia 1703/1999: Recurso de anulación	174
— Sentencia 150/2000: Tentativa inidónea	176
— Sentencia 362/2000: Robo con fuerza en las cosas: escalamiento	177
— Sentencia 381/2000: Agresión sexual	179

	Página
— Sentencia 379/2000: Tentativa en el delito de tráfico de drogas	180
— Sentencia 488/2000: Auto de archivo	182
— Sentencia 413/2000: Apropiación indebida de dinero	184
— Sentencia 429/2000: Agravante de reincidencia; cómputo temporal para su apreciación	186
— Sentencia 444/2000: Prevaricación administrativa	187
— Sentencia 456/2000: Abuso sexual	188
— Sentencia 512/2000: Principio acusatorio y derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley	189
— Sentencia 311/2000: Coautoría	192
— Sentencia 458/2000: Falsedad en documento mercantil y estafa.	193
— Sentencia 458/2000: Medición de la pena en el delito continuado	195
— Sentencia 576/2000: Atipicidad y tráfico de drogas	197
— Sentencia 566/2000: Derecho a la última palabra	198
— Sentencia 588/2000: Delito contra la integridad moral	201
— Sentencia 590/2000: Exploraciones radiológicas y asistencia letrada	202
— Sentencia 628/2000: Medidas de seguridad y corrección	204
— Sentencia 679/2000: Negativa a la prestación del servicio militar	206
— Sentencia 663/2000: Robo con violencia. Atenuación de la pena	207
— Sentencia 729/2000: Robo en casa habitada. Escalamiento ..	210
— Sentencia 715/2000: Recogida de huellas y dictamen pericial dactiloscópico	212
— Sentencia 732/2000: Alzamiento de bienes	213
— Sentencia 744/2000: Drogadicción y responsabilidad penal ..	216
— Sentencia 758/2000: Apropiación indebida: abuso de relaciones personales	217
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	 219
— Sentencia (AP Barcelona): Derivación del problema de la concurrencia concausal de culpas a la aplicación de la atenuante de análoga significación de las anteriores	219

	Página
— Sentencia 1/2000 (AP Madrid): La conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, una vez fijada fecha para el inicio del juicio oral pero antes de sus sesiones	221
— Sentencia 28/2000 (AP Valencia): Prescripción	224
— Sentencia 18/2000 (AP Madrid): El sujeto activo de la falta de realización de actividades sin seguro obligatorio de responsabilidad civil	225
— Sentencia 632/1999 (AP Barcelona): Prescripción	227
— Sentencia (AP Barcelona): El delito contra el medio ambiente es delito de peligro	228
— Sentencia 88/2000 (AP Barcelona): El “animus iniuriandi” se presume “iuris tantum” cuando se vierten expresiones objetivamente injuriosas	229
— Sentencia 42/2000 (AP Madrid): Determinación de la cuantía de la indemnización por perjuicios en accidente de tráfico como deuda de valor	231
— Sentencia 843/1999 (AP Barcelona): Interpretación del verbo “sustrajere” en los delitos de robo y hurto de uso de vehículos .	232
— Sentencia 67/2000 (AP Sevilla): Requisitos de la prueba alcohométrica	233
— Sentencia 50/2000 (AP Madrid): Postura antiformalista ante el requisito de denuncia previa	235
— Sentencia 24/2000 (AP Sevilla): El sujeto activo de la falta de realización de actividades sin seguro obligatorio de responsabilidad civil	236
— Sentencia 139/2000 (AP Barcelona): El titular de un vehículo no asegurado no es cooperador necesario de la falta de conducción sin seguro cometida por conductor diferente de aquél	237
— Sentencia 85/2000 (AP Madrid): Estafa	239
 ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA	 241

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Consulta 1/2000, de 14 de abril. Declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros coparticipes 251

BIBLIOGRAFÍA

- Recensiones 267
— Derecho Penal 291
— Derecho Procesal Penal 297

ARTÍCULOS DOCTRINALES

RELACIÓN DE CAUSALIDAD. INDICACIONES PARA UNA ACTUALIZACIÓN

ÁNGEL TORÍO LÓPEZ
Catedrático de Derecho Penal

I

En el estudio de Karl ENGISCH sobre la causalidad en el Derecho (*Die Kausalität im Recht*, 1950) es suscitada la distinción entre principio (*Kausalprinzip*) y concepto (*Kausalbegriff*) de causalidad. El principio de causalidad evoca la cuestión de la estructura total de la realidad, o sea, de si el total acontecer real está sometido inexorablemente a la conexión causa-efecto o si, por el contrario, el actuar humano se sustrae a dicha conexión, es decir, puede concebirse como acontecer libre, o en sentido menos metafísico, como suceder espontáneo. ENGISCH no aborda en su estudio el problema del principio causal. Se enfrenta, por el contrario, con el concepto de causalidad, cuya manifestación más significativa se halla en la investigación de la relación de causalidad en los delitos materiales o de resultado dentro de la teoría general del delito. Lo que ENGISCH trata de desentrañar es la significación de los términos causalidad, causar, producir, etc., para el Derecho. Y en lo que se refiere al concepto de causalidad, advierte también el autor que su interés se dirige a ese contenido como elemento de los tipos penales. La presente exposición se orienta en la misma dirección, con referencia exclusiva al Derecho penal.

En lo que sigue se destaca, en primer lugar, que el nexo de causalidad ha perdido actualmente la significación que anteriormente tuvo en la teoría del delito. También se procede a formular como garantía fundamental posible el postulado “*nadie puede ser penado por la producción de un hecho que no haya sido causado por él*”, postulado que desde aquí se proyecta frente a los criterios que en la actualidad limitan o desvirtúan la exigencia del nexo causal.

En las décadas iniciales del presente siglo numerosas investigaciones trataron de superar la inicial teoría de la equivalencia de las condiciones bajo la

rúbrica “Teorías de la adecuación” y, posteriormente, de la “Teoría de la relevancia” (sobre ello, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966). En este periodo era destacado que la causalidad, determinada según el criterio de la equivalencia, podía conducir a expansiones exageradas, lo que debía ser objeto de restricción en su propio espacio, es decir, antes de la antijuricidad y de la culpabilidad. Mediante el pensamiento de la adecuación se trataba de lograr la restricción de los procesos causales irregulares o extravagantes, exigiendo que la acción, según el juicio *ex ante* del espectador objetivo, implicase un riesgo o peligro en orden a la producción del resultado. El nexo condicional era así sometido a una delimitación teleológica. Era posible distinguir entre causaciones procedentes de acciones no peligrosas y de acciones peligrosas. Las primeras eran excluidas en el propio espacio causal como base de la responsabilidad. Las segundas eran sometidas ulteriormente a los baremos de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

La teoría de la relevancia supuso, por su parte, la iniciación de un nuevo camino. No era en realidad una concepción teleológica, como las doctrinas de la adecuación, sino jurídico normativa o valorativa. En ella era determinante si la acción condicional del resultado era coincidente con el sentido del tipo o, como diríamos hoy, se encontraba comprendida en el ámbito de prohibición de la norma. Por ejemplo, el mero empujón condicionante de la muerte no sería susceptible de esa subsunción. Cabe recordar también que en el dilatado periodo que desde las décadas últimas del siglo XIX lleva hasta la mitad del presente siglo, numerosos problemas de la teoría del delito fueron entendidos como cuestiones puramente causales. Esto ocurría, precisamente, con la denominada interrupción de la causalidad, cuando sobre un curso causal inicial incide otro posterior, lo que según el criterio de la “interrupción” haría posible admitir la desconexión entre la acción originaria y el resultado sobrevenido. También fue entendido como problema meramente causal la llamada prohibición del retroceso, en los casos en que la posterior intervención dolosa de un tercero hubiese codeterminado el resultado típico. Así en el conocido ejemplo del cazador que descuidadamente deja el arma al alcance de otra persona, quien la utiliza para dar muerte a la víctima.

El relieve de la teoría de la causalidad en el pensamiento de finales del siglo pasado y décadas primeras del presente se ha visto oscurecido por razones histórico culturales y jurídicas.

En primer lugar, cabe aludir a la emergencia de la teoría finalista. La acción, concebida en sentido causal por la teoría clásica del delito, es en ella objeto de una comprensión ontológica diferente. Desde la perspectiva finalista, la acción no es inteligible como mera causación voluntaria del resultado total exterior. La voluntad no opera unilateralmente en la acción como factor energético o mecánico que desata el total suceso exterior. Despliega por el contrario una función direccional del comportamiento. La voluntad posee en la acción un sen-

tido supracausal, es decir, finalista, de forma que la finalidad inteligente se revela como espina dorsal de esa acción. El concepto causal de acción, tras la crítica negativa del finalismo, ha sido prácticamente abandonado en la literatura.

Un ulterior motivo de oscurecimiento de la causalidad ha venido dado por un nuevo concepto teórico, es decir, por la noción de imputación objetiva, cuya diseminación puede retrotraerse a la nueva teoría del delito que a partir de los años setenta cabe designar como postfinalismo. Esta concepción entiende que el resultado causado por la acción sólo es objetivamente imputable cuando su peligrosidad se ha materializado transitivamente —la llamada conexión de riesgo— en la producción del resultado. La dimensión teleológica de la acción se distingue conceptualmente de ésta, como momento objetivo final que pasa a nutrir la imputación objetiva. La nueva teoría del delito disgrega la causalidad y la peligrosidad objetiva de la acción como cuestiones diferentes, al contrario que las teorías de la adecuación. La causalidad posee sentido fáctico material. La segunda, por el contrario, se identifica con un juicio teleológico. El riesgo o peligro, como cuestión supracausal, se desconecta de la acción, y es acogido y considerado en el seno de la imputación objetiva. Lógicamente sucede lo mismo con los problemas citados de la interrupción de la causalidad y de la prohibición del retroceso. Como cuestiones supracausales abandonan el campo de la acción y se incorporan también al universo teleológico valorativo de la imputación objetiva.

Es ésta la segunda razón conducente al oscurecimiento de la causalidad en la teoría del delito contemporánea. La causalidad es ahora una escueta y desnuda conexión prevalorativa entre acción y resultado que ha cedido su rico y complejo contenido histórico cultural a otros espacios diferentes de la teoría del delito.

El tercer motivo por el que la relación de causalidad muestra tal pérdida de significación puede deberse al alejamiento apreciable de la concepción prioritariamente descriptiva de los elementos del delito —si se prefiere del tipo—, reorientada en algunas direcciones por una normativización de su contenido (v. ante todo SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, “Política criminal y reforma legislativa en la ‘Comisión por omisión’”, págs. 1069 y ss.; exposición de los problemas, en ROMEO CASABONA, C., “Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político criminal”, págs. 925 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La cláusula general sobre la comisión por omisión”, págs. 905 y ss., todos en *Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Juan del Rosal*, 1995; sobre los aspectos dogmáticos, vid. HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987; recientemente GIMBERNAT ORDEIG, E., “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Anuario*, 1994, págs. 25 y ss.).

En una importante contribución metódica, asigna SILVA SÁNCHEZ a la tipicidad una significación menos descriptiva que normativa del comportamiento. En lenguaje legislativo, por ejemplo el verbo “matar”, operaría menos descriptiva que adscriptivamente y estigmatizaría unitariamente la acción y la omisión como comportamiento prohibido que no debe ser. El significante “matar” comprendería directamente, es decir, sin mediación ni necesidad de ulteriores reglas legislativas, el hacer activo causal, propio de la acción, y el no impedir hipotético causal propio de la comisión por omisión.

Tal pérdida de descriptividad del núcleo del tipo puede suponer un distanciamiento de la taxatividad del lenguaje y de la intelección contemporánea del principio *nullum crimen sine lege*. Más allá de esto, el hacer y el omitir son normativamente equiparados pese a su discrepancia fáctico material y antagonismo descriptivo, como Gustav RADBRUCH puso de relieve en su célebre monografía. El tipo que describe la acción material determinante del homicidio no comprende, es decir, excluye lingüísticamente la omisión de la acción que, en la situación concreta, hubiese impedido la producción del resultado. El antagonismo material, prevalórico, entre ambas formas de conducta predetermina que si no se quiere prescindir de la comisión por omisión —como sucede en el derecho penal francés— tenga que adosarse al delito de acción —homicidio, lesiones, aborto, etc.— una figura o tipo de delito correlativo sobre la comisión por omisión, o más desfallecientemente desde la óptica de la descriptividad, tenga que introducirse en el Código una cláusula general, como hace ahora el art. 11, en línea con el derecho comparado.

En la teoría del delito acción y omisión son objeto de consideración diferenciada. WELZEL destaca que la omisión no es material, u ónticamente, una acción, y en la línea de RADBRUCH, que ambas se comportan como A y no A, lo que hace aconsejable por razones de claridad un lenguaje legislativo diferenciado (v. “Das Deutsche Strafrecht”, 11 Aufl., pág. 200). La alternativa entre adscriptividad y descriptividad evoca metódicamente el contraste entre una intelección normativa, representada ante todo por BINDING, para quien el delito es prioritariamente *infracción* de la norma reconocida por el Estado, y su comprensión como *hecho antisocial*, es decir, como ataque a los bienes jurídicos, ataque al que ulteriormente se conecta formalmente la prohibición (v. LISZTSCHMIDT, “Lehrbuch des deutschen Strafrecht”, 25 Aufl., 1927, pág. 6).

El estudio considerado supone una reorientación metódica, en sentido fundamentalmente normativo, de un problema fundamental. La concepción normativa o valorativa es antepuesta metódicamente al modelo descriptivo de la tipicidad. El término matar comprende tanto la realización activa como omisiva del resultado. Esto lleva lógicamente a considerar innecesaria la inclusión de una fórmula sobre la comisión por omisión en el sistema. Realización activa y comisión por omisión están inmediatamente mencionadas, como objetos o soportes del reproche normativo, en el verbo nuclear de la figura de delito. La

etiqueta jurídico penal “homicidio” es igualmente adscrita al hacer activo y al omitir, es decir, a la inexecución de la acción que hubiese evitado el fallecimiento.

El tránsito desde el criterio de descriptividad al de adscriptividad no debe ser entendido como cuestión particular, sino como un interrogante metódico fundamental en orden a la comprensión y reconstrucción del sistema. La exigencia de descriptividad trata de mostrar la imagen y propiedades del hecho punible y, de esta forma, de desplazar el pensamiento analógico y la configuración discrecional del delito por la judicatura. Un tipo cuya descriptividad sea prácticamente nula permite la estigmatización adscriptiva de las acciones más indeterminadas. Legislativamente hay que describir para evitar la manipulación subconsciente o ideológica del derecho, es decir, para facilitar la realización del derecho por el juez racional. Es tarea del Estado de Derecho seleccionar según criterios político criminales la materia de la regulación, ofreciendo una imagen intercomunicativa dotada de precisión y exactitud. El tipo pone barreras a la estigmatización discrecional de comportamientos contradictorios. De estar ausente la imagen descriptiva cesa la posibilidad de valorar y estigmatizar el hecho como delito.

Todavía puede aducirse otra razón explicativa del oscurecimiento de la relación causal en la dogmática contemporánea. En los delitos materiales, se ha exigido siempre sin vacilación que la acción sea causa efectiva, determinante, del resultado. Por el contrario, en el delito de comisión por omisión la naturaleza de las cosas impide llevar hasta ese límite las exigencias dirigidas al nexo causal. La omisión está desprovista de efectiva virtualidad causal. En el delito de comisión por omisión no puede hablarse de causalidad efectiva, sino solamente hipotética. Debe en él suscitarse la hipótesis de si la ejecución de la acción preceptuada hubiera impedido la producción del resultado típico. Este punto de vista parte de que causalidad real y causalidad hipotética son realidades materialmente diferentes, equiparadas valorativamente por razones político criminales.

Una vez acogida esta premisa se asiste en la dogmática contemporánea a conclusiones en cierta medida sorprendentes. La evolución histórica pone indiscutiblemente de manifiesto que el delito de acción se presenta como la realidad originaria, mientras que la comisión por omisión posee sentido lógico y valorativo derivado. En el desarrollo histórico la cuestión es siempre la misma. Dada la prioridad material y valorativa del delito de acción, se trata de investigar qué exigencias deben dirigirse a la comisión por omisión para que su incriminación resulte lógica y valorativamente razonable. En el plano causal requiere el delito de acción una conexión efectiva entre la acción y el resultado. Lógicamente, debería reclamarse en el delito de comisión por omisión una conexión causal (hipotética) igualmente precisa.

La doctrina no suele aceptar, sin embargo, este punto de vista. Está difundida la idea de que en la comisión por omisión es bastante una conexión sólo probabilística, es decir, que la acción omitida hubiera impedido el resultado con probabilidad rayana en la certidumbre.

Este criterio es acogido de forma generalizada en la literatura. Según JES-CHECK en la comisión por omisión, no cabe requerir, como en el hacer positivo, una certeza plena respecto a la causalidad, dado que el examen de la misma no puede basarse en un suceso real, sino únicamente posible, que no puede calcularse con seguridad (*Tratado de Derecho penal*, Parte general, vol. II, pág. 854 y ss.). MIR PUIG indica que no cabe decidir con absoluta seguridad si la acción omitida hubiera impedido o no el resultado, al tratarse de un juicio hipotético sometido inevitablemente a un margen de error, por lo que la doctrina dominante se conforma con la constatación de que la realización de la conducta debida hubiese evitado el resultado con probabilidad rayana en la certidumbre (v. *Derecho penal*, Parte general, 4.^a ed., 1996, pág. 319). Tal punto de vista es admitido de forma general en la literatura (v. MUÑOZ CONDE, F.-GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*, Parte general, 1993, pág. 226).

Este criterio es, sin embargo, problemático. En el caso del técnico que dilata la paralización de una caldera peligrosa, con el fin de atender una nutrida cartera de pedidos, es claro que de haberse realizado tempestivamente la acción, la explosión no se hubiese producido, ni tampoco los fallecimientos de los operarios. De haberse advertido por el controlador de vuelo que la pista se encontraba interceptada, el aterrizaje de la aeronave tampoco se hubiera realizado, etc. Pero en todo caso es dominante el criterio de que en el delito de comisión por omisión es bastante una causalidad hipotética sólo probable. La seguridad reclamada en la relación causal, real, positiva, propia del delito de acción, es sustituida en el delito de comisión por la probabilidad de que la acción hubiese evitado el resultado. Esto supone una desigualdad de trato difícilmente explicable. El delito menos significativo en sentido valorativo —la comisión por omisión— es objeto de exigencias causales menos intensivas que el valorativamente más grave —la causación activa— (vid. TORÍO LÓPEZ, Á., “Límites político criminales del delito de comisión por omisión”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1983, págs. 221 y ss.).

Pero todavía se ha ido más allá, como muestra la sentencia de 23 de abril de 1992 del T.S., con la que se cierra el denominado “Caso de la colza”. En vez de reclamarse para la comisión por omisión la misma certidumbre paracausal que para el delito de acción, se asiste actualmente a una teratológica inversión de planos. La causalidad débil de la comisión por omisión es trasladada y proyectada sobre el delito de acción. La sentencia considera suficiente que la diseminación del aceite de colza desnaturalizado en el mercado —un hacer sin duda positivo— haya conducido con probabilidad a la aparición de los fallecimientos y daños corporales —si además no existen vestigios, o falta la contraprueba de

la mediación de un diferente factor causal. Esto parece sugerir que los baremos causales están experimentando una transmutación. En vez de someter el delito de comisión por omisión a la exigencia de seguridad propia del delito de acción, se procede al revés. El delito de acción se contamina de la debilidad causal del delito de comisión por omisión, al proyectarse sobre él la idea de que ya no es necesario un nexo causal plenamente acreditado, sino una conexión causal simplemente probabilística.

La perspectiva de un pensamiento metódico adscriptivo-normativo podría suponer correlativamente la equiparación total entre acción y omisión, es decir, el ensombrecimiento del contenido descriptivo antagónico de ambas formas de comportamiento. La adscripción del homicidio a la acción, pero también a la omisión, es facilitada ahora por la equiparación normativa de ambas, pero también porque en ellas la causalidad opera en sentido lógico formal correlativamente, es decir, porque en ambas se concede la suficiencia de una causalidad meramente probable. La lógica del razonamiento normativista o adscriptivista podría ir todavía más allá y entender que objeto del reproche jurídico adscriptivo es solamente la acción, o la omisión de la acción jurídicamente debida, mientras que el resultado, o sea, el fallecimiento del sujeto pasivo —sobre cuya descriptividad no parecen existir dudas— se encuentra fuera del tipo de prohibición y ha de reconducirse al modelo extravagante de las condiciones de punibilidad.

¿Debe, pues, el tipo de lo injusto, e incluso en sentido más amplio, el tipo de la acción, o el delito, como conjunto de elementos conducentes a la pena, concebirse descriptiva o normativamente, es decir, adscriptivamente? El interrogante tiene tras de sí una larga historia, en la que no sólo aparece comprometido el propio concepto de tipo, sino otros conceptos de la teoría del delito, entre los que se encuentra la culpabilidad.

En primer lugar, hay que recordar que la concepción psicológica entendió la culpabilidad descriptivamente, es decir, como proceso fáctico, psicológico, dado por elementos intelectuales y voluntativos, que tendría que registrar el Juez como personificación del ordenamiento al tiempo del acto.

Después, la concepción compleja consideró la culpabilidad como unidad de elementos descriptivos —imputabilidad, dolo, culpa con representación, etc.—, pero también como valoración adscriptiva, es decir, como reproche del hecho a su autor.

Por último, la concepción pura de la culpabilidad, propuesta por Hans WELZEL con base en la idea de DOHNA de que el dolo es el objeto de la valoración, mientras que la culpabilidad se identifica normativamente con la valoración del objeto, la reorienta en puro sentido normativo o, si se prefiere, adscriptivo. La culpabilidad, desprovista del contenido psicológico, aunque conservando contradictoriamente el contenido biopsíquico de la imputabilidad,

como BAUMANN puso críticamente de relieve, es entonces entendida como pura reprochabilidad (culpabilidad igual a adscriptividad del injusto a su autor). El Derecho adscribe el reproche, es decir, estigmatiza con el reproche, al autor. La mención de la culpabilidad podría ser completada con la referencia a otros campos de la teoría del delito. La prioridad correspondería en todo caso a la intelección fundamentalmente descriptiva o, por el contrario, adscriptiva del tipo, sobre lo que el interesante estudio de SILVA y las presentes líneas mantienen posiciones divergentes. En lo que concierne a la tipicidad, la exigencia de descriptividad, como la obra de BELING puso históricamente de relieve, trata ante todo de evitar la penetración del pensamiento analógico en la configuración de la responsabilidad penal. Un tipo cuya descriptividad fuese tan débil como la hipótesis ofrecida por BELING —“Todo canalla (*Schurke*) será castigado...”— facilitaría, por el contrario, la proyección de la desvaloración adscriptivo-jurídica a formas múltiples e indiferenciadas de comportamiento.

Como síntesis de esta introducción cabe decir que la relación de causalidad, sobre la que en importante medida se edificó la teoría clásica del delito, se ha desdibujado considerablemente en la dogmática contemporánea. En primer lugar, por la erosión sufrida por el concepto causal de acción en virtud de la crítica a que ha sido sometido desde la óptica del concepto social y del concepto final de acción.

En segundo término, por la progresiva difusión del sistema finalista, que ha antepuesto dentro del tipo la categoría finalidad a la de causalidad.

Después, por el papel central en la teoría contemporánea del delito del pensamiento de la imputación objetiva. Esta ha reabsorbido grandes focos dogmáticos del problema causal, ante todo la cuestión de la adecuación, o sea, de la pronosticabilidad del resultado sobrevenido. La adecuación no es ya un problema de causalidad. La conexión de riesgo, es decir, la exigencia de que el riesgo de la acción se haya transitiva o progresivamente materializado en el resultado típico es actualmente momento central de la imputación objetiva. Lo mismo cabe decir de algunos problemas particulares, como la interrupción de la causalidad o la prohibición del retroceso.

En cuarto lugar, ha influido en el desdibujamiento dogmático de la relación de causalidad la emergencia de un nuevo normativismo, en el que relativamente se pierde de vista el momento fáctico descriptivo, suplido por una imagen normativo adscriptiva de las categorías y de los conceptos jurídicos, y en particular, del tipo de prohibición. Esto conduce a una equiparación normativa entre hacer activo y comisión por omisión, lo que supone indirectamente, en último término, una descalificación de la exigencia intensiva de causalidad. En relación con ello cabe apreciar también una transición fluida entre ambos dominios o modelos de comportamiento, que implícitamente puede conducir a la permutabilidad lógico jurídica entre causalidad efectivo material del delito de

acción y paracausalidad de la comisión por omisión, en la que la doctrina predominante reclama sólo un nexo hipotético probabilístico. Tal permutabilidad parece confirmarse por la jurisprudencia, que ha llegado a prescindir en el delito material de acción de la exigencia terminante de un nexo real, material, de causalidad, y a aceptar la suficiencia de una conexión hipotética menos intensa, es decir, probabilística, entre la acción y el resultado.

II

La exposición trata de reaccionar contra el oscurecimiento del concepto de causalidad en la literatura y jurisprudencia contemporáneas. Esto nada tiene que ver con el principio de causalidad, como se ha indicado al comienzo. En nada se relaciona con el tópico causalismo, con el que trata de motejarse arbitrariamente la producción dogmática previa a la emergencia y afirmación del “Nuevo sistema del derecho penal”. En el concepto de causalidad cabe ver a nuestro juicio una garantía supraconstitucional y jurídico penal fundamental. Esta garantía, intangible a lo largo del tiempo, se revela como sensiblemente desvirtuada en la dogmática y experiencia jurídica contemporánea. El postulado está necesitado actualmente de proclamación formal, dada la posposición de que viene siendo objeto en el presente. Podría en este sentido proponerse la formulación “Nadie responderá por la producción de un resultado no causado por él”, la cual podría incorporarse sin inconveniente a la gama de garantías jurídico penales que suelen estamparse en el frontispicio de los Códigos modernos.

En el transcurso del tiempo hubiera sido innecesario configurar de forma expresa la exigencia del nexo causal. La causalidad era una idea segura, cierta, implícita, de la reflexión y la práctica jurídica. ¿Cómo aceptar que para la imputación baste una conexión insegura, débil, es decir, no la seguridad, sino sólo la probabilidad de que el resultado haya sido determinado por la acción? Puede concederse, sin necesidad de verificación ulterior, que la idea de que quien no ha causado materialmente un resultado no puede ser hecho responsable de su producción ha contado con consenso a lo largo del tiempo.

La propuesta contraria de que también puede ser responsable quien no produjo con plena seguridad, sino sólo con probabilidad, el resultado, pospone la idea de justicia frente al criterio funcional de eficiencia, según el pensamiento economicista de que utilidad y orden se anteponen valorativamente a cualquier consideración ulterior. El requerimiento de una conexión segura aparece desvirtuado cuando se reclama solamente una conexión probable entre la acción y el resultado. Pero a partir de esto, es decir, una vez que lo que designamos como postulado de la causalidad ha sido desestructurado, tampoco habría inconveniente para estimar bastante una conexión posible, o finalmente, una falta de conexión, como cuando el resultado fuera reconducido al ámbito de las llama-

das condiciones de punibilidad. Es sabido que el finalismo extremo ha llegado a sostener que la tentativa imposible proporciona el prototipo de acción prohibida, es decir, de lo injusto. El resultado, para esta orientación, se encuentra más allá del tipo de prohibición, fundamentalmente nutrido por la voluntad finalista del hecho, es decir, por el dolo como elemento nuclear o central de lo injusto. La lesión de la vida humana puede ser así relegada por el finalismo extremo al papel de simple condición de punibilidad. Paralelamente, podría proponerse desde una perspectiva no descriptiva, sino adscriptiva, que el desvalor de acción fuese por sí mismo constitutivo de lo injusto, con lo que la realización de la acción u omisión sería normativamente suficiente para la consumación, dependiendo sólo la punibilidad de la producción del resultado, concebido ahora, lógicamente, como condición de punibilidad. Tal desplazamiento del resultado —elemento descriptivo por antonomasia del homicidio— facilitaría una visión normativo-adscriptiva del delito.

La suficiencia de una conexión causal meramente probabilitaria entre acción y resultado relativiza implícitamente la exigencia general de causalidad. En ocasiones ese punto de vista suele invocar en su favor las conocidas superficialidades acerca de la física contemporánea, es decir, un paradigma científico natural que se distancia de las imágenes culturales propias de la Ética y del Derecho. Podría frente a esto parafrasearse el pasaje de CARRARA acerca de la analogía prohibida y proponer una reformulación paralela en el sentido de que “Por la probabilidad puede extenderse la excusa, pero no puede de ninguna manera ampliarse la pena”.

III

La causalidad es elemento efectivo-constitutivo del delito. En principio hay que señalar que la causalidad no es sólo una imagen intelectual, es decir, una categoría que el hombre aplique al conocimiento del mundo, ante todo para distinguir la relación de simple sucesión y la relación de producción entre diversos hechos. El desplazamiento del sofisma “post hoc, ergo propter hoc” se encuentra siempre entre las tareas prioritarias de la investigación. La imagen apriorista o idealista de la causalidad ofrecida por el pensamiento kantiano ha cedido frente a su comprensión empírica, “a posteriori”, con base en los datos de la experiencia o, mejor, del conocimiento científico natural como forma superior de enfrentamiento con el acaecer causal del mundo.

La causalidad es una relación de efectiva determinación entre varios hechos o acontecimientos. Este proceso puede ser relativamente simple o presentar, por el contrario, extraordinaria complejidad. En el nacimiento de un ser humano es precisa la conducta causal de los progenitores. El resultado se identifica con el nacimiento del ser capaz para la vida autónoma o independiente. El proceso que a lo largo de la gestación conecta la acción de los padres con el

nacimiento constituye un curso causal dotado de la mayor complejidad, desci- frado crecientemente en virtud del saber genético, bioquímico, neurológico, etc. El proceso causal es accesible a la consideración precientífica, es decir, captado ordinariamente mediante representaciones basadas en la experiencia. La explicitación científico biológica proporciona en cualquier campo imágenes causales superiores al saber precientífico general.

El concepto de causalidad es el correlato intelectual de la franja de hechos que conectan la acción y el resultado. Existen en este sentido modos múltiples de causalidad, siempre reconducibles al concepto general.

En primer lugar, cabría mencionar la causalidad puramente física, en la que condiciones físicas preexistentes desatan la producción del resultado. En lo que interesa al derecho penal, tal causalidad física es visible en los sucesos determi- nados con mediación de las fuerzas de la naturaleza.

La causalidad química aparece después como campo merecedor de mayor atención. El papel causal del tóxico se revela siempre como hipótesis precisada de elucidación científica, frente a la comprensión sólo empírica del homicidio o del asesinato mediante sustancias tóxicas, veneno, etc.

En tercer lugar, cabe hacer referencia a la causalidad biológica. Pueden evocarse en este sentido factores microbiológicos, determinantes de cuadros patológicos o morbosos, condicionantes de resultados particulares negativos para la especie o el individuo. La consideración biológica es imprescindible para el conocimiento de los procesos reales en que factores morbosos determi- nan la enfermedad y sus consecuencias o secuelas.

Por último, apenas es mencionada en la literatura la causalidad —o si se quiere la motivación— psíquica, que plantea problemas singulares al sistema y a la práctica jurídico penal, y que se hace ante todo visible en el marco de la instigación o inducción.

La inquietud causal se proyecta en todos los dominios jurídicos. Las imá- genes populares sobre paternidad o filiación son progresivamente desplazadas en el derecho civil por la creciente mediación de criterios causales altamente probabilísticos, todavía a la espera de una identificación genética incontroverti- ble. La consideración del problema no puede ser llevada más adelante en el breve marco de las presentes páginas. Baste una referencia a los modos posibles de aprehensión de la causalidad.

Cabe mencionar, en primer término, la imagen sobrenatural de la causali- dad propia de las culturas primitivas.

En segundo, puede aludirse a una comprensión de la causalidad conforme al conocimiento racional precientífico, es decir, conforme a lo que VON BAR denominaba “regla de la vida”, como paradigma basado en la experiencia común al que reconducir los procesos reales observables, para asignarlos o dis- pensarlos reconocimiento causal.

La reconstrucción de la causalidad puede servirse, en tercer lugar, de criterios estadísticos. Es éste, precisamente, el sentido del método epidemiológico, como forma estadística de acceso al conocimiento de nuevas enfermedades. La forma más pura de aprehensión del nexo causal es, sin embargo, el método científico. En lo que sigue aludimos brevemente a estas perspectivas, a la espera de una consideración más pormenorizada.

IV

El hombre ha tratado históricamente de interpretar la relación posible entre los fenómenos de la naturaleza mediante imágenes sobrenaturales. LAÍN ENTRALGO recuerda que a la realidad de la magia pertenecen como notas básicas “la convicción de que los fenómenos naturales, como la enfermedad, se hallan predeterminados por fuerzas invisibles para el hombre, especialmente superiores a él... Y la acción de esas entidades-fuerzas puede ser en alguna medida gobernada por el hombre mediante ritos o ceremonias especiales...” (v. *Historia de la Medicina*, 1982, págs. 7 y ss.).

En el derecho penal esta causalidad sobrenatural es todavía reconocible en los procesos de brujería y hechicería de los siglos XV y XVI, de cuya significación se ha ocupado EBERHARD SCHMIDT (v. “Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege”, 3 Aufl. 1965, págs. 209 y ss.). Es en este sentido significativa la referencia a la tentativa supersticiosa, desplazada del ámbito de la tentativa punible en conexión con el proceso racional que, a partir de la Ilustración, se separa definitivamente de la visión sobrenatural de la responsabilidad. La visión supersticiosa de la causalidad es todavía subrepticamente operativa, sin embargo, en particulares grupos sociales y no deja de constituir un referente difuso de algunas sociedades avanzadas contemporáneas. El pensamiento sobrenatural pertenece a la libertad de conciencia, pero nunca debería enturbiar la reelaboración crítica, científico natural, del nexo causal.

V

En el derecho penal actual, la causalidad se presenta ante todo como conocimiento empírico basado en la observación de los hechos y la realidad, constituido en regla de la vida y máxima de experiencia en el transcurso del tiempo. La atención y observación común de los fenómenos reales posibilita una generalización que desde los casos particulares conduce inductivamente a la consolidación de la regla general. En la práctica despliega la causalidad empírica, antepuesta a la determinación estrictamente científica, la función práctica más significativa. La reconstrucción del caudal de enlaces relevantes para el Derecho todavía se consigue de modo prioritariamente precientífico, con base en la

experiencia común acerca del acontecer real. La historia de la investigación de la paternidad es ejemplificativa. Aunque actualmente se acude de forma creciente a la técnica del ADN, las muestras no pueden ser obtenidas coercitivamente, frente a la práctica arbitraria de algunos países. La negativa a someterse a la prueba biológica deja abierto el paso a una consideración global, empírica, conforme a criterios presuntivos altamente problemáticos desde la perspectiva causal. Podrían proporcionarse numerosos ejemplos de que el criterio empírico, precientífico, en orden a la obtención de imágenes causales, suele todavía estar antepuesto a la explicación científico natural. Este sería el caso del llamado homicidio mediante precipitación, en el que la conexión causal es en la práctica investigada de conformidad con la experiencia común. Es claro que podría acudir a una reconstrucción científica, física, que tomase como datos las variables relevantes, como la altura desde la que se produce la caída, el peso de la víctima, la función de la gravedad, etc. Tal reelaboración científica, para la que sería relevante el saber propio de la física, es inusual, sin embargo, en la práctica forense. En el accidente automovilístico, el nexo que desde la acción lleva al resultado podría ser objeto de reconstrucción analítica conforme a pautas técnicas, mecánicas, suficientes. En algunos países este método está más desarrollado, mientras que en otros el balance final se sigue obteniendo casi sobre la base del saber general. Del mismo modo la existencia del estado de embriaguez es con frecuencia objeto de prueba meramente empírica, sin determinaciones científicas correlativas. Ambos criterios coexisten a veces en la experiencia. En la actualidad constituye un objetivo a conseguir el recurso al criterio causal científico donde preexistan conocimientos predeterminantes suficientes. Pero la situación de los sistemas pone de relieve que el recurso a la ciencia sólo penetra lentamente en la práctica. La suplantación de una prueba científico natural utilizable por el recurso a la experiencia común debería originar la nulidad de la prueba.

VI

En la consideración de las nuevas enfermedades, sobre cuya naturaleza falta todavía el conocimiento científico, se acude al método epidemiológico. La epidemiología puede definirse como el estudio de la distribución y de las causas de las enfermedades en las poblaciones humanas (v. MAUSNER, J. S. y KRAMER, S., *Epidemiology. An Introduction*, 1985, pág. 1). El método clásico de la investigación epidemiológica está relacionado con el seguido por John SNOW en la investigación de la epidemia de cólera en Londres a fines de agosto de 1854 (v. *Principios de Epidemiología para el control de las enfermedades*, Centro Panamericano de Ecología humana y salud, 1989.4, 4). Tal procedimiento ha sido utilizado en los grandes procesos sobre responsabilidad por el producto, como el relativo al Caso Contergan o al Caso de la Colza, en los

cuales faltaba inicialmente prueba científica sobre el enlace causal entre las conductas empresariales y los resultados delictivos. En el proceso de la colza reconoce la sentencia de Casación de 23 de abril de 1992 la falta de prueba científico natural sobre la molécula responsable de los fallecimientos y daños neurológicos sufridos por las víctimas. El método epidemiológico ofrece imágenes estadísticas acerca del enlace entre la hipotética causa y sus consecuencias. La significación probabilística del procedimiento lo relaciona con las diversas concepciones jurídico penales sobre la causalidad. La densidad probabilística existente entre el consumo de aceite de colza desnaturalizado y los resultados dañosos sobrevenidos, coordinada con la ausencia de prueba contraria sobre la mediación de otros factores causales, fue estimada suficiente en el proceso. La Sala consideró bastante el doble baremo positivo (probabilístico) y negativo (ausencia de otra posible fuente condicionante) para la afirmación de la conexión causal (sobre la materia surge una literatura creciente, que actualmente se conecta al derecho comunitario y la responsabilidad por el producto: v. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “Causalidad, imputación y cualificación por el resultado”, 1988, págs. 40 y ss.; TORÍO LÓPEZ, A., “Cursos causales no verificables en Derecho penal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1983; HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, págs. 92 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, J.M. y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. T., *El “Caso de la colza”: Responsabilidad penal por productos alterados o defectuosos*, 1995; GIMBERNAT ORDEIG, E., “Aspectos de la responsabilidad penal en los casos del “spray” para el cuero y de la colza”, 1999).

Es innecesario reiterar que probabilidad no equivale, sin embargo, a seguridad empírica o a certidumbre científica. La permutabilidad entre probabilidad y seguridad refleja una indiferencia conceptual y valorativa cuestionable. La necesidad social de pena parece contribuir a la metamorfosis de un concepto fundamental. El posible postulado “Nadie responderá por la producción de un resultado que no haya sido causado por él” resulta oscurecido por una consideración pragmática y funcional. El pensamiento jurídico debe comportarse, sin embargo, paralelamente al pensamiento científico. La investigación epidemiológica está siempre a la espera de que se consiga aquella “plena probatio”, o en el sentido de Karl POPPER, aquella contrastabilidad que sólo puede proporcionar la prueba científica. Hemos aludido en otro estudio al problema de los “Cursos causales no verificables en Derecho penal” (v. *Anuario de Derecho penal*, 1983, págs. 221 y ss.) a esta situación. Las sentencias basadas en conexiones sólo probabilísticas son explicables como aportaciones excepcionales, producto de la necesidad social, surgidas en atención a las expectativas victimológicas y preventivo generales existentes, etc., pero no pueden proponerse como pauta general acerca de la causalidad.

VII

Debería prestarse mayor atención a los singulares problemas suscitados por la causalidad psíquica. Presenta ésta un gran interés epistemológico. La cuestión se plantea ante todo en el campo de la instigación. La acción del instigador debe aparecer como causa del resultado psíquico de la inducción, es decir, de la resolución de realizar el delito (sobre los problemas generales de la instigación, v. GÓMEZ RIVERO, M.C., *La inducción a cometer el delito*, 1995). La conexión entre el acto de inducción —precio, promesa, exhortación, súplica, ruego, recriminación dolosa dirigida a hacer surgir el propósito delictivo, etc.— y el efecto psíquico, es decir, la decisión psíquica de realizar el hecho descrito en el tipo, plantea ante todo el problema de su naturaleza, es decir, de si debe concebirse como cuestión científico natural o, por el contrario, como interrogante supracausal que remite al dominio de las llamadas ciencias del espíritu, lo que es sugerido en la sentencia de 23 de abril de 1992. El problema reproduce el debate relativo a las “dos culturas”, en el sentido señalado por CH. P. SNOW, para quien las ciencias de la Naturaleza llevan el futuro en la sangre, son efectivamente ciencia, peso y medida, mientras que las ciencias del espíritu son literatura, cultura y rememoración (v. MITTELSTRASS, J., en *Geisteswissenschaften heute. Eine Denkschrift*, 1991, págs. 23 y ss.).

La resolución psíquica del instigado es un efecto causal que no es directamente observable. Está sustraída a la percepción de terceras personas. Es en realidad un suceso interno inaccesible a los demás, uno de aquellos elementos psíquicos que la jurisprudencia trata todavía de centrar con expresiones metafóricas, como cuando habla del arcano de la conciencia, o del santuario de la vida anímica, etc. La literatura actual destaca también que los elementos subjetivos son inaccesibles a la constatación empírica de modo directo (v. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 1990, pág. 52 y ss.). Esto no quiere decir, sin embargo, que el contenido causal de la inducción sólo sea intuible, es decir, no pueda ser reconducido al conocimiento descriptivo psicológico. La psicología clásica era fundamentalmente introspectiva. Los procesos psíquicos no eran en consecuencia accesibles a terceros. Era la Psicología, en realidad, una “ciencia del espíritu”. El conocimiento de los procesos psíquicos era garantizado únicamente por la experiencia y el conocimiento general intercomunicativo de la realidad psíquica. Por ejemplo, el dato de que el sujeto haya realizado el delito previo recibir dinero del instigador, suele llevar sin mediación argumental ulterior a la conclusión de que entre la entrega y la decisión psíquica de realizar el delito existe un nexo condicional. El Conocimiento de otras mentes, en el sentido de A.J. AYER (v. *Ensayos filosóficos*, Ariel, 1979, págs. 177 y ss.) suscita el problema de si resulta posible el conocimiento del suceder mental de otros. La moderna psicología considera que sí es posible provocar decisiones en la psique de otro mediante la técnica del refuerzo. El refuerzo negativo, es decir, el castigo, inhibe la decisión. El refuerzo

positivo, es decir, la representación de la gratificación vinculada al acto, favorece la decisión psíquica de emprenderlo.

La instigación suscita siempre la duda de si más que una conexión causal real está presente en ella una relación de simple sucesión entre el comportamiento del inductor y la decisión del instigado. Dado que el Derecho se atiene generalmente a la experiencia causal común, no es extraño que este problema particular esté desatendido en la literatura. El interesante estudio de DÍEZ RIPOLLÉS en orden a conectar los elementos subjetivos de lo injusto con el conocimiento científico propio de la psicología no sólo proporciona valiosa información, sino que abre una vía para la reconstrucción científica del contenido psicológico del Derecho.

VIII

Las presentes líneas han tratado de señalar algunos aspectos actuales del problema de la causalidad. La exigencia del nexo causal en los delitos materiales nunca ha sido puesta en entredicho por el finalismo ortodoxo. El concepto de causalidad no ha sido cuestionado por la teoría finalista. WELZEL enseña que “El concepto de causalidad no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser. No es meramente lógico, ni menos una simple relación ‘conceptual’ entre diversos acontecimientos, sino un nexo regular, en verdad no perceptible, aunque sí aprehensible mentalmente en la sucesión del acontecer real... El Derecho ha de partir de este concepto ontológico... Y no existe un concepto especial jurídico de causalidad” (v. “Das deutsche Strafrecht”, 11 Aufl., 1969, pág. 43). El delito de homicidio reclama, pues, una conexión material, fáctica, entre la acción finalista y el fallecimiento. La crítica finalista no se ha dirigido realmente al *concepto* sino al *principio* de causalidad. En este sentido la proliferación del término *causalismo* entre los autores españoles no contribuye a clarificar que la teoría finalista ha preservado siempre el concepto de causalidad, o si se prefiere, la exigencia del nexo causal como momento constitutivo irrenunciable de los delitos materiales. Lo que el finalismo ha rechazado no es el nexo de causalidad, preciso al delito de resultado, sino una reelaboración del sistema desde una perspectiva causal unilateral, es decir, desde una óptica que desconoce el significado antropológico de la finalidad humana y su función en el mundo del Derecho. La reivindicación de la relación de causalidad es una tarea común a las teorías reales del delito.

MEDIDAS DE SEGURIDAD Y DE CORRECCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL (*)

ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valladolid*

Una de las novedades más significativas del Código penal de 1995 reside en la articulación, en su seno, de un sistema de medidas de seguridad y de corrección, rompiendo con la técnica, tradicional en nuestro derecho, de remitir la regulación de esta materia a leyes especiales. Aunque nuestra contribución se centrará, necesariamente, en el análisis del nuevo régimen legal de las medidas (III), parece oportuno comenzar fijando, en clave histórico-dogmática, los términos del problema de esta técnica sancionatoria (I) y recordando, de manera también muy rápida, cuáles son los antecedentes, en nuestro derecho positivo, de la actual regulación (II). Pese a su estrecha conexión con el derecho de medidas, no va a ser objeto de consideración aquí —merecería una contribución independiente— el problema de la delincuencia juvenil y su tratamiento.

(*) Texto de la conferencia pronunciada el día 22 de noviembre de 1997, en la Universidad de La Laguna, en el marco de las Jornadas sobre *El nuevo sistema de penas y medidas de seguridad del Código penal*. Dada la índole de esta contribución, se reducen al mínimo las referencias bibliográficas. De la literatura posterior destaquemos sólo Jorge BARREIRO, A., “As medidas de segurança aplicáveis aos doentes mentais no C.P. espanhol de 1995”, en *Revista portuguesa de Ciência criminal* 10 (2000), pp. 37-94.

I. INTRODUCCIÓN

Comenzamos recordando, en sus rasgos fundamentales, el sentido de la contraposición entre penas y medidas. Frente a la concepción retributiva de la pena, que dominó durante buena parte del pasado siglo por la doble influencia de la Escuela clásica italiana y la dirección neohegeliana en Alemania, los autores de la *Escuela positiva* (GAROFALO, FERRI) propondrán un cambio radical del modelo: en lugar de la pena, retribución del comportamiento culpable, se articulará un sistema de “sustitutivos”, de naturaleza terapéutica y pedagógica fundamentalmente (pero también asegurativa), que hagan frente a la “temibilidad” o peligrosidad del sujeto. Las respuestas más significativas que suscitó esta propuesta son bien conocidas: de un lado, la de Franz von LISZT, con su formulación de un concepto de “pena-final” (*Zweckstrafe*), que esté en condiciones de colmar las exigencias preventivo-especiales puestas de manifiesto por los positivistas italianos; de otra parte, la de Carl STOOSS, quien propondrá una *solución de compromiso*: mantenimiento de la pena, concebida por él en sentido retributivo, e incorporación de las medidas de seguridad y corrección allí donde la imposición de la pena no es posible (sujetos inimputables) o resulta insuficiente (delincuencia habitual, por ejemplo). Culpabilidad y peligrosidad aparecerán, entonces, como fundamento respectivo de la imposición de penas y medidas. Por otra parte, esta primera versión del *modelo “dualista” o “de doble vía”* (que acabaría por imponerse) se caracteriza por la posibilidad de acumular, en determinados supuestos, las dos clases de sanciones ⁽¹⁾.

La evolución posterior supondrá una importante quiebra de este esquema originario. La pena y las medidas, técnicas distintas, en principio, de reacción frente al delito, van a experimentar una progresiva aproximación. El concepto de pena perderá el sentido retributivo, orientándose prioritariamente en clave preventivo general y especial. Recuérdese sólo como la “vuelta a Liszt”, proclamada por los autores del denominado Proyecto Alternativo alemán, ha tenido reflejo inmediato en las numerosas reformas legislativas producidas en las últimas décadas en los sistemas penales de nuestro entorno cultural y teñidas, casi siempre, de una fuerte coloración preventivo-especial (basta mencionar las distintas técnicas sustitutivas de la pena privativa de libertad). Por otra parte, desde

(1) La terminología dista de ser pacífica. Una buena exposición de los matices ofrece JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho penal español*, Madrid, 1976, pp. 163 y ss. El debate entre LISZT y STOOSS aparece claramente resumido en KAMMEIER, H., *Massregelrecht*, Berlín, Nueva York, 1996, pp. 1-11.

que KOHLRAUSCH denunciara el “fraude de etiquetas” ⁽²⁾ que comportaba la aplicación del modelo dualista, no ha dejado de cuestionarse la compatibilidad del sistema de medidas de seguridad con los postulados básicos del Estado de Derecho. La crítica se centra, especialmente, en la indeterminación temporal de las medidas (éstas se prolongan, en principio, mientras persista la peligrosidad que fundamenta su imposición), así como en la posibilidad de acumular penas y medidas con base en unos mismos hechos. Frente al pensamiento “defensista”, se irá destacando la necesidad de extender a las medidas de seguridad el conjunto de postulados garantistas que rodean la imposición de la pena. De la misma forma, la rígida acumulación de pena y medida, característica del sistema dualista originario, se irá reemplazando por la técnica de ejecución conocida como “sistema vicarial o sustitutivo”, en cuya virtud, allí donde venga aconsejada la imposición conjunta de pena y medida (por ejemplo, en el caso de los semiimputables), la ejecución de la medida precederá a la de la pena, imputándose su duración a la de ésta, y pudiéndose prescindir, además, del cumplimiento del resto de la pena en función del resultado de la ejecución de la medida ⁽³⁾.

A la luz de esta evolución, que tanto ha aproximado a la pena y a la medida de seguridad, siendo incluso posible la sustitución de una por otra en la fase de ejecución, no es de extrañar que aumenten las dudas en torno al futuro de este modelo de “doble vía” en la reacción frente al delito. Sin que podamos ahora abordar este debate, de innegable interés político criminal, lo cierto es que, en el estado actual de la discusión, las medidas de seguridad y corrección parecen irrenunciables, al menos en lo que se refiere a los hechos delictivos realizados por sujetos inimputables o con imputabilidad disminuida.

II. HISTORIA LEGISLATIVA ESPAÑOLA

Pasemos ahora a recordar, también muy rápidamente, el curso de la evolución de nuestro derecho positivo en relación a las medidas de seguridad y corrección ⁽⁴⁾. Como es bien sabido, éstas se incorporan por primera vez a nuestro sistema penal en el *Código de 1928*, muy influido en la regulación de esta mate-

(2) La expresión *Etikettenschwindel* aparece en KOHLRAUSCH, E., “Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand”, en *ZStW* 44 (1924), pp. 21-34 (p. 33).

(3) Véase, monográficamente, MARQUARDT, H., *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariirens von Strafe und Massregel*, Berlín, 1972 y, en la más reciente literatura penal española, SIERRA LÓPEZ, M. V., *Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, Valencia, 1997.

(4) Cfr. la clara síntesis que ofrece JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español”, en *Jueces para la democracia* núm. 25 (marzo/1996), pp. 46-52 (pp. 46-47).

ria por el “Proyecto Ferri”, de 1921. Con el posterior orden legal republicano, las medidas saldrán del Código penal para ser reguladas por una ley especial, criterio que se ha mantenido hasta el Código penal de 1995. Se suceden así, primero la *Ley de vagos y maleantes*, de 1933, inspirada por JIMÉNEZ DE ASUA, quien ya en su importante monografía, de 1922, sobre el estado peligroso, se había adherido en alta medida a las ideas defensistas de la Escuela positiva italiana⁽⁵⁾. Aquel texto legal será sustituido por la *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, de 4 de agosto de 1970, formalmente vigente hasta la entrada en vigor del nuevo Código penal [cfr. su **Disposición Derogatoria única, punto 1, letra c)**]. Son bien conocidos los defectos fundamentales de la Ley de Peligrosidad, no corregidos en las sucesivas reformas parciales que ha experimentado: el presupuesto para la imposición de la medida lo constituía una vaga “peligrosidad social”; cabía además imponer medidas “predelictuales”, esto es, no vinculadas a la previa comisión de un delito; finalmente, era posible acumular de forma ilimitada penas y medidas, caso de que vinieran en consideración las dos clases de sanciones (sistema dualista puro).

Entretanto, La Reforma Parcial y Urgente del Código Penal, de 25 de junio de 1983, introdujo el sistema “vicarial” o “sustitutivo” en lo que se refiere a las medidas aplicables a los sujetos semiimputables (art. 9.1 y 9.3), así como para el supuesto del internamiento previsto en el art. 452 bis.c). Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en el marco de la resolución de diversos recursos de amparo (cfr., entre otras, las sentencias 23/1986, de 14 de febrero; 21/1987, de 21 de febrero y 107/1989, de 8 de junio), había rechazado la viabilidad de las medidas predelictuales, llegando incluso a negar (con una argumentación muy discutible y justamente criticada) la posibilidad de imponer conjuntamente penas y medidas de seguridad con base en unos mismos hechos. Estábamos, pues, ante una situación legislativa insostenible: la Ley de Peligrosidad de 1970, formalmente vigente, no era, sin embargo, objeto de aplicación, limitándose, de hecho, la vía de las medidas a aquellas previstas en el propio Código penal.

III. EL CÓDIGO PENAL DE 1995

A) Introducción

En esta situación, el nuevo Código opta por incorporar a su articulado —como ya lo hiciera el de 1928, y como es práctica común en el derecho com-

(5) JIMÉNEZ DE ASUA, L., *El estado peligroso. Nueva forma para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, 1922. Sobre el proceso de elaboración de la Ley de vagos y maleantes cfr., del mismo autor, “Ein Gesetzesentwurf gegen Gemeingefährlichkeit ohne begangenes Verbrechen”, en *MschKrim.* 25 (1934), pp. 86-105.

parado— la regulación de esta “segunda vía” de respuesta al delito, derogando expresamente la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social “con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias” (Disposición Derogatoria única, anteriormente citada). En el Título Preliminar del nuevo texto legal se contemplan ya algunas referencias inequívocas al sistema de medidas de seguridad, pero es en el *Título IV del Libro I* donde, bajo el epígrafe “De las medidas de seguridad”, encontramos la regulación básica de esta materia ⁽⁶⁾. Antes de entrar en el análisis de los correspondientes preceptos, debemos todavía efectuar alguna precisión de carácter más general.

Cabría adscribir al Código a un “*dualismo mitigado*”, pues reconoce una doble forma de reacción frente al delito: la pena y las medidas de seguridad y corrección; pero no acumula las dos clases de sanciones, sino que, en caso de venir ambas en consideración, su ejecución se articula por medio del sistema vicarial o sustitutivo ⁽⁷⁾. El punto de partida del modelo acogido por el legislador se encuentra en el contraste entre *culpabilidad* y *peligrosidad*, expresa-

(6) La literatura en torno al Código penal de 1995 va cobrando ya una dimensión considerable. En lo concerniente a las medidas de seguridad y corrección, véase sólo los comentarios a los preceptos correspondientes (arts. 6 y 95 a 108), en las siguientes obras colectivas: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1997; QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 1996; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.)/JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997; SERRANO BUTRAGUENO, I. (Coord.), *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998 y VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996.

De la bibliografía específicamente referida a las consecuencias jurídicas del delito previstas en el nuevo Código, destacamos sólo: GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal de 1995*, Pamplona, 1997; GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia, 1996; LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.ª ed., Madrid, 1996 y MAPELLI/TERRADILLOS, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Madrid, 1996. Cfr. también, editados por la Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, *Estudios sobre el Código penal de 1995 (parte general)*, Madrid, 1996 (las contribuciones de JIMÉNEZ VILLAREJO, MAZA MARTÍN, GARCÍA ARÁN y MAPELLI CAFFARENA) y *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, Madrid, 1996 (la ponencia de MUÑOZ CONDE).

Por fin, entre las contribuciones específicamente referidas a las medidas de seguridad en el nuevo Código penal, mencionemos solamente —además de los trabajos, ya citados, de A. JORGE BARREIRO (nota 4) y M.V. SIERRA LÓPEZ (nota 3)— a SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La regulación de las medidas de seguridad”, en su libro: *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 15-49.

(7) De “dualismo flexible” habla JORGE BARREIRO. Así, últimamente, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.)/JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios...*, cit. (nota 6), pp. 311-312.

mente evocado en los **artículos 5 y 6** del nuevo Código penal, en cuanto fundamentos respectivos de la pena y de las medidas: “no hay pena sin dolo o imprudencia”, señala el primero de ellos, evitando, por razones bien conocidas y en las que no podemos detenernos, vincular expresamente la pena a la culpabilidad; las medidas de seguridad, por su parte, “se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan”, según lo expresa el art. 6 del Código.

Ahora bien, esta diferente fundamentación de la pena y de la medida de seguridad, expresamente evocada por el legislador —en términos no exentos del “didactismo” que impregna todo el nuevo texto—, quiebra después con demasiada frecuencia y sin explicación razonable. Mencionemos sólo algunos ejemplos. La peligrosidad, fundamento de las medidas, es traída a colación también en cuanto criterio decisivo para la suspensión de la ejecución de la pena (art. 80) o, en un caso muy particular, en orden al cómputo de plazos para la libertad condicional (art. 78). Incluso un dato tan característico del positivismo criminológico que está en el origen de las medidas, como es la “habitualidad” —definida, por cierto, con criterio poco comprensible por el art. 94 del nuevo C.P.— es tomado en consideración a los efectos de decidir la suspensión de la ejecución de la pena (art. 87) o su sustitución por otra (art. 88). Por otra parte, el distinto fundamento de penas y medidas debería traducirse en respuestas sancionatorias dotadas de un contenido diverso. Pero lo cierto es que si comparamos los respectivos catálogos, encontramos asombrosas coincidencias; especialmente, entre las penas privativas de derechos del art. 39 y las medidas no privativas de libertad de los arts. 96 y 105, todos ellos del nuevo Código penal⁽⁸⁾. Incluso existe algún supuesto sancionatorio, como la criticable regla concursal del art. 78, en el que cabe legítimamente dudar si bajo la apariencia de una “regla especial para la aplicación de la pena” no se encubre una verdadera medida de seguridad.

En este orden de consideraciones generales no podemos dejar de reseñar la existencia, junto a los relativos a las penas y a las medidas, de un Título especial (el Título VI del Libro I) donde, bajo el epígrafe “De las consecuencias accesorias”, van a parar técnicas (de naturaleza civil o administrativa, según los casos) de respuesta a los hechos delictivos realizados en el marco de la actividad de las personas jurídicas, así como el comiso, que antes figuraba en el catálogo de las penas. Excede, sin embargo, a nuestro propósito el análisis del contenido de este Título.

(8) Crítico también con esta duplicidad de medidas y penas JORGE BARREIRO, A. en loc. ult. cit., pp. 307-308.

B) Principios generales en la imposición de las medidas

A lo largo del Título Preliminar del nuevo Código penal encontramos una serie de referencias —algunas de las cuales se desarrollan después, en el Título IV del Libro I— a los principios básicos que rigen el derecho de medidas. Algunos de ellos suponen la extensión a este ámbito del conjunto de garantías, características del Estado de Derecho, presentes en la imposición de la pena (en particular, las derivadas del principio de legalidad); otros, por el contrario, son propios del derecho de medidas y se desprenden de su fundamento y límites. Veamos más detenidamente este conjunto de principios.

1. Derivados del principio de legalidad

El Título Preliminar del Código penal de 1995 comienza recogiendo las cuatro tradicionales *garantías* (*criminal, penal, jurisdiccional y ejecutiva*) en que se concreta el principio de legalidad. Pues bien, estas garantías aparecen ahora referidas también, de manera expresa, al ámbito de las medidas de seguridad y corrección. Así, el **art. 1, núm. 2** establece que “las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley”; y el **art. 3** se refiere conjuntamente a la garantía jurisdiccional (**núm. 1**) y a la legalidad (**núm. 2**) de penas y medidas. La exigencia de que las medidas se impongan “en virtud de sentencia firme” (art. 3.1 del nuevo C.P.) parece excluir definitivamente —zanjando así un viejo debate— la posibilidad de aplicar medidas de seguridad o corrección por medio del simple auto de sobreseimiento; pero sólo con ello no se resuelven los numerosos problemas procesales en los que la doctrina viene insistiendo, derivados básicamente de la inexistencia —en absoluto colmada ahora— de adecuados cauces legales ⁽⁹⁾. Y algo semejante cabe decir en lo que se refiere a la garantía ejecutiva. Expresamente señala el nuevo Código que no podrán ejecutarse las medidas de seguridad “en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto” y, en cualquier caso, “bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes” (art. 3.2). Son, sin embargo, absolutamente insuficientes las incidentales menciones que de la ejecución de medidas de seguridad encontramos en la Ley Orgánica General Penitenciaria, así como la regulación contenida en los artículos 182 a 191 del nuevo Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que dista de configurar un verdadero “dere-

(9) Para una caracterización general de estos problemas, en relación al Código penal derogado, cfr. GÓMEZ COLOMER, en la obra colectiva CARBONELL/GÓMEZ COLOMER/MENGUAL LLULL, *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, Madrid, 1987, pp. 73-165.

cho de ejecución de medidas”, como el que encontramos en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Baste mencionar el dato de la incorporación de un solo precepto (el art. 182 del nuevo Reglamento Penitenciario) como toda base legislativa para la ejecución de una medida de tanta trascendencia práctica como la de internamiento en un centro de deshabitación.

Estrechamente vinculada con el principio de legalidad —y derivada de él—, la *irretroactividad* de las normas penales y su excepción, la aplicación retroactiva de las disposiciones posteriores más favorables para el reo, han encontrado acogida en el **art. 2** del nuevo Código penal. En su aplicación a las medidas, el texto del precepto indica que carecerán “de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad”, formulándose en términos comunes a penas y a medidas (se habla de “leyes penales”) la retroactividad de la ley más beneficiosa. De este modo, nuestro Código penal aplica los mismos criterios a penas y medidas en orden a determinar los efectos de la sucesión temporal de las leyes, apartándose del criterio del StGB alemán que opta por aplicar, cuando se trata de medidas de seguridad, la ley vigente en el momento de la resolución judicial (parágrafo 2, núm. 6), entendiéndose que al tratarse aquí de una técnica fundamentalmente terapéutica o pedagógica, desprovista de carácter aflictivo, la medida más reciente será también la más adecuada al fin rehabilitador. Lo cierto es que este criterio, que cuenta también con defensores en nuestra doctrina, es objeto de contestación creciente entre los autores alemanes ⁽¹⁰⁾.

2. Propios del derecho de medidas

Si las reglas expuestas en el epígrafe anterior aparecen estrechamente vinculadas al principio de legalidad, vamos a ocuparnos ahora con una serie de criterios que tienen que ver exclusivamente con el fundamento, presupuestos de aplicación y límites de las medidas. *Presupuesto* ineludible para la imposición de una medida de seguridad es la *previa comisión de un delito*. En tal sentido, reclama el nuevo Código penal, en su **art. 6**, que la peligrosidad del sujeto, fundamento de las medidas, se exteriorice “en la comisión de un hecho previsto como delito” y esta misma exigencia aparece reproducida en el **art. 95** al determinar las condiciones para la imposición de aquellas. Se cierra así la vía a las medidas predelictuales, características de nuestra tradición legislativa, pero unánimemente rechazadas —también, como veíamos más arriba, por el Tribu-

⁽¹⁰⁾ Más detalles en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, parte general I*. “Introducción”, 5.^a ed., Madrid, 1996, pp. 180-181 y GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Las consecuencias jurídicas...*, cit. (nota 6), pp. 373-374. Para el debate en Alemania cfr., por todos, JUNG, H., “Rückwirkungsverbot und Massregel”, en *Festschrift für R. Wassermann*, Neuwiied, 1985, pp. 875-887.

nal Constitucional— en cuanto incompatibles con las exigencias del Estado de Derecho.

El **art. 6** del nuevo Código penal *fundamenta* las medidas de seguridad “en la *peligrosidad criminal* del sujeto al que se impongan”. No bastará, en lo sucesivo, con constatar que el sujeto es, por ejemplo, inimputable para que automáticamente entre en juego el mecanismo de las medidas, sino que se requiere, además, verificar su peligrosidad. Habla, por otra parte, el nuevo texto de “*peligrosidad criminal*”, frente a la vaga alusión a la “*peligrosidad social*” que contenía la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. El problema reside, entonces, en la determinación de aquel concepto, sobre el que va a girar todo el derecho de medidas. El nuevo Código penal reclama, en su **art. 95**, “que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”. Ahora bien, son conocidas las dificultades inherentes a un pronóstico de esta índole. Los métodos clínicos se centran sobre todo en el diagnóstico del correspondiente proceso morboso, pero tienen menor aplicación, salvo en unos pocos casos, en orden al pronóstico de comportamiento futuro. Los procedimientos estadísticos chocan con la evidencia de que la conducta humana singular no es reductible a una simple combinación de factores que la determinen de manera absoluta. De este modo, el juzgador termina recurriendo, en la mayor parte de los casos, a un pronóstico “intuitivo”, en cuyas carencias es ocioso insistir. Es sintomática la enorme atención prestada, en estos últimos años, por la criminología alemana al problema del pronóstico criminal, piedra angular sobre la que gira no sólo el derecho de medidas, sino todas las instituciones “probatorias” ⁽¹¹⁾. La escasa tradición criminológica de nuestro país no hará sino incrementar las ya de por sí grandes dificultades de articulación de un verdadero derecho de medidas, por más que el legislador pretenda rodearlo de “cientificidad” a través de la exigencia de “informes técnicos” o de la atribución de facultades a “equipos de asistencia social” (cfr., por ejemplo, los arts. 95, 98 y 106 del nuevo C.P.).

Si las medidas encuentran su fundamento en la peligrosidad del sujeto, el *límite* a las necesidades preventivas viene dado por la idea de *proporcionalidad*. Este principio encuentra, en el ámbito de la regulación de las medidas, diversas manifestaciones. En primer lugar, se concreta en la necesidad misma de la medida en cuestión. Desde esta perspectiva, el nuevo Código penal concibe a las medidas privativas de libertad como “ultima ratio”: sólo vienen en considera-

(11) Véase sólo DÖLLING, D. (Hrsg.), *Die Täter-Individualprognose. Beiträge zu Stand, Probleme und Perspektiven der kriminologischen Prognoseforschung*, Heidelberg, 1995; FRISCH/VOGT (Hrsg.), *Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis*, Baden Baden, 1994 y SCHNEIDER, H., *Grundlagen der Kriminalprognose*, Berlín, 1996.

ción si la pena prevista para el hecho delictivo que origina su imposición es también privativa de libertad (**art. 95.2**) y, en cualquier caso, siempre que no sea suficiente con el recurso a medidas no privativas de libertad. De ahí que las tres reglas básicas relativas a la aplicación de medidas privativas de libertad contienen la expresa indicación de que serán aplicadas sólo “si fueren necesarias” (**arts. 101, 102 y 103** del C.P. de 1995).

Una segunda manifestación del principio de proporcionalidad atiende a la relación entre las medidas y la peligrosidad que las fundamenta. En este sentido, el **art. 6.2** del nuevo Código penal señala que las medidas de seguridad no podrán “exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”, por más que resulte difícil determinar en la práctica cómo se comparan estas dos magnitudes.

Por fin —y aquí se encuentra el rasgo más significativo y novedoso del nuevo Código en relación a esta materia—, la medida “no puede resultar más gravosa ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al delito cometido” (**art. 6.2**, en conexión con los **arts. 101, 102 y 103**, todos ellos del nuevo C.P.). Dejemos de lado las dificultades que plantea la desafortunada redacción de la regla, para centrarnos sólo en su sentido último: limitar la aplicabilidad de las medidas en función de la índole y duración de la pena conminada por la ley para el hecho delictivo que origina la imposición de aquellas. En el derecho comparado no encontramos una regla paralela a la que estamos comentando. Se fijan, desde luego, límites máximos a cada medida, abandonándose el criterio de su duración indefinida; pero tales limitaciones vienen establecidas con base solamente en la naturaleza de la medida en cuestión. Sólo el reciente Código penal portugués de 1995 consigna un límite como el que aquí nos ocupa (“el internamiento no podrá exceder el límite máximo de la pena correspondiente al tipo de delito cometido por el sujeto inimputable”), pero permite “prorrogarlo por periodos sucesivos de dos años” hasta “verificar que cesó el estado de peligrosidad criminal que le dio origen” (art. 92 del C.P. portugués). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en jurisprudencia constante, se limita a exigir en estos casos: inimputabilidad probada, persistencia de la misma y limitación de la medida por la inimputabilidad y su persistencia, sin referencia alguna al límite que representa la duración de la pena correspondiente al hecho delictivo que origina la aplicación de la medida ⁽¹²⁾. Finalmente, tampoco el Tribunal Constitucional español (cfr. las sentencias 112/1988, de 8 de junio y 24/1993, de 21 de enero) se refiere a un máximo de esta naturaleza. Pese a todos estos datos, lo cierto es que no sólo un amplio sector de la doctrina

(12) Véase, por todos, ROMEO CASABONA, C., “El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el derecho español”, en *Actualidad Penal*, 1991, pp. 329-366 (especialmente, pp. 336 y ss.).

española, sino también un número creciente de autores de otros países han venido exigiendo esta vinculación de la duración máxima de la medida a la de la pena señalada por la ley para el delito en cuestión ⁽¹³⁾.

¿Qué sucederá entonces si, cumplido este máximo, el sujeto sigue siendo “peligroso”? Para estos supuestos, que se presentarán con alguna frecuencia, entiende un sector doctrinal —y también la Fiscalía General del Estado en su Circular núm. 1/1996, relativa al régimen transitorio del nuevo Código penal— que lo indicado es acudir al internamiento del incapaz, regulado en el art. 211 del Código Civil. Veremos la operatividad real de esta técnica, pero no dejan de suscitarse, de entrada, algunas dudas: en el internamiento civil, el juez se limita a ratificar los criterios médicos, sin llevar a cabo un efectivo control; se trata de un internamiento indefinido temporalmente, lo que obliga a plantearse en qué medida no caemos en otro “fraude de etiquetas” (internamiento civil frente al penal) como el denunciado en relación a penas y medidas ⁽¹⁴⁾; es el civil, en fin, un internamiento para cuya imposición no juega en absoluto el dato de la peligrosidad del sujeto (que, sin embargo, subyace a la idea de acudir a él una vez cumplidos los límites máximos de duración de la medida penal). El tiempo dirá si estas reservas —entre otras que cabría formular— son infundadas.

C) Clases de medidas

Una vez expuestos, con algún detenimiento, los principios generales que rigen el derecho de medidas y su concreción en el Código penal español de 1995, veremos a continuación, de manera mucho más rápida, la clasificación de las medidas ofrecida por el mencionado texto legal y su régimen general de aplicación.

El art. 96 del nuevo Código divide las medidas de seguridad en *privativas* y *no privativas de libertad*. Las privativas de libertad consisten en el internamiento en centros psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial. En

⁽¹³⁾ En España puede considerarse incluso doctrina dominante. Cfr., por todos, GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación...*, cit. (nota 6), pp. 132-133. Muy críticos —y, a nuestro juicio, fundadamente— con esta vinculación de la duración máxima de la medida a la de la pena se manifiestan, entre otros autores, CEREZO MIR, J., “Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código penal de 1995 (I)”, en *La Ley*, 21 de junio de 1996, pp. 4-5; GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Las consecuencias jurídicas...*, cit. (nota 6), pp. 386 y ss.; JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones...”, cit. (nota 4), pp. 48-49 y SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La regulación...”, cit. (nota 6), pp. 35 y ss.

⁽¹⁴⁾ De este posible “fraude de etiquetas” se hace eco también SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La regulación...”, cit. (nota 6), p. 40. Para el internamiento de enfermos mentales cfr., por todos, COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, Oñati, 1988, pp. 369 y ss.

cuanto a las no privativas de libertad, el art. 96 menciona la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares, la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, la privación de la licencia o del permiso de armas, la inhabilitación profesional y la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. Se trata de un elenco de medidas que, como destacábamos más arriba, coincide parcialmente con el catálogo de las penas privativas de derechos del art. 39 del mismo Código, lo que no deja de ser llamativo. Además, el art. 96.2, en su núm. 6, considera también como medidas no privativas de libertad a “las demás previstas en el artículo 105 de este Código”. Esta remisión hace pensar que las medidas recogidas en este último precepto son efectivamente distintas de las ya incorporadas al art. 96. Pues bien, no sucede tal, sino que el art. 105 vuelve a incluir, en la enumeración que allí se contiene, las obligaciones o prohibiciones de residencia o de acudir a determinados lugares y las privaciones del derecho a la conducción o del permiso de armas, si bien añade a ellas la “sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario”, la custodia familiar, el sometimiento a programas de tipo formativo y la prohibición de aproximación a la víctima, familiares o personas que el juez designe o de comunicarse con ellos ⁽¹⁵⁾. Sobre lo desafortunado de esta técnica legislativa reina unanimidad en la doctrina ⁽¹⁶⁾.

D) Supuestos y régimen de aplicación ⁽¹⁷⁾

1. Introducción

El Código penal español de 1995 prevé medidas de seguridad y corrección sólo para sujetos inimputables o aquellos en quienes se aprecia una imputabilidad disminuida, en los términos que vamos a resumir a continuación. Se opta así por una concepción que reduce al mínimo posible el espacio asignado a las medidas de seguridad en el sistema penal y que, en la situación de crisis que vive esta institución, es el criterio por el que se va inclinando un amplio sector

⁽¹⁵⁾ Esta última [art. 105, núm.1, letra g) C.P.] introducida por la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁽¹⁶⁾ En palabras de MAPELLI/TERRADILLOS, *Las consecuencias jurídicas...*, cit. (nota 6), p. 207: “todo esfuerzo racionalizador del intérprete queda gravemente lastrado”.

⁽¹⁷⁾ Dada la índole de esta contribución, nos limitamos aquí a una caracterización muy somera del régimen de aplicación de las medidas de seguridad trazado por el Código penal de 1995. Más detalles en las obras generales y contribuciones monográficas recogidas en la nota 6.

de la doctrina europea ⁽¹⁸⁾. Pero de esta forma, el nuevo Código penal prescinde de las medidas en relación a un campo característico, en la historia y en el derecho penal comparado, de recurso a esta forma de reacción penal: el de la delincuencia habitual. Ciertamente, las respuestas que se asignan a estas hipótesis en otros ordenamientos jurídicos no dejan de suscitar serias dificultades y están actualmente en el punto de mira de la crítica doctrinal. Piénsese sólo en la “custodia de seguridad” del StGB alemán (parágrafo 66), hoy en crisis profunda, o el original recurso a una “pena relativamente indeterminada” del C.P. portugués (arts. 83 y ss.). Ahora bien, ello sólo significa que habrá de hacerse un mayor esfuerzo en la búsqueda de soluciones que, siendo político-criminalmente indicadas, no susciten dudas desde la perspectiva de las exigencias del Estado de Derecho. A este respecto, el criterio del nuevo Código penal, al ofrecer como única respuesta al tratamiento de este importante sector de la criminalidad, la posible apreciación de la (por lo demás, tampoco exenta de críticas) circunstancia agravante de reincidencia, resulta claramente insuficiente ⁽¹⁹⁾.

2. Supuestos básicos

a) Casos de inimputabilidad

Si dejamos a un lado el problema de la minoría de edad penal, el nuevo Código acoge, en su artículo 20, tres causas de inimputabilidad, a cada una de las cuales se refieren los arts. 101, 102 y 103, que regulan el régimen de aplicación de las tres clases de medidas privativas de libertad.

El **núm. 1 del art. 20** declara exento de responsabilidad penal a quien “al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de *cualquier anomalía o alteración psíquica*, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. El párrafo segundo del mismo número se refiere al *trastorno mental transitorio*. En los dos casos viene en consideración, “si fuere necesaria” —y, como veíamos, previa constatación de la peligrosidad criminal del autor de la conducta ilícita—, “la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previs-

(18) Cfr., por ejemplo, BÖLLINGER, L. en NEUMANN/JUNG (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden Baden, 1995, núm. marg. 37 y ss. al párrafo 61, o MUSCO, E., “Massregel der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens”, en *ZStW* 102 (1990), pp. 415-434 (especialmente, pp. 432 y ss.).

(19) Críticos, desde esta perspectiva, con el criterio del Código, CEREZO MIR, J., “Consideraciones político-criminales...”, cit. (nota 13), p. 5 y JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones...”, cit. (nota 4), p. 49, entre otros autores.

tas en el apartado 3 del artículo 96” (es decir, las medidas no privativas de libertad, incluidas —en virtud de la remisión expresa que antes comentábamos— las recogidas en el art. 105 del nuevo C.P.) (**art. 101**; cfr. también los arts. 183 a 191 del nuevo Reglamento Penitenciario). Destaca el abandono del viejo término de “enajenado” para caracterizar este supuesto de inimputabilidad. En cualquier caso, por más que se haya optado por una fórmula biológico-normativa, el presupuesto biológico está expresado en términos tan genéricos —“cualquier anomalía o alteración psíquica”— que hace infructífera la nueva fórmula para ese necesario diálogo constructivo entre psiquiatría y derecho penal en el que viene insistiendo la doctrina ⁽²⁰⁾. En cuanto al “trastorno mental transitorio”, su naturaleza puramente normativa (o psicológica) hace que resulte cuestionable la previsión de medida alguna para tales hipótesis.

El **núm. 2 del art. 20** contiene una significativa novedad, al incorporar al catálogo de sujetos inimputables a quien “al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de *intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas* u otras que produzcan efectos análogos (...) o se halle bajo la influencia de un *síndrome de abstinencia*, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. En tales supuestos, se aplicará, “si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96” (**art. 102**). Pese a que se trata, indudablemente, de una medida (la de internamiento) que gozará de enorme trascendencia práctica, ya hemos señalado la casi absoluta inexistencia de marco legal para su ejecución (cfr. sólo el art. 182 del nuevo Reglamento Penitenciario). Se hace singularmente necesario concretar el modo de relación entre las autoridades judiciales encargadas del control de la ejecución de la medida y los centros privados habilitados para su cumplimiento.

Por fin, el **núm. 3 del art. 20** del nuevo Código reproduce la fórmula del art. 8.3 del texto derogado, eximiendo de responsabilidad penal al que “por sufrir *alteraciones en la percepción* desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”. Vendrá en aplicación, en estos supuestos —y siempre que “fuere necesaria”—, la medida de “internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado tercero del artículo 96” (**art. 103**).

⁽²⁰⁾ Cfr., por todos, TORÍO LÓPEZ, Á., “Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión sobre el concepto de ‘enajenación’”, en *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, t. II, Barcelona, 1983, pp. 967-980.

b) *Reglas comunes a los supuestos anteriores*

Debemos recordar que, según establece el **art. 95.2**, las medidas de internamiento sólo vendrán en consideración cuando la pena prevista para el hecho delictivo fuera privativa de libertad —aunque quizá no fuera consciente el legislador, al formular esta regla, de que previamente ha calificado de penas privativas de libertad al arresto de fin de semana y a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35). También nos hemos referido ya a la limitación, en el nuevo Código, de la duración de las medidas por la de la pena conminada en la ley para el delito en cuestión. En este sentido, los tres artículos relativos a medidas privativas de libertad (**arts. 101, 102 y 103**) reproducen, con formulación idéntica, esta regla: “*El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia*”.

Común también a los tres internamientos mencionados es la reproducción de una regla (cfr. **arts. 101, 102 y 103**) de este tenor: “El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el art. 97 de este Código”. Este precepto, en conexión con el siguiente, se refiere al cese de las medidas, su *sustitución* por otras y la *suspensión* de la ejecución del resto de la medida. El contenido de estos preceptos es, resumidamente, el que sigue: el Juez de Vigilancia, tras “valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad”, y el resultado de las demás actuaciones que le parezcan oportunas (**art. 98**), elevará, “al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta”. En cualquier caso, el órgano competente, previo procedimiento contradictorio, para resolver dicho cese, sustitución o suspensión es el Juez o Tribunal sentenciador. De estas resoluciones alternativas, la de cese se adoptará “en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto”, de acuerdo con el fundamento mismo de las medidas de seguridad. En cuanto a la suspensión de la ejecución de la medida, se fija “un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso”, bajo condición de “que el sujeto no delinca durante el plazo fijado” (**art. 97**).

c) *Imputabilidad disminuida*

En los supuestos de eximente incompleta, del **art. 21.1**, en conexión con los tres primeros números del art. 20, “el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103”. Al igual que sucedía con el art. 9.1 del Código derogado, sólo cabrá imponer una medida de internamiento cuando la pena impuesta sea privativa de

libertad y su duración no podrá exceder “de la pena prevista en el Código para el delito” (**art. 104**). En cuanto al régimen de aplicación, se sigue el denominado *sistema vicarial*, regulado en el **art. 99** del nuevo texto legal. La novedad más significativa frente a la regulación precedente reside en que, una vez cumplida la medida, en lugar de facultar al Juez o Tribunal para “dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento” (art. 9.1 del C.P. derogado), se establece ahora que “el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquella (se refiere a la medida), suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 105”. Se ha hecho eco, pues, el legislador de las críticas que suscitaba la solución precedente (que equivalía a una especie de “perdón judicial”), optando ahora por la técnica, más satisfactoria, de la suspensión de la ejecución del resto de la pena.

En cualquier caso, la respuesta legislativa al problema de la concurrencia de penas y medidas (supuestos de semiimputabilidad) sigue siendo insuficiente, pues no se resuelve el modo de articulación entre las dos clases de sanciones cuando la medida no sea privativa de libertad. Por ejemplo, semiimputable condenado a prisión y a someterse a un tratamiento ambulatorio. Por otra parte, cuando ni la pena, ni la medida comportan privación de libertad, parece que reaparecerá la acumulación propia del sistema dualista puro. El elenco de supuestos que cabe tomar en consideración es, en definitiva, más amplio y complejo que la limitada previsión legislativa.

3. Reglas complementarias

No vamos a detenernos en el sentido y alcance del **art. 105** del nuevo Código penal, de cuyas dificultades de articulación con los artículos precedentes ya nos hemos hecho eco. Según su tenor, las medidas que allí se enumeran pueden imponerse, “desde un principio o durante la ejecución de la sentencia”, a “los casos previstos en los artículos 101 a 104”. Estamos ante una indicación completamente superflua, pues estos preceptos permiten imponer, como alternativas al internamiento, cualquiera de las medidas del art. 96.3, cuyo núm. 6 se refiere, precisamente, a “las demás previstas en el artículo 105 de este Código”.

El **art. 107** se refiere a la medida de “*inhabilitación* para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo”, para aquellos supuestos en los que el sujeto cometa “con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él” un delito y pueda pronosticarse “el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes”, siempre que, por haber sido declarado inimputable, no pueda imponerse la pena correspondiente. Se trata de una regla de oscura interpretación: su contenido se confunde con el de las penas de inhabilitación, poniendo de manifiesto lo “peculiar” que resulta el

dualismo pena/medida —con sus respectivos fundamentos en la culpabilidad y la peligrosidad (arts. 5 y 6)— en el nuevo Código penal; contiene una expresa referencia a la peligrosidad, superflua por ser ésta la condición básica para la imposición de cualquier medida (arts. 6 y 95); y muestra, en fin, la curiosa paradoja de exigir “abuso de ejercicio” (de un derecho, oficio, profesión, etc.) por parte de un sujeto inimputable.

La medida de *expulsión de extranjeros* del **art. 108** —al igual que sucede con la correlativa “pena” (no mencionada, sin embargo, en el catálogo general del art. 33) de expulsión, prevista en el art. 89 como sustitutiva de la privación de libertad— es una buena muestra de la primacía, en demasiadas ocasiones, de los criterios de orden público sobre las exigencias de prevención general y especial. Baste señalar que esta medida de “expulsión del territorio nacional”, cuando el sujeto sea “extranjero no residente legalmente en España”, sustituye a cualquiera “de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables”.

Debemos mencionar, finalmente, la existencia de reglas particulares sobre la *prescripción* (**art. 135**, ubicado entre las reglas relativas a la extinción de la responsabilidad criminal) y el *quebrantamiento* de las medidas (**art. 100**). Este último precepto establece un diverso tratamiento en función de que la medida quebrantada sea privativa de libertad o no lo sea. En este último caso, se podrá sustituir aquella “por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad”. En el primer caso, el sujeto reingresará “en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado, sin perjuicio de deducir testimonio por el quebrantamiento de la medida en los casos de los sometidos a ella en virtud del art. 104 de este Código”. La actuación a que se refiere este último inciso es ciertamente singular. Pensar que el semiimputable que quebranta la medida (toxicodependiente que abandona el tratamiento deshabitador) puede incurrir en el delito de quebrantamiento de condena —en el que volvería a plantearse, con posibilidad de éxito, su eventual inimputabilidad— parece alejado de cualquier consideración realista del problema político criminal que presentan estas hipótesis.

E) Consideraciones finales

A lo largo de esta contribución, y pese a su naturaleza meramente introductoria, hemos tenido ocasión de destacar algunas de las más significativas carencias del nuevo derecho de medidas, así como de los principales problemas interpretativos que suscita su aplicación. Incluso dando por buena la decisión de limitar el recurso a esta sanción a los casos de inimputabilidad y de imputabilidad disminuida —con todo lo problemático que resulta el dejar sin respuesta adecuada al fenómeno de la delincuencia contumaz—, lo cierto es que la articu-

lación técnico-legislativa de las nuevas disposiciones dista de ser satisfactoria. Nos encontramos aquí —al igual que sucede al abordar otras muchas zonas del nuevo Código— con la amarga sensación de que se ha perdido la posibilidad de hacer una obra legislativa con valor de auténtico referente histórico-cultural, como debe ser un Código penal.

Pese a la ya reseñada flexibilidad que ofrece el art. 97 del C.P. de 1995 a la hora de decidir el mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la ejecución del resto de la medida, no se ha dado el paso hacia la incorporación de otras técnicas individualizadoras que conoce el derecho comparado: por ejemplo, la suspensión condicional de la ejecución de la medida de internamiento, con sometimiento a tareas o cargas, o la libertad vigilada en la fase final de las medidas de internamiento ⁽²¹⁾. Es muy significativa también la inexistencia de un marco legal adecuado para el tratamiento de los psicópatas: no se prevé la creación de centros de terapia social, ni siquiera en la línea de la denominada “solución ejecutiva” prevista en la *Strafvollzugsgesetz* alemana; ahora bien, en el caso del psicópata, el internamiento en establecimiento psiquiátrico es ineficaz, e incluso contraproducente, pero la eventual aplicación de una medida no privativa de libertad resulta, a su vez, insuficiente. El nuevo Código reconoce formalmente la garantía de legalidad en la imposición judicial y ejecución de las medidas, pero falta en buena medida el desarrollo legislativo de estas previsiones, que se quedan así en simples declaraciones programáticas. No se ha reformado la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pese a los numerosos problemas procesales que, como ha destacado la doctrina, obstaculizan la correcta aplicación del derecho de medidas. Tampoco se explica —la Exposición de Motivos del nuevo Código penal omite toda referencia a las medidas de seguridad— por qué, frente a lo que sucedía en alguno de los Proyectos, se prescinde de la posibilidad de adoptar alguna de las medidas de seguridad o corrección en cuanto medidas cautelares durante la tramitación del proceso. Ya hemos insistido, por otra parte, en la inexistencia de un verdadero “derecho de ejecución de medidas”: las previsiones que al respecto contiene el nuevo Reglamento Penitenciario son absolutamente insuficientes. Se ha perdido, además, la ocasión de fijar un modelo coherente de Juez de Vigilancia Penitenciaria, fijando con claridad sus competencias y sus formas de relación con los Jueces o Tribunales sentenciadores; a lo largo de los Títulos III y IV (penas y medidas, respectivamente)

⁽²¹⁾ Como oportunamente recuerda A. JORGE BARREIRO —en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.)/JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios...*, cit. (nota 6), p. 308—, tanto el Proyecto de Código penal de 1980 (art. 135.14) como la PANCP de 1983 [art. 101.g] recogían, con buen criterio, la medida de “vigilancia de conducta”, es decir, “de asistencia y observación por delegados del Juez de Vigilancia”; medida que, sin embargo, no contempla el nuevo Código penal.

del nuevo Código nos vamos topando con un modo arbitrario de distribución de las correspondientes funciones de estos órganos jurisdiccionales ⁽²²⁾.

Por fin, y aunque se trate de una observación repetida hasta la saciedad, no está de más insistir en que el éxito de un derecho de medidas, más aún, su misma viabilidad, requiere cuantiosos desembolsos en recursos materiales y humanos, estos últimos de alta cualificación técnica en muchos casos. Recuérdese que estamos ante una forma de reacción sancionatoria que sólo tiene sentido ligada a un seguimiento individualizado de cada caso. Lejos de supeditar la entrada en vigor del Código a la previa adecuación de los centros de ejecución de penas y medidas —y basta recordar el periplo legislativo de los establecimientos de terapia social en el derecho alemán—, nuestro nuevo Código penal comenzó su andadura con unos presupuestos prorrogados, es decir, sin que existiera previsión económica alguna para acomodar el sistema penitenciario al nuevo modelo de penas y medidas. Huelga todo comentario.

⁽²²⁾ Cfr. sobre este particular, por todos, SÁNCHEZ YLLERA, I. en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), *Comentarios...*, cit. (nota 6), pp. 565-566.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

¿ES INNECESARIO EL DELITO DE LESIONES AL FETO?

[Comentario a la STS de 22 de enero de 1999]

PASTORA GARCÍA ÁLVAREZ

Universidad Pablo de Olavide

El ya no tan reciente Código penal de 1995 entre sus más plausibles novedades incluyó expresamente, por primera vez en la Codificación penal española, precisamente para cubrir una laguna de punibilidad ya denunciada por la doctrina ⁽¹⁾, el delito de lesiones al feto (arts. 157 y 158) ⁽²⁾. La aparición de este delito parecía que iba a permitir no sólo dar respuesta a esa laguna de

(1) Véanse, entre otros, BARBERO SANTOS, *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Madrid, 1989, p. 315; CUERDA RIEZU, *Límites jurídico-penales a las nuevas técnicas genéticas*, ADPCP 1988, pp. 422 y 426; el mismo, *Otra vez sobre nuevas técnicas genéticas y Derecho penal*, ADPCP 1988, pp. 712-713; HIGUERA GUIMERÁ, *El Derecho penal y la genética*, 1995, p. 202; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 11.ª edic., Valencia, 1996, p. 120; el mismo, *Derecho penal, Parte Especial*, 12.ª edic., Valencia, 1999, p. 135; PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España. Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías*, Madrid, 1995, pp. 160 y 162; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal I, La actividad curativa*, Barcelona, 1981, p. 279; VALLE MUÑIZ/GONZÁLEZ-GONZÁLEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal*, PJ 1992, p. 118 y pp. 142 y ss.

(2) Art. 157: “El que por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicio de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.”

punibilidad que *aparentemente* (?) existía en esta materia hasta ese momento en nuestro Ordenamiento jurídico, sino también evitar el que se forzase el texto de la Ley para incriminar conductas que, aunque desvalorables en sí mismas, debían quedar al margen del Derecho penal por falta de incriminación específica⁽³⁾.

Sin embargo, la sentencia objeto de comentario, a pesar de dictarse tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, vuelve a poner de manifiesto que, en consideración del Tribunal Supremo, ni el delito de lesiones al feto viene a cubrir laguna de punibilidad alguna ni su aparición era en absoluto necesaria; sino que para castigar las lesiones que se causen a la vida en formación son suficientes los delitos de lesiones de los arts. 147 y ss.

Según se recoge en los antecedentes de hecho de esta sentencia, los hechos probados fueron los siguientes: la embarazada en cuestión ingresó en la clínica el día 20 de septiembre de 1994 por sufrir fuertes dolores lumbares. El médico que venía asistiéndola durante todo el embarazo le diagnosticó un cólico nefrítico sin realizarle un examen ginecológico, a pesar de que llevaba ya aproximadamente 38 semanas de gestación, de un embarazo en principio gemelar, y de practicarle una serie de pruebas reveladoras de una serie de síntomas indicativos de la existencia de "trabajo de parto". Al día siguiente, y a instancias de la propia embarazada, una comadrona le practicó un reconocimiento, detectando un avanzado estado de dilatación, remitiéndola a paritorio. En este momento intervino ya el médico, quien asistió el parto, que se desarrolló sin dificultad y en una media hora escasa. El niño nació padeciendo una encefalopatía crónica, con retraso de los patrones de maduración psicomotriz secundaria debido a una hipoxia-isquémica cerebral.

El Tribunal Supremo, casando la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Alicante el 23 de octubre de 1997, condena al médico por delito de lesiones por imprudencia grave, cometido por imprudencia profesional, del art. 152, en relación con el art. 149, ambos del Código penal de 1995, por prever éstos menor pena que la que correspondería al aplicar el Código penal de 1973.

Art. 158: "El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto."

(3) En este sentido pueden consultarse las SSTS de 5 de mayo de 1988 (3484), 1 de abril de 1992 (2853) y 5 de abril de 1995 (2882). Sentencias en las que el Tribunal Supremo sancionó las lesiones fetales originadas por negligencia profesional durante el momento del parto, obviando absolutamente la falta de tipificación penal de tal conducta.

Para fundamentar esta resolución, el Tribunal Supremo reproduce los argumentos empleados con ocasión de un supuesto similar, en la sentencia de 5 de abril de 1995⁽⁴⁾. A tales efectos considera decisiva la siguiente afirmación contenida en esta sentencia (Fundamento Jurídico Primero): “en armonía con los avances científicos, que el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero —conforme a las técnicas más recientes— de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea preterida de la ‘mulieris portio’, es desconocer las realidades indicadas. La regulación penal anunciada, primero en el Proyecto de 1992 y actualmente en el de 1994 en proceso de elaboración legislativa, otorga a estos hechos una tipificación clara y realista que es eco de las razones últimamente expuestas, pero no implica que llene un vacío normativo porque desde la perspectiva actual es posible dotarles de una construcción jurídico-penal, tal como ha venido haciendo implícitamente la jurisprudencia de esta Sala en SS. de 29 de mayo de 1965, 5 de mayo de 1988 y 1 de abril de 1992 referidas a las matronas, y otras a ginecólogos, como las de 29 de marzo de 1988 y 4 de octubre de 1990. En conclusión, afirmado como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, con su sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad”.

El que la vida humana en formación pueda y deba ser protegida de intervenciones dolosas o imprudentes que puedan afectarla negativamente es una afirmación en principio⁽⁵⁾ incuestionable⁽⁶⁾. El problema es que si bien la vida en

(4) En esta ocasión se castigó a una comadrona como autora de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves, por los graves resultados lesivos (parálisis cerebral), originados por su retraso negligente en atender el parto. Cfr. dicha sentencia y nuestro comentario a la misma, GARCÍA ÁLVAREZ, *Lesiones al feto, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995*, CJ 1996, pp. 13 y ss. Críticamente se manifiesta también RÓMEO CASABONA, “Genética y Derecho penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”, *Derecho y Salud*, 1996, p. 162.

(5) Ya que, como sabemos, la protección de la vida en formación puede ceder ante la protección de otros bienes jurídicos que se estimen prevalentes en caso de conflicto. Es lo que ocurre en los supuestos en los que se admite la práctica del aborto (art. 417 bis del anterior Código penal).

(6) Así lo indican CUERDA RIEZU, *Límites jurídicopenales...*, cit., p. 420; PERIS RIERA, ob. cit., p. 162; y VALLE MUÑIZ/GONZÁLEZ-GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 113 y 120.

formación es merecedora de protección, resulta discutible que ésta tenga que ser protegida, estando todavía en el seno materno, igual que la vida humana ya independizada, como mantiene el Tribunal Supremo en esta sentencia, al igual que hizo ya con anterioridad en la sentencia de 5 de abril de 1995, al castigar como lesiones del anterior art. 420, relativo a las lesiones causadas a “otro” —por el que ha de entenderse, según doctrina dominante, persona física, nacida viva e individualmente considerada⁽⁷⁾— las lesiones causadas al feto. Y es que por mucho que el Alto Tribunal sostenga que no es posible “negar al embrión o al feto condición humana independiente”⁽⁸⁾, lo contrario constituye, efectivamente, como vamos a ver a continuación, una infracción del principio de legalidad.

Por una parte, el feto no puede equipararse a la vida humana independiente y esto lo demuestra expresamente la tipificación autónoma de los delitos de aborto y lesiones al feto, con una pena inferior a la prevista para los delitos de homicidio, asesinato y lesiones al “otro”.

Y, por otra, el propio Tribunal Constitucional con ocasión de su pronunciamiento en la polémica sentencia sobre la admisión del sistema de las indicaciones en el delito de aborto (STC 53/1985, 11 de abril), recogió que el feto no es titular de ningún derecho subjetivo, ni ha de dispensársele una protección absoluta, sino que su protección puede ceder ante otros bienes jurídicos⁽⁹⁾.

(7) Cfr., entre otros, CUERDA RIEZU, *Límites jurídicopenales...*, cit., pp. 420-421; ESER, *Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán*, ADPCP 1985, p. 356; FARRÉ TREPAT, *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente*, ADPCP 1990, pp. 348 y 349; GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código penal, Parte Especial I, Títulos I a IV y faltas correspondientes*, Valencia, 1997, pp. 44-45; HIGUERA GUIMERÁ, ob. cit., p. 321; LÓPEZ PEREGRÍN, “Ingeniería genética, reproducción asistida y derecho a la salud, en Juan Antonio Martos Núñez (dir.), *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y el medio ambiente*”, p. 41; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 11.ª edic., cit., p. 121; PERIS RIERA, ob. cit., p. 161. En este mismo sentido señalan que el pronombre demostrativo “otro” empleado en la descripción del tipo objetivo en el art. 420 hace referencia a una persona, no al embrión ni al feto, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal...*, cit., p. 279; el mismo, *Genética y Derecho penal...*, cit., p. 162; VALLE MUÑIZ/GONZÁLEZ-GONZÁLEZ, ob. cit., p. 124. En sentido contrario se manifiesta, sin embargo, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal, Parte Especial, Delitos contra las personas*, Madrid, 1991, p. 25 (quien no ve la necesidad de la incriminación específica, entendiéndolo aplicable el delito de lesiones).

(8) Fundamento Jurídico Primero STS de 5 de abril de 1995, reproducido en la STS de 22 de enero de 1999.

(9) En este sentido pueden verse también, LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código penal, Parte Especial I, Títulos I a IV y faltas correspondientes*, Valencia, 1997, p. 280; y VALLE MUÑIZ/GONZÁLEZ-GONZÁLEZ, ob. cit., p. 123.

Por tanto, si atendemos tanto a la incriminación expresa del aborto y de las lesiones al feto, como al pronunciamiento del Tribunal Constitucional indicado, puede constatarse, en primer lugar, que hay un reconocimiento de una diferencia valorativa —como no podía ser de otra manera— entre la lesión o destrucción del feto y la de la vida humana independiente. Por lo que la clave de toda esta problemática se traslada a la determinación del momento a partir del cual puede afirmarse que comienza la vida humana independiente ⁽¹⁰⁾, cuestión sobre la que el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de enero de 1999 hila aún más fino que en la de 5 de abril de 1995.

Sobre esta cuestión existe desde hace tiempo una cierta unanimidad en la doctrina, que fija el comienzo de la vida humana independiente en el nacimiento ⁽¹¹⁾. Ahora bien, es cierto que esta afirmación no lleva a unas conclusiones unánimes, ya que todo va a depender de lo que se entienda por tal. En principio y en términos generales, si pensamos en lo que supone la afirmación de que un ser “ha nacido”, parece evidente que nos estamos refiriendo a alguien que, por lo menos, se encuentra ya en el mundo exterior al haber salido del claustro materno. Pero puede constatarse cómo algún autor, acudiendo al nacimiento como momento indicativo del comienzo de la vida humana independiente, ha exigido, para poder afirmar la existencia de esa independización, además de la

(10) En sentido contrario se manifiesta, sin embargo, PÉREZ VALERO quien, en su comentario a esta misma sentencia [“El problema del límite mínimo en la delimitación del objeto material en los delitos de homicidio y lesiones (“a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999)”, AP 1999, pp. 571 y ss.], rechaza que la idea de dependencia o no del nuevo ser pueda ser tomada como punto de partida para la determinación del límite material en los delitos de homicidio y lesiones. Estima que ni la dependencia ni la autonomía funcional pueden justificar un menor valor de la vida en cada una de sus fases del nacimiento, considerando que la idea de la dependencia funcional debe ser desterrada y que lo que importa es la *valoración social* de la vida del ya nacido, valoración que, en su opinión, no otorga motivo alguno que por razones de necesidad de tutela y de justicia obligue a restringir la protección penal que brindan los delitos de homicidio y lesiones al momento extrauterino del nacimiento. En nuestra opinión, su propuesta de atender a la valoración social de la vida va a aportar en esta materia más perjuicios e inseguridades que beneficios, ya que supeditar la protección penal de la vida a la valoración que la sociedad pueda otorgarle en un momento dado no es más que una fuente de peligros como la propia historia ha demostrado, basta recordar la eliminación de los deficientes mentales en el período nazi atendiendo al “menor valor” que sus vidas representaban.

(11) Cfr., por ejemplo, CUERDA RIEZU, *Límites jurídicopenales...*, cit., p. 421; HIGUERA GUIMERA, ob. cit., p. 321; LÓPEZ PEREGRÍN, ob. cit., p. 41; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 12.ª edic., cit., pp. 31 y 137; ROMEO CASABONA, *Genética y Derecho penal...*, cit., p. 162. Una exposición detallada de los distintos criterios que se han ido manteniendo sobre esta cuestión puede consultarse en PÉREZ VALERO, ob. cit., pp. 574 y ss.

total expulsión del claustro materno, el corte del cordón umbilical⁽¹²⁾. Y cómo el Tribunal Supremo atendiendo también al nacimiento, pero abandonando su tradicional exigencia de la respiración pulmonar autónoma tras la producción del mismo⁽¹³⁾, anticipa ahora sin embargo la calificación de vida humana independiente al comienzo del proceso del parto y, concretamente, al momento de la dilatación, considerando que a partir de este momento la víctima ya era una persona porque el “nacimiento ya se había iniciado”. En el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia de 22 de enero, objeto de comentario, señala lo siguiente: “El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado (...) Decíamos que el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto. No existe en Derecho penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación, a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona (...) El ser humano cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad de una ‘persona’, el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal”.

Éste es el punto clave de toda la argumentación mantenida en la sentencia de 22 de enero de 1999. El Alto Tribunal considera que las lesiones padecidas por el niño, constatadas tras su nacimiento, son calificables como lesiones a “otro” porque se produjeron una vez que había comenzado la dilatación de la madre, señalando el comienzo de la dilatación como origen de la vida humana independiente, protegible ya tanto por los delitos de homicidio o asesinato, como por los preceptos relativos a las lesiones de los artículos 147 y siguientes. Pero aunque es cierto que no hay en Derecho penal un precepto que señale el comienzo de la vida humana independiente, esta afirmación del Tribunal Supremo obvia que todavía en el momento del parto la vida humana, sin perjuicio de que sea tal, es incuestionablemente dependiente, sin que el mayor o menor grado de desarrollo formativo tenga nada que ver a estos efectos. La distinción acogida en el Código penal entre vida humana dependiente/vida humana independiente, que fundamenta la distinta valoración jurídica de una y otra, no recae sobre el diferente grado de desarrollo embriológico o fetal,

(12) Cfr. en este sentido MUÑOZ CONDE hasta la 7.^a edición de su obra *Derecho penal, Parte Especial*.

(13) Como hizo, por ejemplo, en la sentencia de 20 de mayo de 1975.

sino que hace referencia a la *posibilidad* de vivir en el mundo exterior como ser individualizado. Así que ya que mientras que el feto está aún en el seno materno carece de toda autonomía vital⁽¹⁴⁾, no cabe más que afirmar su carácter “dependiente”, incluso en términos puramente lingüísticos no hay mayor dependencia que ésta. Por tanto, para poder afirmar la independencia de la vida humana en formación ha de atenderse efectivamente al nacimiento, pero no como *proceso*, sino como *resultado* del mismo: la vida humana independiente es la nacida, la que ya ha sido expulsada al exterior (aunque sin necesidad de que se produzca el corte del cordón umbilical)⁽¹⁵⁾, ya que sólo a partir de este momento se alcanza la posibilidad de vivir en el mundo exterior como ser individualizado de la madre, y ello con independencia de que dicha posibilidad se convierta o no en realidad y de que para ello el recién nacido necesite, lógicamente, de los cuidados correspondientes. El feto, mientras no haya salido al exterior, es igual de vida humana dependiente que en el momento de la anidación⁽¹⁶⁾ o en el tercer mes de embarazo, y durante todo ese proceso es objeto de la misma protección penal, siendo ésta diferente, como reflejan los propios tipos penales, a la que corresponde a la vida humana independiente.

(14) Cfr. en este sentido GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Comentarios...*, cit., p. 39.

(15) Criterio en el que coincidimos con MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 12.ª edic., cit., p. 31. En este mismo sentido pueden verse GRACIA MARTÍN, en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Comentarios...*, cit., p. 43 y nota 90; y LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Comentarios...*, cit., p. 295.

(16) Véase al respecto la discusión doctrinal sobre el momento en el que comienza la vida humana dependiente que va a ser merecedora de protección penal. Comparten el criterio de la anidación: BAJO FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 109; BUSTÓS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, 1989, p. 59; GAFO, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Santander, 1979, p. 136; HIGÜERA GUIMERÁ, ob. cit., p. 81, nota 10 y p. 198; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 12.ª edic., cit., pp. 87-89, con bibliografía al respecto en las páginas 79-82; NÚÑEZ BARBERO, *Significado y trascendencia actual del sistema romano de la “portio mulieris” en el aborto consentido*, ADPCP 1990, p. 145; PERIS RIERA, ob. cit., pp. 164-165; VALLE MUÑIZ/GONZÁLEZ-GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 114 y 121. Así como en Alemania, a título representativo, HIRSCH, “La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana”, en *La Reforma penal*, Madrid, 1982, p. 44; y ROXIN, “El desarrollo del derecho sobre el aborto en la República Federal alemana”, *Revista Jurídica de Cataluña* 1980, p. 257. Sobre esta cuestión pueden consultarse también la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana de 25 de febrero de 1975 y la española de 11 de abril de 1985 (53/85), que en su Fundamento Jurídico 5.a) dispone que “la vida es un devenir, un proceso que comienza con la gestación...”. En nuestra opinión, es este momento también el decisivo para poder sostener que nos encontramos ante un feto susceptible de protección por el delito de los arts. 157 y 158, para mantener una coherencia en el empleo del término feto tanto en este delito de lesiones como en el delito de aborto (cfr. en este sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, ob. cit., p. 16). En este mismo sentido se manifiestan MUÑOZ CONDE, *Derecho*

Por tanto, en nuestra opinión, el anticipar la calificación de vida humana independiente al comienzo del parto representa un falseamiento de lo que se quiere hacer constar con la distinción vida humana dependiente/vida humana independiente, y de lo que significa, simplemente, esta independencia. Es más, no se trata de una disyuntiva puramente terminológica: “ser en proceso de nacimiento/ser ya nacido”, sino que el atender a uno u otro momento tiene importantes repercusiones, que no pueden pasarse por alto.

En primer lugar, si ya desde el instante en que comienza el parto se estima que nos encontramos ante vida humana independiente, el delito de lesiones al feto quedaría prácticamente vacío de contenido, ya que la mayor parte de lesiones al feto tienen lugar durante el proceso del parto: el primer factor etiológico de las lesiones al feto lo constituyen las maniobras ostétricas que traumatizan al feto durante el parto. Efectivamente, entre dos y siete de cada mil niños que nacen vivos presentarán lesiones causadas durante el parto y la mayor parte de ellas sería evitable, simplemente, si la intervención médica se realizara correctamente. Así, por ejemplo, la mayor parte de las distocias —falta de oxigenación del feto durante el parto— se deben a un abandono o menosprecio por parte del médico o de la comadrona de un parto que se prolongaba ⁽¹⁷⁾; y en un 15% de los casos en los que se emplea el fórceps se producen traumatismos obstétricos debidos a la negligencia del personal sanitario, normalmente por inexperiencia o gran desconocimiento ⁽¹⁸⁾.

penal, Parte Especial, 12.^a edic., cit., pp. 136-137 (si bien apunta la posibilidad de que pueda entenderse que el bien jurídico protegido en el delito de aborto sea el feto a partir del tercer mes de gestación si se admite la solución del plazo como compatible con la regulación del aborto ofrecida por nuestro legislador); ROMEO CASABONA, *Genética y Derecho penal...*, cit., p. 164. BENÍTEZ ORTUZAR atiende, sin embargo, a la organogénesis como momento decisivo para la protección tanto de la vida como de la salud del feto (“Reflexiones jurídico-penales en torno al ser humano en formación: vida e integridad”, en Anuario del seminario permanente sobre derechos humanos, volumen II, Jaén, 1995, p. 59). Y LÓPEZ PEREGRÍN (ob. cit., p. 43) admite que si bien el momento determinante para la calificación de feto en el delito de aborto es la anidación, no ocurre lo mismo en el caso del delito de lesiones al feto, delito cuya aplicación extiende incluso a los embriones antes de su implantación en el útero femenino. También GRACIA MARTÍN (en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Comentarios...*, cit., pp. 619 y ss.) considera que no hay razones por las que el delito de lesiones al feto no deba extenderse al embrión antes de su implantación.

⁽¹⁷⁾ BOTELLA LLUSIÁ-CLAVERO NÚÑEZ, *Tratado de ginecología*, tomo II. *Patología Obstétrica*, 12.^a edic., 1981, pp. 349, 353 y 644; Richard E. BEHRMAN, *Nelson Tratado de Pediatría*, 14.^a edic., 1992, p. 543: entre cinco y ocho niños de cada cien mil neonatos mueren a consecuencia de traumatismos de parto, y veinticinco de cada cien mil a causa de lesiones anóxicas —falta de oxígeno—. Estas lesiones representan entre el dos y el tres por ciento de las muertes neonatales.

⁽¹⁸⁾ WILLIAMS, *Obstetricia*, 3.^a edic., 1986, pp. 823-824.

Y, en segundo lugar, pero con mayor trascendencia, puede sostenerse que el equiparar la vida humana dependiente con la vida humana independiente, poniendo al mismo nivel, ya en el momento del parto, la vida de la madre y del aún no nacido, obstaculiza la posible elección preferente de la vida de la madre, en caso de necesidad, frente a la vida del feto, vulnerando incluso el claro pronunciamiento del Tribunal Constitucional a favor del reconocimiento de la protección de los intereses de la madre frente a la vida en formación que, mientras no esté efectivamente independizada, no es titular de derecho subjetivo alguno ⁽¹⁹⁾.

Por tanto, el delito de lesiones al feto es un delito de resultado ⁽²⁰⁾, en el que se castiga la causación por cualquier medio o procedimiento de un menoscabo en la integridad o salud física o mental del feto, siempre que tenga la suficiente relevancia como para afectarle gravemente en su normal desarrollo o provocarle una tara física o psíquica. Así que su objeto de protección es la vida humana dependiente, el feto, por el que ha de entenderse *la vida en formación desde el momento de la anidación hasta que se produzca su independización con la total expulsión del claustro materno*. Cualquier destrucción o menoscabo que se le cause durante este proceso de desarrollo será reconducible, en su caso, o al delito de aborto o a las lesiones al feto, pero nunca a los delitos de homicidio, asesinato o lesiones previstos para la protección de la vida o la salud del ser independiente. Es decir, estos últimos preceptos sólo podrán aplicarse una vez que el ser humano haya sido totalmente expulsado del seno materno.

Por todo lo expuesto puede concluirse así, por una parte, la conveniencia y oportunidad de la incriminación específica de las lesiones al feto, que viene efectivamente a cubrir una laguna importante que existía en nuestro Ordenamiento jurídico hasta el Código penal de 1995 ⁽²¹⁾, laguna que incuestionablemente existía al no ser las lesiones al feto incluibles en el precepto sancionador de las conductas atentatorias contra la salud e integridad física de “otro”, por el que no ha de entenderse más que la persona nacida, viva e individualizada. Aunque la vida en formación deba ser protegida, no ha de recibir un tratamiento

(19) Cfr. en este sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 12.^a edic., cit., p. 32.

(20) GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Comentarios...*, cit., p. 622; HIGUERA GUIMERA, ob. cit., p. 326; LÓPEZ PEREGRÍN, ob. cit., p. 42.

(21) Si bien no puede dejarse de apuntar que las conductas incriminadas en el Título IV sólo van a ofrecer una cobertura parcial, ya que si a consecuencia de las lesiones causadas al feto en el interior del útero materno, éste muere una vez nacido, el tipo aplicable sólo puede ser el de lesiones, quedando la muerte sin valorar (así lo pusimos ya de manifiesto —siguiendo a MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 12.^a edic., cit., p. 136— con anterioridad, GARCÍA ÁLVAREZ, ob. cit., p. 17). En este mismo sentido se manifiesta ROMEO CASABONA, *Genética y Derecho penal...*, cit., p. 164.

igualitario con la vida humana independiente; una y otra merecen, simplemente, una distinta valoración jurídica.

Y, por otra parte, que las lesiones sufridas por el niño al que alude la sentencia objeto de comentario, en cuanto que le fueron causadas durante el parto, pero antes de su total expulsión del claustro materno, es decir, antes de su independización, o se reconducen al delito de lesiones al feto, o no son sancionables conforme a los delitos de lesiones referidos al “otro” (arts. 147 y ss. C.P. 1995). Evidentemente puede entenderse que probablemente el Tribunal Supremo con esta resolución pretendió sancionar unos hechos que, en el momento en que tuvieron lugar, no se encontraban expresamente previstos (aunque sí en el momento de celebración del juicio), viéndose obligado a reconducirlos a las lesiones a “otro”, forzando con ello el texto de la Ley, pero este vacío legislativo no justifica la aplicación extensiva —analogía *in malam partem*— de los preceptos penales no previstos para tales conductas lesivas. El Tribunal Supremo no puede ceder a la tentación de sancionar una conducta no prevista legalmente en el momento de su realización por el simple hecho de considerarla merecedora de castigo, por lo que puede afirmarse que el Tribunal Supremo con el pronunciamiento sostenido en la sentencia objeto de comentario infringió, una vez más, el principio de legalidad previsto no sólo en el Código penal (art. 1), sino también en el art. 25 de la Constitución, pasando además por alto la coherencia del sistema sancionador penal.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 21/2000 de la Sala 2.^a del TC de 31 de enero de 2000
(BOE 3 de marzo de 2000) (Recurso de amparo 3725/1996)**

VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR.

Art. 18.1 CE

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

SÍNTESIS

La sentencia interesa fundamentalmente por dos datos: resume con precisión el alcance de la “veracidad” de la información para que ésta pueda prevalecer sobre el derecho al honor y, especialmente, se extiende sobre la cuestión de si el contenido del derecho fundamental comprende también la eventual pretensión punitiva en caso de su lesión. Sobre esta última cuestión reproducimos también el voto particular discrepante de Vives Antón. [Sobre el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor véanse también la STC 11/2000, de la Sala 1.^a, de 12 de enero (BOE de 18 de febrero), STC 110/2000, de la Sala 2.^a de 5 de mayo (BOE de 7 de junio) y STC 113/2000, de la Sala 1.^a de 5 de mayo (BOE de 7 de junio)].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...) A efectos de delimitar la cuestión que se nos plantea en este recurso de amparo debe tenerse en cuenta en primer

lugar que, como hemos afirmado reiteradamente, el recurso de amparo constitucional no es cauce idóneo para pedir una condena penal, ya que la Constitución no otorga ningún derecho a obtener este tipo de condena

(ATC 228/1987, de 25 de febrero; SSTC 147/1985, de 27 de marzo, fundamento jurídico 2; 83/1989, de 10 de mayo, fundamento jurídico 2; 157/1990, de 18 de octubre, fundamento jurídico 4; 31/1996, de 27 de febrero, fundamento jurídico 10; 177/1996, de 11 de noviembre, fundamento jurídico 11; 199/1996, de 3 de diciembre, fundamento jurídico 5; 41/1997, de 10 de marzo, fundamento jurídico 4; 74/1997, de 21 de abril, fundamento jurídico 5, y 218/1997, de 4 de diciembre, fundamento jurídico 2).

Ahora bien, de esta afirmación no cabe deducir que, cuando se haya acudido a la vía penal como medio de reacción contra las vulneraciones de los derechos fundamentales de carácter sustantivo y dichos órganos judiciales no hayan dictado Sentencia condenatoria, este Tribunal no pueda pronunciarse sobre la existencia de la vulneración constitucional alegada. En este caso, que es precisamente el que se plantea en el supuesto que ahora se examina, el juicio que puede efectuarse en sede de amparo constitucional no puede extenderse a analizar si concurren o no los elementos del tipo delictivo, pues, salvo en los supuestos en los que la interpretación efectuada por los órganos judiciales de estos elementos sea irrazonable de tal forma que la misma pueda conllevar una vulneración del principio de legalidad penal (por todas, STC 189/1998, de 28 de septiembre), ésta es una tarea de estricta legalidad ordinaria que compete en exclusiva a la jurisdicción penal (AATC 321/1984, de 30 de mayo, 582/1984, de 10 de octubre, 847/1988, de 4 de julio, 189/1989, de 17 de abril, 61/1992, de 3 de marzo; STC 78/1995, de 22 de mayo). Sí corresponde, en cambio, a este Tribunal revisar las decisiones que en relación con los derechos fundamentales alegados haya podido adoptar la jurisdicción penal, al ser éste el objeto propio y específico del recurso de amparo constitucional. Como señalamos en la STC 218/1997, de 4 de diciembre, fundamento jurídico 2, en el seno de un proceso penal pueden verse lesionados, no sólo derechos procesales, si-

no también derechos sustantivos con consideraciones o declaraciones judiciales que atenten a su contenido, y por ello dichas declaraciones o consideraciones son susceptibles de control constitucional a través del recurso de amparo.

No obstante, dado que esta revisión constitucional tiene como objeto Sentencias absolutorias o resoluciones judiciales que materialmente producen este efecto —Autos de sobreseimiento o en los que se ordena el archivo de las diligencias por considerar que los hechos imputados no son constitutivos de delito—, su alcance queda reducido únicamente a comprobar si el órgano judicial ha adoptado su decisión tras efectuar, en un auténtico proceso (STC 138/1999, de 22 de julio), una interpretación y una aplicación constitucionalmente correctas del derecho fundamental alegado y, de no ser así, a declarar lesionado el derecho fundamental, pero sin que tal pronunciamiento conlleve, a su vez, la declaración de nulidad de la resolución judicial impugnada. Como declaramos en la STC 41/1997, de 10 de marzo, citando a la STC 114/1995, de 6 de julio, la jurisdicción constitucional de amparo “no ha sido concebida sino para corregir posibles vulneraciones de los derechos fundamentales y libertades públicas” y por ello en la STC 41/1997, de 10 de marzo (fundamento jurídico 6) sostuvimos “la inviabilidad de anular en esta sede una Sentencia con un pronunciamiento absolutorio de fondo que haya adquirido firmeza sobre la base de un derecho de acción que el legislador, en virtud de un sólido fundamento constitucional, ha declarado ya extinguido, prolongando indebidamente, en sede de amparo, el proceso penal”.

De esta forma, en el caso de que se llegara a la conclusión de que la Sala ha infringido el derecho fundamental invocado por no haber efectuado una valoración del mismo acorde con su contenido constitucional y se otorgase el amparo solicitado, el recurrente podría obtener la protección del derecho fundamental que estima lesionado mediante

un pronunciamiento declarativo en el que se le reconozca el derecho o libertad pública cuya lesión ha motivado la demanda de amparo [pronunciamiento expresamente previsto en el art. 55.1.b) de la LOTC]. Tal pronunciamiento constituye en sí mismo la reparación del derecho fundamental invocado, sin que su carácter declarativo le prive de su efecto reparador, ya que a través del mismo no sólo se obtiene el reconocimiento del derecho, sino que, además de proporcionar esta reparación moral, puede conllevar otro tipo de efectos al ser potencialmente generador de una futura indemnización (STC 218/1997, de 4 de diciembre, fundamento jurídico 2).

Este debe ser, por tanto, el alcance de un eventual fallo estimatorio en estos casos en los que se imputa al órgano judicial penal lesión de derechos fundamentales sustantivos y la resolución penal impugnada no sea una Sentencia condenatoria. En estos supuestos la estimación del amparo no puede conllevar la anulación de una resolución judicial materialmente absolutoria —ya sea una Sentencia o un Auto del que se derive este efecto— por ser contraria tal consecuencia al principio de seguridad jurídica (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, fundamento jurídico 6; 218/1997, de 4 de diciembre, fundamento jurídico 2) en relación con el art. 24 de la CE, pues tal pronunciamiento podría arrojar sobre quien ha sido absuelto o ha visto archivada una querrela la carga y gravosidad de un nuevo enjuiciamiento, que sería incompatible con la Constitución al no estar destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional (STC 159/1987, de 26 de octubre) y no venir exigido tampoco por la necesidad de tutelar los derechos fundamentales del recurrente en amparo —como ya se ha indicado, dicha tutela la dispensa el pronunciamiento declarativo de este Tribunal sin que la misma requiera la nulidad de la Sentencia al no formar parte de los derechos fundamentales sustantivos el derecho de acción penal.

(...)

4. Es doctrina constitucional reiterada que en los casos en los que exista un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información, debe partirse de la premisa de que a través de este último derecho no sólo se protege un interés individual sino que entraña “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político” (SSTC 104/1986, de 11 de junio, fundamento jurídico 5; 158/1986, de 15 de octubre, fundamento jurídico 6; 105/1990, de 6 de junio, fundamento jurídico 3; 172/1990, de 12 de noviembre, fundamento jurídico 2; 371/1993, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 2, y 78/1995, de 22 de mayo, fundamento jurídico 2). De este modo, al contribuir este derecho a la formación de una opinión pública libre, la libertad de información constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Handyside, de 7 de diciembre de 1976 y caso Lingens, de 8 de julio de 1986). Ahora bien, para que el derecho a la información prevalezca sobre el derecho al honor garantizado en el art. 18.1 de la CE es preciso, por una parte, que la información se refiera a hechos de relevancia pública; y, por otra, que dicha información sea veraz (entre otras muchas, SSTC 6/1988, de 21 de enero, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 123/1993, de 19 de abril, 219/1992, de 3 de diciembre, 22/1995, de 30 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 138/1996, de 16 de septiembre, y 144/1998, de 30 de junio).

En el supuesto que ahora se analiza, la relevancia pública de la noticia es tan evidente que ni siquiera ha sido discutida por los demandantes de amparo. Es, sin embargo, el segundo de los requisitos el que los recurrentes consideran no cumplido, ya que, a su juicio, la información publicada no reúne el requisito de la veracidad. De ahí, que la cuestión que ahora debemos analizar es si la Sala, al enjuiciar los derechos constitucionales en conflicto, ha realizado una valora-

ción conforme a la Constitución del requisito de la veracidad de la información.

5. Este Tribunal ha sostenido de forma reiterada que el requisito constitucional de la veracidad de la información no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 40/1992, de 30 de marzo, 232/1992, de 14 de diciembre, 240/1992, de 21 de diciembre, 15/1993, de 18 de enero, 178/1993, de 31 de mayo, 320/1994, de 28 de noviembre, 76/1995, de 22 de mayo, 6/1996, de 16 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 3/1997, de 13 de enero, 144/1998, de 30 de junio, 134/1999, de 15 de julio, 192/1999, de 25 de octubre). La razón se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 52/1996, de 26 de marzo, 3/1997, de 13 de enero, 144/1998, de 30 de junio).

De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la

diligencia que es exigible a un profesional de la información.

6. Determinar en qué consiste el deber de diligencia que, a estos efectos, es exigible a un profesional de la información no es una cuestión fácil. La concreción de este extremo no puede precisarse “a priori” y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 7; 28/1996, de 26 de febrero, fundamento jurídico 3, entre otras muchas).

Según ha señalado este Tribunal (por todas, STC 28/1996) para poder apreciar si la diligencia empleada por el informador es suficiente a efectos de entender cumplido el requisito constitucional de la veracidad deben tenerse en cuenta diversos criterios: en primer lugar hemos señalado que el nivel de diligencia exigible “adquirirá su máxima intensidad, ‘cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere’ (240/1992, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 7; 178/1993, de 31 de mayo, fundamento jurídico 5; 28/1996, de 26 de febrero, fundamento jurídico 3; 192/1999, de 25 de octubre, fundamento jurídico 4). De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, fundamento jurídico 5, 28/1996, de 26 de febrero, fundamento jurídico 3). Junto a estos criterios deberá valorarse también el de la “trascendencia de la información”; criterio, no obstante, cuya aplicación puede depurar consecuencias diferentes, pues, si bien es verdad que la trascendencia de la información puede exigir un mayor cuidado en su contraste (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, fundamento jurídico 5; 240/1992, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 7), este mismo motivo apunta también, ‘a la mayor utilidad social de una menor angostura en la fluidez de la noticia’” (STC 28/1996, fundamento jurídico 3).

La condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado será también una cuestión a tomar en consideración, pues, como ya hemos afirmado en anteriores ocasiones, “los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participen del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidas a personajes públicos” (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, fundamento jurídico 5; 173/1995, de 21 de noviembre, fundamento jurídico 3; 28/1996, de 26 de febrero, fundamento jurídico 3). No obstante, de esta doctrina no cabe deducir, como es obvio, que los llamados “personajes públicos” carezcan del derecho al honor (SSTC 336/1993, de 15 de noviembre, fundamento jurídico 5, y 7/1997, de 14 de enero, fundamento jurídico 6) ni tampoco puede conllevar una restricción del derecho a informar sobre noticias de interés público pero que incidan sobre sujetos que carezcan de esta condición.

También debe valorarse a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo “la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia” o “la transmisión neutra de manifestaciones de otro” (STC 28/1996). Sin descartar además la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son entre otros, los que aluden la STC 240/1992 y reitera la STC 28/1996: “el

carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.”.

En definitiva, lo que a través de este requisito se está exigiendo al profesional de la información es “una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz” (STC 240/1992, fundamento jurídico 7; en el mismo sentido SSTC 28/1996, fundamento jurídico 3; 192/1999, fundamento jurídico 4).

(...)

Voto particular que formula el Magistrado don Tomás S. Vives Antón respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 3725/1996

Disiento respetuosamente del fallo al que llega la mayoría en el presente caso, sin que ello quiera decir que discrepe de las declaraciones que en la Sentencia se efectúan respecto al contenido de los derechos fundamentales en juego.

Mi discrepancia estriba en que, en mi opinión, el ejercicio de la acción penal no es vía previa apta para entender que se han agotado los recursos utilizables frente a la posible vulneración del derecho al honor.

Como dijimos en la STC 41/1997, de 10 de marzo, “nuestra jurisprudencia, si bien ha reconocido que el titular del derecho fundamental puede elegir la vía de reacción más conveniente contra las vulneraciones del mismo (SSTC 90/1985, de 22 de julio, fundamento jurídico 5; 98/1986, de 10 de julio, fundamento jurídico 1; 160/1991, de 18 de julio, fundamentos jurídicos 2 y 5, y 31/1996, de 27 de febrero, fundamento jurídico 9), también ha precisado que ello ha de entenderse ‘sin perjuicio, claro está, de las posibilidades que cada orden jurisdiccional ofrece’ (STC 31/1996)”. Ciertamente, a continuación afirmamos que, cuando se impugnan resoluciones judiciales, hay que entender agotada la vía judicial previa por

el mero hecho de haber llegado hasta la más última instancia. Esta afirmación es la que, en mi opinión, resulta incompatible con las afirmaciones ulteriores de la propia Sentencia y ha provocado las disfunciones a que luego se hará mención. Por consiguiente, defenderé que es necesario prescindir, de modo radical, de esa doctrina y determinar materialmente cuándo el agotamiento de la

vía penal resulta una adecuada vía previa respecto de nuestra jurisdicción de amparo (en mi opinión, cuando en ella se han vulnerado los derechos fundamentales del imputado o las garantías básicas inherentes al proceso justo) y cuándo no (en mi opinión, cuando se aduce una vulneración de derechos materiales de carácter fundamental de las partes acusadoras, como aquí sucede).

**Sentencia 25/2000 de la Sala 1.^a del TC de 31 de enero de 2000
(BOE 3 de marzo de 2000) (Recurso de amparo 2768/1997)**

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA.

Art. 80.4 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia ampara al recurrente por falta de motivación del auto que deniega la suspensión de la pena de prisión impuesta. La solicitud de suspensión se apoyaba en la existencia de una enfermedad grave e incurable (art. 80.4 CP), dato que no fue debidamente ponderado en la motivación del auto recurrido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Para una más adecuada decisión del caso enjuiciado, resulta oportuno recordar que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990, de 16 de julio, FJ 1; 112/1996, de 24 de junio, FJ 2). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, de 3 de junio, FJ 2; 5/1995, de 10 de enero, FJ 3, y 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2).

En segundo lugar, la motivación debe estar fundada en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere “arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable” no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3, 112/1996, de 24 de junio, FJ 2, y 119/1998, de 4 de junio, FJ 2).

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho

fundamental el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso (SSTC 62/1996, de 16 de abril, FJ 2; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 83/1998, FJ 3; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4, y 2/1999, de 25 de enero, FJ 2, entre otras), como también lo es, aunque en distinta medida, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con el valor libertad. Así, en relación con la concesión de los permisos penitenciarios, este Tribunal ha señalado que si bien su denegación no supone una lesión del derecho a la libertad en sentido propio, dado que el título legítimo de la privación de libertad es la sentencia condenatoria, sin embargo, las resoluciones denegatorias afectan al valor superior libertad. Por ello, “el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior” (SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4, y 88/1998, de 21 de abril, FJ 4).

Finalmente, hemos de considerar que los órganos judiciales no resultan dispensados del deber de motivar sus resoluciones por el hecho de que hayan de dictarlas en un ámbito en el que gozan de un cierto margen de discrecionalidad, pues como este Tribunal ha afirmado, “la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad» (STC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3).

3. De conformidad con lo expuesto, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ha de ser ponderada atendiendo al canon de motivación reforzado, dado que en

un supuesto como el examinado, el deber de explicitar el fundamento de la decisión se conecta tanto con el valor libertad como con el derecho a la integridad física (art. 15 CE).

En efecto, la suspensión de la ejecución de la pena, al igual que la libertad condicional o los permisos de salida de Centros Penitenciarios, son instituciones que se enmarcan en el ámbito de la ejecución de la pena y que, por tanto, tienen como presupuesto la existencia de una Sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado. De manera que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que, en el caso examinado, la suspensión se solicita con fundamento en los efectos negativos que el ingreso en prisión del condenado tendría para la evolución de su enfermedad, de forma que se alega el riesgo de afectación de la integridad física que la ejecución de la pena privativa de libertad conllevaría. Por consiguiente, la decisión judicial, ni en cuanto a su forma de expresión, ni en cuanto al contenido de su fundamentación, puede dejar de tomar en consideración el derecho fundamental a la integridad física del recurrente que se estima quedaría restringido.

En efecto, el deber de motivación exigido por este Tribunal respecto de las resoluciones judiciales que se conectan con un derecho fundamental se refuerza, respecto del exigido con carácter general “ex” art. 24.1 de la CE, por dos exigencias esenciales. De un lado, en cuanto a la forma o exteriorización de la motivación, este Tribunal tiene declarado que, dada la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el Ordenamiento jurídico, “todo motivo de recurso atinente a un derecho fundamental que se estime conculcado por la resolución impugnada debe ser resuelto expresamen-

te», por lo que no es posible una motivación tácita (STC 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2, y 83/1998, de 20 de abril, FJ 3, entre otras). Y, de otro, en cuanto al contenido de la fundamentación, la limitación o restricción de derechos fundamentales requiere que el razonamiento “respete el contenido constitu-

cionalmente garantizado” del derecho fundamental (STC 33/1999, de 8 de marzo, FJ 2). Por tanto, resulta necesario que se exprese el juicio de ponderación entre los valores y derechos en juego en cada caso, “haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad” (STC 123/1997, de 1 de julio, FJ 3).

**Sentencia 31/2000 del Pleno del TC de 3 de febrero de 2000
(BOE 3 de marzo de 2000) (Cuestión de inconstitucionalidad 198/1994)**

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 468.C) LEY ORGÁNICA 2/1989, DE 13 DE ABRIL, PROCESAL MILITAR.

Art. 468.c) LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar

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

SÍNTESIS

Se declara la inconstitucionalidad del art. 468.c) de la Ley Procesal Militar, por vulneración del derecho de acceso a la justicia, del principio de control judicial de la actividad administrativa y de la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La cuestión de inconstitucionalidad objeto de este proceso se plantea en relación con el art. 468.c) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, por su posible contradicción con los arts. 24.1, 53.2 y 106.1 de la Constitución.

El precepto cuestionado dispone que “no se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de la resolución de separación del servicio como consecuencia de Sentencia firme por delito de rebelión, cuando se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años por cualquier delito o pena de inhabilitación absoluta como principal o accesoria”. Dicho artículo se

contiene en el capítulo I (“De los actos impugnables”) del título III (“Del objeto del recurso contencioso-disciplinario militar”) de la parte primera (“Del recurso contencioso-disciplinario militar”) del libro IV (“De los procedimientos judiciales militares no penales”) de la referida Ley Orgánica. Este Pleno, en su STC 18/1994, de 20 de enero, concluyó que la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva verificada en el proceso judicial que dio lugar a esa Sentencia derivaba “de lo prescrito en el art. 468.c) de la Ley Procesal Militar, precepto que, por excluir cualquier recurso, no se compadece con lo dispuesto en los arts. 24.1, 106.1 y 53.2 de la CE” (FJ 7), razón por la cual, en

atención a lo dispuesto en el art. 55.2 de la LOTC, decidió incoar este procedimiento. (...)

4. La lesión del derecho a la tutela judicial efectiva y, por conexión, del principio de control judicial de la actividad administrativa, es manifiesta. Como señalamos en la STC 18/1994, la quiebra que para el régimen general de recursos “supone lo dispuesto en el art. 468.c) de la Ley Procesal Militar obliga a indagar si el distinto criterio aplicado a los actos recogidos en el indicado precepto obedece a razones que, objetiva y razonablemente, sean atendibles en el plano constitucional” [FJ 4.B)]. Pues bien, la denegación del acceso a la vía judicial contra los actos relacionados en el apartado c) supone excluir radicalmente del control jurisdiccional una serie de sanciones que, como las ahí contempladas, no son una simple consecuencia automática ni obligada de la condena penal, sino que resultan de disposiciones sancionadoras contenidas en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (capítulos II y III del título III de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre), cuyo art. 17 permite imponer la sanción de separación del servicio como consecuencia de determinadas condenas y para el caso de que la propia condena penal no implique de manera automática la pérdida de la condición de militar. Al igual resulta de la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio), que contempla la separación del servicio como sanción que puede imponer el Ministro de Defensa por la comisión de faltas muy graves (arts. 10.3, 17 y 20).

Se hace así posible, en definitiva, con aquella exclusión, que sanciones autónomas y distintas de las impuestas en una resolución judicial resulten inmunes a todo control por parte de Jueces y Tribunales, pues por más que hayan sido objeto de fiscalización las Sentencias condenatorias de las que aquellas sanciones traen causa, éstas —dado su carácter no automático ni obligado— se impondrían tras la incoación de un expediente administrativo cuya resolución po-

dría ser objeto de recursos en vía gubernativa, pero nunca en la judicial.

Esta exclusión del control judicial, por cualquier vía, contra actos administrativos a cuyo través se impone una sanción añadida a la impuesta en una resolución judicial firme es claramente contraria al art. 24.1 de la Constitución. Como ya recordamos en la propia STC 18/1994, la jurisprudencia constitucional es en este punto clara y terminante; ya en uno de nuestros primeros pronunciamientos señalamos que las faltas militares graves forman parte del régimen disciplinario y que “para que la acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita ejercer el derecho de defensa” (STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 15). Ciertamente, y como alega el Abogado del Estado, es de tener en consideración la especial relación de sujeción en la que se encuentran los militares; sin embargo, “la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución” (STC 21/1981, FJ 15).

5. Afirmada la vulneración del art. 24.1 de la CE por el art. 468.c) de la Ley Orgánica 2/1989, y abstracción hecha de las especialidades de la relación de sujeción especial que vincula a los militares con la Administración militar, y que, por lo dicho, no

pueden extenderse al extremo de privarles del derecho a la tutela judicial efectiva que, en tanto que ciudadanos, también la Constitución les reconoce, hemos de apreciar, también, la infracción del art. 106.1 de la Constitución. A tal efecto, hemos de reiterar nuestra doctrina más temprana, en el sentido de que han de considerarse derogadas por la Constitución e incompatibles con ella todas las normas previas que impidan la revisión judicial de los actos administrativos y cuantas con posterioridad a su entrada en vigor hagan imposible la defensa en juicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a la Administración pública y reduzcan a la inoperancia o, cuando menos, limiten de algún modo o por relación a determinados sectores de la Administración —en este caso, el militar— el mandato establecido en el art. 106.1 de la Constitución, que remite a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria, en todos los ámbitos, y de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (en este sentido, SSTC 22/1982, de 12 de mayo, y 80/1983, de 10 de octubre). El precepto cuestionado hace imposible, en efecto, que los Jueces y Tribunales ordinarios puedan controlar la legalidad de una sanción administrativa tan grave como la separación del servicio, impuesta, ciertamente y según se ha dicho, como consecuencia de determinadas condenas judiciales, pero como sanción añadida a las propias de la condena penal y, por tanto, irreducible de manera directa a la propia actuación judicial.

Esa sanción administrativa añadida a la condena penal se encuentra, desde luego, prevista en la ley, pero el debido ajuste, en cada caso, de la actuación administrativa a las previsiones de la legalidad resulta imposible de verificar, toda vez que el precepto aquí examinado ciega por completo y de raíz el acceso del sancionado a la vía judicial.

Contrapunto de la lesión del derecho individual a la tutela judicial efectiva que con ello se produce, y a la que ya hemos hecho

referencia, es la vulneración objetiva de un principio tan consustancial al Estado de Derecho como es el del sometimiento de la actuación de todos los poderes públicos al conjunto del Ordenamiento y la verificación de esa sujeción, en última instancia, por los órganos del Poder Judicial. Principio de fiscalización plena —sin inmunidad de poder— de la actuación administrativa (SSTC 66/1984, de 6 de junio; 238/1992, de 17 de diciembre; 148/1993, de 29 de abril; 78/1996, de 20 de mayo, y 235/1998, de 14 de diciembre) que, para el caso de la Administración Pública, ha encontrado formulación expresa y específica en el art. 106.1 de la Constitución. Así lo señalábamos en la propia STC 18/1994 (FJ 5), al recordar que “la STC 197/1988 concluía que la tutela judicial efectiva prohíbe al legislador que, con normas excluyentes de la vía judicial, impida el acceso al proceso, prohibición esta última que se refuerza por lo prevenido en el art. 106.1 de la CE cuando se trata de impetrar justicia frente a la actuación de las Administraciones Públicas”.

6. Por último, y en íntima conexión con la ya examinada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el precepto cuestionado supone también una clara contravención de lo dispuesto en el art. 53.2 de la Constitución.

El precepto aquí cuestionado, al hacer imposible el acceso a la jurisdicción ordinaria —en la que, a los efectos que aquí consideramos, se integran los Tribunales militares (STC 113/1995, de 6 de julio)— convierte al recurso de amparo constitucional en la única vía de control jurisdiccional de las resoluciones de la Administración militar, siendo así que, conforme a lo dispuesto en el art. 53.2 de la Constitución, esa vía de control extraordinario en sede constitucional no puede suplir la inexistencia de una vía de protección común y general, de carácter plenario, ante los Jueces y Tribunales ordinarios. El art. 24.1 de la Constitución asegura a cualquier ciudadano la posibilidad de recabar, en defensa de

su derechos e intereses legítimos, la tutela de los Jueces y Tribunales ordinarios, garantía de la que no pueden verse privados, en razón de su especial sujeción a la Administración, los militares, pues reiteramos una vez más que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir, y que

puede justificar alguna limitación de las garantías procesales, no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial que a todas las personas reconoce el art. 24.1 de la Constitución (así, SSTC 113/1995 y 235/1998, y 14/1999, de 22 de febrero).

Sentencia 34/2000 de la Sala 1.^a del TC de 14 de febrero de 2000 (BOE 17 de marzo de 2000) (Recurso de amparo 3513/1995)

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: INCONGRUENCIA OMISIVA DE SENTENCIA DICTADA EN APELACIÓN.

Art. 24.1 CE

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

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la incongruencia omisiva de que adolecía la sentencia dictada en apelación que dejó imprejuzgada la concreta pretensión ejercitada por la actora y relativa a las irregularidades en la remisión y análisis de la sustancia intervenida atinentes a las garantías de los arts. 335 a 338 de la LECrim.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...) con arreglo a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no se satisface exclusivamente accediendo a la jurisdicción y obteniendo una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, sino que es necesario, además, que aquella resolución atienda sustancialmente al núcleo de las pretensiones formuladas por las partes, de suerte que ofrezca una respuesta judicial coherente con los términos del debate suscitado en el proceso (SSTC 20/1982, de 5 de mayo; 369/1993,

de 13 de diciembre; 136/1998, de 29 de junio; 19/1999, de 22 de febrero, y 96/1999, de 31 de mayo, entre otras muchas). Esta correspondencia o adecuación se quiebra en aquellos casos en que la Sentencia guarda absoluto silencio sobre elementos fundamentales de las pretensiones procesales ejercitadas, modalidad de incongruencia por omisión o “ex silentio” que puede ocasionar que la resolución judicial afectada por ese vicio, genere una no deseada denegación técnica de justicia causante de indefensión, en la medida en que no resuelve lo verdaderamente planteado en el proceso.

Ahora bien, no todos los casos de ausencia de respuesta judicial expresa producen una indefensión constitucionalmente relevante, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si: a) el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del art. 24.1 de la CE o si, por el contrario, puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita o, incluso, por remisión, suficiente para satisfacer las exigencias derivadas del citado derecho fundamental (SSTC 175/1990, de 12 de noviembre, FJ 2 y 83/1998, de 20 de abril, FJ 3); b) si efectivamente se ha planteado la cuestión cuyo conocimiento se afirma eludido por el Tribunal (SSTC 172/1997, de 14 de octubre, FJ 6 y 129/1998, de 16 de junio, FJ 5); c) y, por

último, si la incongruencia omisiva apreciada causó un efectivo perjuicio de los derechos de defensa de quien se queja en amparo (SSTC 56/1996, de 12 de abril; 1/1999, de 25 de enero, y 132/1999, de 15 de julio, entre otras muchas).

3. En el caso enjuiciado, se comprueba sin dificultad que la Sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona no atendió al único motivo impugnatorio sobre el que se articulaba el recurso de apelación sometido a su conocimiento, al no contener referencia explícita alguna sobre la única cuestión efectivamente suscitada por la apelante, ahora demandante de amparo, y en la que descansaba la impugnación de la Sentencia condenatoria.

**Sentencia 35/2000 de la Sala 2.^a del TC de 14 de febrero de 2000
(BOE 17 de marzo de 2000) (Recurso de amparo 3932/1995)**

DERECHO AL JUEZ LEGAL.

Arts. 24.2 CE, 100.2 LOPJ y 14.1 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende**

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley al haberse seguido juicio de faltas ante un Juzgado de Instrucción que, aunque declaró que la causa era competencia del Juzgado de Paz del lugar donde se cometió la falta, lo enjuicia y dicta condena so pretexto de falta de medios y de personal de dicho Juzgado de Paz.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El amparo que, en este caso, se reclama de una Sentencia que la Audiencia Provincial de Córdoba dictó en apelación contra otra anterior del Juez de Instrucción

núm. 2 de Montoro recaída en juicio de faltas, tiene como soporte dialéctico, dicho en pocas palabras, que el pronunciamiento judicial es procesalmente incorrecto además de incompleto y, por otra parte, material-

mente erróneo. En tal sentido se aducen las sedicentes lesiones de los derechos fundamentales al Juez predeterminado por la ley, a la interdicción de la indefensión, a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2 de la CE) y al principio de legalidad penal (art. 25.1 de la CE), todos ellos invocados por el demandante para respaldar la pretensión de que se anule el acto del Poder Judicial impugnado, componiendo así el objeto propio del proceso en el cual estamos. No es inoportuno y sí conveniente anticipar, en este momento, que dentro de tal constelación de apoyos el amparo tiene, sin embargo, como soporte principal la tacha del Juez predeterminado por la Ley, con un fundamento tan consistente como ostensible. Esta circunstancia que permite anunciar desde un principio el éxito de la pretensión, aconseja por otra parte soslayar los demás motivos que componen la “ratio petendi” como accesorios y secundarios, mero acompañamiento dialéctico o argumental a mayor abundamiento y enfocar exclusivamente el tema central o protagonista.

(...)

Pues bien, puesto así el tema en suerte, una primera lectura produce la impresión de que estamos ante una cuestión de competencia reconducible aparentemente a la interpretación y aplicación de las normas correspondientes que delimitan el ámbito de los Jueces de Paz y los de Instrucción, controversia en la cual no debe terciar este Tribunal Constitucional por no rebasar el plano de la legalidad sin adquirir dimensión trascendente alguna, careciendo por tanto en principio de relevancia constitucional, como hemos dicho sin desmayo desde antiguo (SSTC 43/1984, de 26 de marzo; 8/1998, de 13 de enero, y 93/1998, de 4 de mayo). No está de más ratificar aquí y ahora tal doctrina para que esta nuestra Sentencia de hoy, cuyo presupuesto de hecho es insólito y la individualiza, haciendo de ella un caso singular, no provoque malentendido alguno.

En efecto, lo peculiar del caso consiste en que el Juez de Instrucción leyó correcta-

mente la regulación orgánica y procesal al respecto y no negó la competencia objetiva, funcional y territorial del Juez de Paz para conocer de una falta de desobediencia a la autoridad (art. 100.2 LOPJ y 14.1 de la LE-Crim.). Es más, la reconoció explícitamente y, no obstante y a su pesar, consideró “aconsejable y necesario, de cara al justiciable” que del enjuiciamiento se encargara él mismo, Juez de Instrucción. El fundamento para tal decisión contra el texto claro e inequívoco de la Ley consiste en una argucia dialéctica que pone de manifiesto el voluntarismo de aquélla. Los Juzgados de Paz de su partido —dice— carecen de “medios materiales” y de “personal profesional” y, en su virtud, equipara esta situación a la inexistencia de la institución, para concluir “per saltum” que allí donde no haya un Juzgado de tal clase la competencia que le hubiera correspondido habrá de ejercerla el de Instrucción, asumiéndola “como si se tratasen de hechos acaecidos en la localidad sede del mismo”, razonamiento circular cuyo punto de partida es el art. 99 de la LOPJ en el cual se dice que en los municipios donde no exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción habrá (uno) de Paz.

En definitiva, lo que hace el Juez de Instrucción en tal Sentencia y con razonamiento tan notoriamente inconsistente es avocar por su propia autoridad un asunto para juzgarlo en primera instancia cuando su posición en ese proceso penal era la de un Juez de apelación. No sólo se produce así una incompetencia total y absoluta, que conllevaría la nulidad de pleno Derecho de la decisión, sino que como efecto inducido se altera injustificadamente el sistema de recursos en ese orden judicial. Tal avocación, no prevista en ningún caso, choca frontalmente y niega radicalmente el concepto de competencia en su núcleo sustantivo. No se trata de un deslinde y amojonamiento de distintos y colindantes ámbitos de actuación en hipótesis polémicas o en situaciones problemáticas sino de extraer del inferior un asunto que le es propio por una orden superior, atentando así directa-

mente al principio de independencia judicial y al gobierno de las leyes, que se sustituye por el puro arbitrio. Por ello, en cualquier caso supone la ruptura deliberada del esque-

ma competencial por capricho o conveniencia ajenos a su estricta dimensión jurídica, en función de circunstancias de hecho, dotándole así de trascendencia constitucional.

**Sentencia 38/2000 de la Sala 2.^a del TC de 14 de febrero de 2000
(BOE 17 de marzo de 2000) (Recurso de amparo 2770/1996)**

DERECHO DE DEFENSA Y A LA ASISTENCIA LETRADA.

Art. 24 CE

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

SÍNTESIS

Denunciada por el recurrente la vulneración, entre otros, del derecho de defensa y a la asistencia letrada, al haber sido juzgado en ausencia y con la presencia de un Abogado que no era su defensor sino uno que fue accidentalmente designado por el Magistrado que presidía el Tribunal al encontrarse en el pasillo y que tras la celebración del juicio se aquieta con la sentencia dictada "in voce" manifestando su intención de no recurrir; la Sala deniega el amparo solicitado por entender que concurre una causa de inadmisibilidad al no agotarse los recursos utilizables dentro de la vía judicial ordinaria, puesto que pudo recurrirse en anulación al amparo del 797 de la LECrim. Es interesante el voto particular que formula D. Rafael de Mendizábal tachando tal decisión de formalista y considerando que debió soslayar la causa de inadmisibilidad que acoge y afrontar el tema de la defensa letrada en juicio que en su opinión resultó claramente vulnerada. [En relación al derecho de defensa y a la asistencia letrada véase también la STC 229/1999, de la Sala 1.^a de 13 de diciembre (BOE de 20 de enero de 2000) y STC 13/2000, de la Sala 1.^a de 17 de enero (BOE de 18 de febrero)]

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. (...) el presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia, de 6 de junio de 1996, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cartagena, dictada en procedimiento seguido por delitos de hurto y receptación, que

condena al actual recurrente como autor responsable de un delito de receptación.

Se invoca como vulnerado el art. 24 de la CE y, a los efectos del presente recurso de amparo, la denuncia se desglosa en una múltiple referencia a los derechos a la tutela ju-

dicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE), en relación con las garantías procesales del art. 24.2 de la CE, a la defensa y asistencia de Letrado (art. 24.2 de la CE), a defenderse por sí mismo a la última palabra (art. 24.2 de la CE), a la presunción de inocencia y a la prueba (art. 24.2 de la CE), a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 de la CE) y a un juez imparcial (art. 24.2 de la CE). El demandante, no obstante reconocer errores propios, solicita de este Tribunal que se declare la nulidad de la resolución impugnada, ya sea para celebrar nueva vista, ya para permitir la interposición de un recurso de apelación contra la misma.

2. Centrada así la cuestión, antes de entrar a pronunciarse sobre el fondo de las tachas aducidas, se hace preciso examinar si concurren en este caso las causas de inadmisibilidad opuestas por el Ministerio Fiscal puesto que, caso de acogerse, se habría ya de inadmitir el presente recurso de amparo sin pronunciarse sobre la conculcación de los derechos constitucionales reconocidos en el art. 24 de la CE que se invocan como vulnerados.

En atención a la denunciada indefensión, pretendidamente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, y a la aducida vulneración de los derechos a la presunción de inocencia, al juez imparcial, al recurso y a la asistencia letrada, según sostiene el Fiscal, la queja habría sido interpuesta prematuramente incurriendo con ello en la causa de inadmisión establecida en el art. 44.1.a) de la LOTC. Sostiene, en cambio, el Letrado del demandante que por haber sido la impugnada una Sentencia dictada “in voce”, y respecto de la que habrían manifestado las partes su intención de no apelar, no habría sido posible recurrirla.

(...)

Así pues, al venir en amparo sin haber agotado previamente todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial ordinaria, no cabe sino constatar la prematura interposición de una queja que, en la medida en que desconoce la subsidiariedad propia del recurso de amparo, queda incurso en la causa

de inadmisibilidad articulada en el art. 44.1.a) de la LOTC.

Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende, Magistrado de este Tribunal Constitucional, a la Sentencia de su Sala 2.^a recaída en el recurso de amparo 2770/1996

(...) conviene recordar que el derecho fundamental a un juicio justo, un proceso público sin dilaciones indebidas o el proceso debido, “due process” en la terminología de la Constitución norteamericana, conlleva, por una parte y con carácter instrumental, el derecho a la defensa en juicio de quien necesite la tutela judicial, sin que su negación sea el equivalente simétrico de la indefensión, achacable también a otras agresiones de los demás derechos instrumentales de aquella tutela. Este derecho a la defensa ofrece una cierta complejidad cuyos distintos aspectos paso a exponer.

A) En el ámbito penal, el principio acusatorio como garantía cardinal se refleja ante todo, en el derecho a ser informado debidamente de la acusación para permitir precisamente la defensa en juicio, carga informativa de quien acusa, como secuela de la presunción de inocencia, cuyo contenido ha de comprender no sólo el conocimiento de los hechos imputados sino también de su calificación jurídica —delito— así como de sus consecuencias reales y su incidencia en la libertad o el patrimonio del acusado, la pena, para cuya imposición y no para el mero reproche moral o social está organizado el proceso penal, así llamado, como el Derecho sustantivo, por ese castigo, sin que se agote en una mera declaración de antijuridicidad sino que sólo se perfecciona por la retribución en la cual consiste su elemento simétrico, la sanción, consecuencia necesaria de aquella y núcleo esencial de la pretensión punitiva como objeto del proceso.

B) Siendo el titular de este derecho de defensa el acusado o litigante, que puede ejercerlo “por sí mismo” como reconocen el Convenio Europeo de Derechos Humanos

[art. 6.3.c)] y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York [art. 14.3.d)], la más primaria de sus manifestaciones es la asistencia al juicio oral (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, 218/1997, de 4 de diciembre, y 138/1999, de 22 de julio). Ese su derecho a presenciarlo y, en su caso, a actuar en el marco de las leyes de enjuiciamiento, por esa misma y sola condición, no puede convertirse a mi entender, en un deber de estar allí, salvo que —y esto es otra perspectiva— fuere necesaria su presencia como objeto de pruebas, no como sujeto del proceso, por ejemplo para reconocimiento por la víctima y/o los testigos. Si se le negara el derecho a quedarse fuera o irse del juicio (sin ponerse fuera de la acción de la justicia, que es otro tema), le bastaría con alterar el orden de la audiencia para conseguirlo mediante la expulsión.

C) El derecho a la defensa en juicio conlleva normalmente aun cuando no necesariamente, como se dirá luego, el derecho “a la asistencia de letrado” que se consagra desde la detención (arts. 17.3 y 24.2 de la CE), vale decir a disponer del consejo y representación de jurisperitos, Abogado y Procurador (ATC 158/1996, de 12 de junio). No se olvide al respecto que esa asistencia jurídica le puede ser tan necesaria a quien ejerce la abogacía como al lego en Derecho, para la buena defensa de un asunto propio sin que su discernimiento sea cegado por la pasión. “El Abogado que se defiende a sí mismo, tiene un tonto por cliente” dice un proverbio inglés.

D) Para dotar de contenido real a tal derecho subjetivo, nacido directamente de la Constitución, evitando así que se reduzca a una retórica declaración de buenos propósitos, la Administración General del Estado asume una actividad prestacional y se hace cargo de los honorarios devengados por la representación y la asistencia en juicio de quienes sean merecedores de esa ayuda por reunir las condiciones legalmente previstas (ATC 160/1996, de 12 de junio). El ingrediente social del Estado de Derecho que significa una acción tuitiva del más débil o des-

valido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9 de la Constitución (STC 123/1992, de 28 de septiembre), explica la raíz profunda del derecho a la justicia gratuita de quienes no tengan los medios económicos suficientes para afrontar los gastos que genere un litigio (art. 119 de la CE) como dije ya en mi Voto particular a la STC 16/1994, de 20 de enero.

E) A su vez, ha de garantizarse la libre elección de los defensores profesionales por quien debe defenderse (“defendant”) que pasa así a la condición de defendido por estar basada la relación de ambos en un doble sentimiento de confianza y empatía, libertad de elección que no puede serle negada al litigante menesteroso, pobre en el lenguaje legal de otrora, a quien no cabe imponerle la asistencia de quienes le asigne la Administración, directamente o a través de los Colegios, por la circunstancia de ser quien pague los emolumentos a estos profesionales, ya que los caudales manejados por aquella o estos no son propios sino obtenidos de los presupuestos generales, caudales públicos por tanto. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 42 —con una configuración abstracta— reconoce al litigante pobre la libertad de elegir a su Abogado y a su Procurador en igualdad de condiciones con quienes los pagan de su bolsillo (ATC 65/1996, de 22 de marzo).

F) La facultad de nombrar y el derecho a que, en caso de no poderlo sufragar, se le designen de oficio los profesionales, no impide tampoco el cambio de defensor o representante cuando falle la confianza. Ahora bien, tal facultad va más allá y se extiende incluso a la posibilidad de desechar la asistencia de letrado, derecho en principio, como todos, renunciable si se recuerda, como se dijo más arriba, que el acusado o litigante tiene un derecho primario a defenderse por sí mismo.

G) Si esto es así, y así es, con mayor razón puede participar en la defensa, corres-

pondiéndole como titular del derecho las decisiones procesales más importantes: hablar o callar, “no declarar contra sí mismo” o “declararse culpable”, desistir o transigir, recurrir o consentir, con o sin e incluso contra el consejo de su defensor, mientras que no son válidas o eficaces las decisiones de éste sin la ratificación del interesado.

H) Una vez nombrados o designados defensor y representante, este derecho fundamental de naturaleza prestacional no puede agotarse en la mera designación sin relación alguna entre cliente y abogado que permita la instrumentación de una defensa en juicio a la manera habitual, cuando hay honorarios por medio. En consecuencia, quien hace la designación ha de ponerla también en conocimiento del beneficiario para que disfrute del patrocinio con entera normalidad (STC 162/1993, de 18 de mayo). La falta de notificación de los nombramientos del Abogado y del Procurador de oficio que impide la comunicación y el contacto con ellos, menoscaba el derecho a la asistencia de letrado (ATC 158/1996 de 12 de junio), salvo que éstos lo hubieran hecho “motu proprio”.

I) Pues bien, en cualquiera de estas manifestaciones, la preceptiva asistencia de letrado, ha de tener un contenido real y operativo, que le dote de eficacia (“right of effective representation”) sin quedarse en los huesos de la mera apariencia, como hemos advertido recientemente (STC 137/1999, de 22 de julio).

J) Corolario de lo dicho es el derecho del acusado a decir la última palabra. El derecho a la defensa, repito, comprende no só-

lo la asistencia de letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también la posibilidad de defenderse personalmente según lo regulen las leyes procesales de cada país configuradoras del Derecho. Es el caso que la nuestra en el proceso penal (art. 739 de la LECrim) ofrece al acusado el “derecho a la última palabra” (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984), por sí mismo, no como una mera formalidad, sino “por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera”. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio (STC 181/1994, de 20 de junio).

(...)

En conclusión y al margen de la causa de inadmisión por prematuridad de la pretensión acogida en nuestro fallo, este debió dar lugar a la petición de amparo y, en consecuencia, anular la Sentencia impugnada por haberse dictado con indefensión del litigante que no disfrutó de asistencia letrada eficaz a lo largo de un proceso penal desprovisto de tan esencial garantía.

**Sentencia 47/2000 del Pleno del TC de 17 de febrero de 2000
(BOE 17 de marzo de 2000) (Recurso de amparo 889/1996)**

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL CAUSADA POR UNA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PROVISIONAL CARENTE DE FUNDAMENTACIÓN, QUE CONDUCE AL PLANTEAMIENTO DE UNA CUESTIÓN INTERNA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Arts. 503 y 504 LECrim.

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

SÍNTESIS

Tras otorgar el amparo solicitado por el recurrente reconociendo la vulneración de su derecho a la libertad provisional por una medida cautelar de prisión insuficientemente motivada e inexpresiva de la finalidad que con ella se perseguía, el Pleno del TC, de conformidad con lo previsto con el art. 55.2 de la LOTC plantea cuestión interna de inconstitucionalidad respecto de los arts. 503 y 504 de la LECrim. al considerar que vulneran el art. 17 de la CE y esa vulneración ha podido ser determinante de la actuación inconstitucional de los órganos judiciales que acordaron en el caso concreto la medida cautelar. [Véase también la STS 14/2000, de 17 de enero (BOE de 18 de febrero)].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...) Tal planteamiento nos obliga a examinar, en primer término, si con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 503 y 504 basta para entender a su vez cumplidas las exigencias constitucionales y, en segundo lugar, si esas exigencias se han cumplido o no efectivamente en el presente caso.

3. Respecto a la primera de las cuestiones, hemos declarado en nuestras ya numerosas Sentencias relativas a esta medida

cautelar que el art. 17 de la CE somete la legitimidad constitucional de la prisión a múltiples exigencias de tal naturaleza que la ausencia de cualquiera de ellas determina su incompatibilidad con los derechos de libertad reconocidos en nuestra Norma Fundamental.

En el fundamento jurídico 5 de la STC 44/1997, de 10 de marzo, intentamos comprender los momentos esenciales de nuestra doctrina, enumerando los requisitos básicos que determinan la legitimidad o ilegitimidad constitucional de la medida de prisión.

Tal fundamento jurídico dice, literalmente, así:

“A los efectos que ahora se nos demanda, conviene recordar los siguientes aspectos de la ya extensa jurisprudencia de este Tribunal relativa a la prisión provisional:

a) En relación con el sustento jurídico de la adopción de la medida de prisión provisional, destacábamos en la STC 128/1995, de 26 de julio, que, además de su legalidad (arts. 17.1 y 17.4 de la CE), ‘la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida’ (también, STC 62/1996, de 16 de abril, FJ 5). El propio fundamento jurídico 3 de esta Sentencia, al que pertenece el entremillado anterior, concretaba como constitutiva de estos fines la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: ‘su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva’.

b) Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada (SSTC 41/1982, de 2 de julio; 56/1987, de 14 de mayo; 3/1992, de 13 de enero, y 128/1995, de 26 de julio). Esta motivación ha de ser suficiente y razonable, ‘entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que

justifican la institución de la prisión provisional’ [STC 128/1995, FJ 4.b)]. En definitiva, la motivación será razonable cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego —la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro— a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como ‘una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines’ referidos en el párrafo anterior (STC 128/1995, FJ 3).

Concreción obvia de las anteriores directrices en la indispensabilidad de la expresión del presupuesto de la medida y del fin constitucionalmente legítimo perseguido. Más allá, la STC 128/1995 indicaba dos criterios de enjuiciamiento de la motivación de la constatación del peligro de fuga. El primero consiste en que deberán ‘tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado’. El segundo matiza parcialmente el anterior y se refiere a la consideración del transcurso del tiempo en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que, si bien es cierto que ‘en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional..., así como los datos con los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena’, también lo es que ‘el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias’ y obliga a ponderar ‘los datos personales así como los del caso concreto’ [FJ 4.b)]; también, SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6.A), y 62/1996, FJ 5]. En suma, la medida de prisión provisional debe en todo momento responder a los fines constitucionalmente legí-

timos de la misma y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito.

En coherencia con las directrices reseñadas, la STC 62/1996 realizó una nueva aportación a la especificación del canon de enjuiciamiento de la motivación de la prisión provisional para un grupo diferente de supuestos —prisión provisional por riesgo de fuga tras Sentencia condenatoria—, al indicar que el solo dictado de una inicial Sentencia condenatoria por un delito grave puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia (FJ 7).

c) No podemos cerrar este resumen de jurisprudencia sin referirnos a dos trascendentes extremos que afectan al funcionamiento de esta jurisdicción en su alta tarea de protección del derecho a la libertad. El primero consiste en que la falta de una motivación suficiente y razonable de la decisión de prisión provisional no supondrá sólo un problema de falta de tutela, propio del ámbito del art. 24.1 de la CE, sino prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad, por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante para la misma [SSTC 128/1995, FJ 4.a); 37/1996, FJ 5; 62/1996, FJ 2; 158/1996, de 15 de octubre, FJ 3]. El segundo se refiere a la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia y puede resumirse así: ‘Corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar (STC 40/1987, de 3 de abril, FJ 2), ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley... No corresponde, pues, al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren

o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución’ [STC 128/1995, FJ 4.b)].”

4. De las exigencias que acaban de exponerse procede destacar ahora las invocadas en el presente recurso, a saber: la necesidad de que exista un fin constitucionalmente legítimo, que justifique la medida de prisión provisional, que ese fin se exprese en la resolución que la acuerda y que, junto a la gravedad de la pena que pudiera llegar a imponerse, se examinen, en el juicio de proporcionalidad que requiere la adopción de la medida, las circunstancias particulares del hecho y del presunto autor del mismo.

(...)

5. La comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto “prima facie” que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizás bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el art. 17 de la CE en los términos que señalamos, para el derecho al secreto de las comunicaciones, en la STC 49/1999, de 5 de abril, FFJJ 4 y 5.

Pero a esa insuficiencia se añaden, en el presente caso, otras posibles tachas de inconstitucionalidad. En efecto, según una interpretación usual del párrafo segundo del art. 504 que, dado que ni siquiera han respondido a las razones constitucionales aducidas por el recurrente, parece ser la aceptada en este caso por los órganos judiciales, el

mero hecho de que el delito esté castigado con pena superior a la de prisión menor puede determinar, pese a que de sus circunstancias personales se deduzca que no hay riesgo de fuga y que no concurre ninguno de los demás fines legítimos, que pudieran justificar constitucionalmente la privación cautelar de libertad, ésta ha de acordarse necesariamente en algunos casos.

De entre ellos, merece una especial consideración la alarma social producida por el delito, a la que se hace referencia en las resoluciones impugnadas. Porque, como dijimos en la STC 66/1997 (de 7 de abril, FJ 6), y reiteramos en la STC 98/1997 (de 20 de mayo, FJ 9), “con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos —la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo— y otros orígenes —la fuga del imputado o su libertad provisional—, juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena —la prevención general— y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa”.

7. Para el recurrente las resoluciones impugnadas vulneran su derecho a la liber-

tad personal, en primer término, porque no expresan ningún fin legítimo que justifique la privación de ella que la prisión supone y, en segundo lugar, porque la gravedad abstracta de los delitos y las penas y la alarma social no bastan para justificar la prisión desde la perspectiva constitucional dado que no se han tenido en cuenta las circunstancias personales y de arraigo familiar alegadas.

(...)

11. La carencia de justificación suficiente, desde la perspectiva constitucional, de la medida de prisión acordada, constituye una vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 de la CE) al hallarse ausente uno de los elementos esenciales del supuesto que habilita para decretar la privación provisional de libertad. Debe, por consiguiente, reconocerse la vulneración del derecho fundamental, procediendo a anular las resoluciones que autorizaron indebidamente su limitación.

Pero, en el presente caso, nuestra decisión no puede acabar aquí. Como hemos destacado en el fundamento jurídico 5, la Ley aplicada (arts. 503 y 504 de la LE-Crim.) vulnera el art. 17 de la CE y esa vulneración ha podido ser determinante de la actuación inconstitucional de los órganos judiciales, por lo que se está en el supuesto previsto en el art. 55.2 de la LOTC y procede, por tanto, plantearse la cuestión de inconstitucionalidad relativa a dichos preceptos.

**Sentencia 59/2000 del Pleno del TC de 2 de marzo de 2000
(BOE 29 de marzo de 2000) (Recurso de amparo 3905/1994)**

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL. VOTO PARTICULAR SOBRE LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO ACUSATORIO.

Arts. 24 CE, y 902 en relación con 733 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende**

SÍNTESIS

El Pleno del TC considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo a consecuencia de haberle sido impuesta, en sentencia dictada en casación, una pena superior a la solicitada por la acusación sin constar motivación alguna al respecto. Hay voto particular suscrito por tres magistrados considerando que debería haberse ido más allá en el análisis, estudiando las exigencias del principio acusatorio y declarando su vulneración, así como los límites del Supremo como Tribunal de casación que no incluyen la posibilidad de hacer uso de una facultad análoga a la del 733 de la LECrim. reservada a las Audiencias y Juzgados de lo Penal. [En el mismo sentido SSTC 75/2000, de 27 de marzo (BOE de 4 de mayo); 76/2000, de 27 de marzo (BOE de 4 de mayo); 92/2000, de 10 de abril (BOE de 18 de mayo); 122/2000, de 16 de mayo (BOE de 20 de junio), todas ellas de la Sala Segunda, siendo ponente Rafael de Mendizábal Allende y con idéntico voto particular suscrito por dos magistrados].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. (...) la pretensión de amparo tiene otro de sus soportes en que la Sentencia impugnada quebrantó el principio acusatorio por haber impuesto a la condenada una pena muy superior a la pedida por el Fiscal sin haber sido informada de la acusación y sin cumplir la exigencia de motivación contenida en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se invoca. Así planteada la incógnita, conviene al caso averiguar ante to-

do si tal pretensión merece un tratamiento en esta sede por su contenido. La respuesta no parece dudosa aquí y ahora por encararse el supuesto de una Sentencia que, dando lugar a la casación, impone pena de prisión superior en un tercio a la pedida por los acusadores en la causa, sin explicación alguna, aceptando el motivo esgrimido como fundamento del recurso y compartiendo no sólo la misma calificación jurídica del delito sino la participación en él de la condenada como autora a quien la Audiencia le había impues-

to cuatro años como cómplice. No parece que sea necesario justificar la incidencia negativa y la pesadumbre que sobre la libertad personal de la así condenada haya podido tener y tenga, si no se le pusiera remedio a tiempo, ese sobredicho incremento de tantos años de reclusión sobre los correspondientes según la acusación, quince años, ni tampoco se le oculta a nadie su significado en nuestra Constitución desde la perspectiva de la libertad, que proclama como valor superior en su mismo umbral y configura luego su manifestación primaria, personal como derecho fundamental en el art. 17 de la CE Por ello, lo que se pone en tela de juicio con relevancia constitucional, en definitiva, es la potestad judicial de agravar la pena más allá de la pedida por el acusador. Dentro de tal perímetro estrictamente delimitado, el principio acusatorio juega un papel de protagonista con una función de garantía.

Ahora bien, antes de abordar este reproche constitucional, conviene señalar una carencia de la Sentencia impugnada en la parte que respecta a este proceso y a su demandante. En los fundamentos de aquélla y para casar la que dictó la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo explica concisa pero expresivamente las razones que le llevan a dar la razón al Fiscal para calificarla como autora y no cómplice, y apreciar que concurre la circunstancia agravante incorporada al tipo, pero nada dice en la segunda Sentencia respecto del incremento de pena, cinco años, importante por sí mismo. Esto nos plantea como incógnita previa si tal incremento, en la hipótesis de que fuera viable con arreglo al texto del art. 902 de la LECrim., estaba necesitado de una explicación “ad hoc”, y ello nos pone en el terreno de la motivación, cuyo anclaje está directamente en el art. 120 de la Constitución.

(...)

La obligación de motivar cobra sin duda un especial relieve en supuestos, como el presente, en el que la condena fue superior a la solicitada por las acusaciones en el proceso. Ciertamente la STC 193/1996, de 26 de

noviembre, que reafirma esa exigencia constitucional de justificar la pena concreta, admitió que ésta quedase satisfecha sin necesidad de especificar las razones justificativas de la decisión siempre que, como era el caso, éstas pudieran desprenderse con claridad del conjunto de la decisión (FJ 6). Sin embargo, en el presente caso la simple lectura de la Sentencia pone de manifiesto que la justificación de la concreta pena impuesta, por encima de la pedida por el Fiscal, no se infiere en modo alguno de su texto, pues sus razonamientos atañen, exclusivamente, al cambio de calificación efectuada y a la participación en los hechos inculcados. En consecuencia ha de estimarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), por falta de motivación de una decisión que atañe a la libertad personal (art. 17 de la CE).

(...)

6. Pues bien, la primera Sentencia del Tribunal Supremo, en la parte que aquí importa, ofrece como hemos visto con suficiente claridad, aun cuando concisamente, las razones que tuvo la Sala para considerar autora en vez de cómplice a la condenada y para dar juego a la “extrema gravedad” como integrante del tipo penal, según venía propugnando el Fiscal. Sin embargo, una vez sentadas tales premisas, necesarias pero no suficientes, la Sala impone en la segunda Sentencia directamente la pena de veinte años, añadiendo cinco a los quince pedidos por la acusación a causa de esa participación y esa circunstancia agravante sin la menor explicación. No se encuentra en aquélla argumento alguno que legitime tan drástica decisión y como consecuencia de tal silencio sobre un aspecto esencial de la pretensión punitiva es claro que carece de motivación. En ningún momento se dice siquiera cuál precepto le haya podido servir de apoyo para ese incremento de la pena ni cuáles fueran las razones que la justificaran. Obrando así es forzoso concluir, por tanto, que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva.

**Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende y al que pres-
tan su adhesión don Manuel Jiménez de
Parga y Cabrera y don Guillermo Jiménez
Sánchez, Magistrados los tres del Tri-
bunal Constitucional, a la Sentencia dic-
tada por el Pleno y recaída en el recurso
de amparo núm. 3905/1994**

(...)

4. El contenido de la Sentencia penal.

En nuestro sistema judicial, tal y como lo vemos hoy, como producto del aluvión histórico de distintos materiales y en sucesivas épocas, donde se superponen —como los estilos en las catedrales— residuos del sistema inquisitivo y aportes del principio acusatorio, hay tres preceptos que indican cuál haya de ser el contenido de la Sentencia en las distintas modalidades del proceso penal y en sus distintos grados. Uno, cuya redacción procede de la versión originaria —1882— de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que seguía el modelo francés, inquisitivo, con raíces en el aborigen, también inquisitorial, el art. 742, donde se dice tan sólo que en ella “se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio”, incluso las “referentes a la responsabilidad civil”, “condenando o absolviendo a los procesados no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales”, con el límite que marcaba el art. 885.1.4 —hoy 851.4— al socaire de la casación por infracción de Ley cuando se penare un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiera procedido previamente como determina el art. 733. Otro es el art. 794.3 de la LECrim., donde se configura la eventual Sentencia a dictar por el Juez de lo Penal dentro del procedimiento abreviado en cuya virtud “la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones”. El tercero, único que aquí y ahora interesa, aunque los tres forman parte del mismo grupo normativo, es el art. 902, que no

permite “imponer pena superior a la señalada en la Sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor”.

En el Tribunal Supremo hay dos corrientes jurisprudenciales, al respecto, que se solapan. Una de ellas, quizá predominante o mayoritaria, según sus propias palabras, predica que el principio acusatorio no impide que la Audiencia o el Juez impongan una pena superior a la solicitada por la acusación, bien remediando errores de ésta (si ha omitido solicitar penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión o ha pedido penas inferiores a las legalmente procedentes), bien haciendo uso de sus facultades legales de individualización dentro de los márgenes correspondientes a la pena legalmente determinada para el tipo delictivo objeto de acusación y debate en el proceso, pues el Juez está sometido a la Ley y debe, por tanto, aplicar las penas que a su juicio procedan legalmente. Su función individualizadora, se dice, no está encorsetada por el límite cuantitativo marcado por las acusaciones, siempre que se mantenga en el marco punitivo señalado por la Ley. En tal sentido la correlación no se produce por el “quantum” de la pena sino por el título de la condena, pudiendo recorrerse aquélla en toda su extensión, pero no imponer una pena superior en grado, salvo que utilizare la fórmula del art. 733 (art. 885.1.4 de la LECrim.). Sin embargo otra tendencia se apoya en una lectura del art. 794.3 de la LECrim. que lleva directamente, por su construcción gramatical, a la conclusión de que allí se veda la condena a una pena cuantitativamente mayor que la más grave pedida por las acusaciones, no simplemente “distinta”, desde el momento en que utiliza el verbo exceder, equivalente a superar o sobrepasar en cabida o tamaño. En definitiva, la hermenéutica se mueve entre dos lecturas antagónicas, según se entienda por “pena” la prevista en abstracto para el correspondiente delito en el Código o la pena individualizada y concre-

ta, cuantificada ya, que soliciten quienes acusan.

Pues bien, entre ambas tesis —“estas dos opuestas interpretaciones”— el Tribunal Supremo vino a optar en un momento dado por la segunda, “más correcta y acomodada” al texto del precepto desde la perspectiva de la función constitucional del proceso penal:

“...de modo que ha de entenderse que al dictar la sentencia en el mismo, la función individualizadora de la pena que al Tribunal corresponde encuentra su techo en el ‘quantum’ de tal pena solicitada por la más grave de las acusaciones. Apoyan esta doctrina las técnicas propias de la labor interpretativa: a) la literal o gramatical ya que el concepto de ‘pena que exceda’ es distinto de el de ‘pena más grave’...; b) la lógica, ya que de un lado... resultaría contrario a las reglas del método legislativo incluir en un precepto aplicable tan sólo a una modalidad del procedimiento penal, algo que la ley venía diciendo para la generalidad del procedimiento de tal clase (art. 851.3), que es supletoriamente aplicable a aquel procedimiento especial y la doctrina venía aplicando a todo el proceso penal; y, de otro, parece razonable pensar que si lo que el número 3 del art. 794 pretendía era señalar los límites impuestos a la sentencia por el principio acusatorio, y, dentro de estos límites, al lado de la prohibición contenida en el último inciso de ‘condenar por delito distinto cuando este conlleve una diversidad del bien jurídico protegido o mutación esencial del hecho enjuiciado’, hubiera querido también establecer la prohibición de imponer pena más grave en grado o calidad, así lo hubiera dicho... y c) la sistemática, pues la interpretación que se acepta y se declara correcta es la que resulta más congruente con todo el sistema que inspira el procedimiento abreviado el que, entre otros principios, pretende potenciar el consenso, formulando y ampliando los términos de la conformidad del reo...; d) por último, esa interpretación o entendimiento de la re-

gla 3 del art. 794... es también la más acorde con los fines de ‘lograr en el seno del proceso penal... una mayor protección de las garantías del inculpado’” (STS de 7 de junio de 1993). No es esta una Sentencia aislada, como pone de manifiesto el análisis de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con arreglo a la técnica propia del “case law”, que pone el peso específico en la relación causal directa entre el supuesto de hecho y la decisión judicial, “ratio decidendi”, dejando en la cuneta los “obiter dicta” o consideraciones a mayor abundamiento, si las hubiere, mera guarnición del guiso principal. En otras sentencias posteriores ha ido quedando claro cuándo y cómo se transgrede el principio acusatorio, sin que la realidad jurisprudencial coincida siempre con su exposición abstracta o genérica, aunque sí en más de una ocasión.

5. El principio acusatorio en la casación.

En definitiva, el Juez Penal no debe legalmente, ni constitucionalmente puede, imponer una pena más extensa cuantitativamente, aun cuando estuviere dentro del marco punitivo del Código, que la pedida por el Fiscal o las demás acusaciones si las hubiere, sea cualquiera el procedimiento o el grado jurisdiccional, con o sin el planteamiento de la tesis que permite el art. 733 LECrim., concebido como válvula de seguridad del sistema acusatorio por quien lo instauró hace más de un siglo. Sin embargo de esta declaración general, la incógnita a despejar en esta sede constitucional no comprometía el ámbito entero del principio acusatorio y estaba circunscrita a una situación muy concreta. Efectivamente, la Sentencia impugnada se pronunció en un recurso de casación, a instancia del Fiscal y habiéndose aquietado la condenada, para cuya ocasión el precepto idóneo era el 902 de la LECrim., en cuya virtud la llamada segunda Sentencia, que una vez casada la de instancia ha de dictar el Tribunal Supremo por un puro principio de economía procesal, evitando así el reenvío,

no tendrá “más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la Sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor”.

(...)

7. Recapitulación.

Lo dicho hasta aquí pone de manifiesto que la Sentencia impugnada, cuya parte dispositiva aumentó en cinco años sin previo aviso ni razonamiento alguno la pedida por el Fiscal a lo largo del proceso en sus dos grados, no obstante coincidir en los hechos, en su calificación como delito incluso la circunstancia agravatoria específica y en la participación de la condenada, ha rebasado el límite intrínseco del principio acusatorio por haber tocado varias de sus piezas. En tal coyuntura nuestra STC 12/1981, de 10 de abril, parece suficientemente expresiva al respecto y marcó el único rumbo que en esta singladura nos puede llevar a buen puerto. Allí se dijo, en efecto, que el recurso de casación por infracción de Ley se mueve, res-

pecto a la calificación de los hechos, en límites aún más restringidos. El Tribunal Supremo no puede imponer pena superior a la señalada en la Sentencia casada o, en su caso, a la que solicite el recurrente cuando éste pida una pena superior a aquélla, sin que pueda hacerse uso de una facultad análoga a la que el citado art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede a las Audiencias y Jueces de lo Penal (art. 902 de la LE-Crim.), residuo del sistema inquisitivo. Por su parte, y en el mismo sentido, el propio Tribunal Supremo ha entendido que sólo puede confirmar la Sentencia recurrida o acceder a la petición del recurrente y, por ello, ni siquiera en el caso de llegar a la convicción de que fuere correcta una calificación jurídica distinta pero homogénea, procedería “de oficio reformar *in peius*” la decisión impugnada, sino mantener los efectos punitivos de la calificación primitiva (STS de 10 de febrero de 1972, entre otras). En definitiva, lo dicho hubiere llevado directamente a la concesión del amparo constitucional, no sólo por una deficiente motivación, sino por haberse cruzado la raya del sistema acusatorio.

**Sentencia 71/2000 de la Sala 2.^a del TC de 13 de marzo de 2000
(BOE 14 de abril de 2000) (Recurso de amparo 2247/1999)**

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: PRISIÓN PROVISIONAL EN CAUSA DE EXTRADICIÓN QUE SOBREPASA EL PLAZO MÁXIMO.

Arts. 17 CE, 504 LECrim. y 10 Ley de Extradición Pasiva

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

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho a la libertad personal invocada por el recurrente en amparo como consecuencia del mantenimiento de su situación de prisión provisional en un procedimiento de extradición excediendo del plazo máximo previsto en el art. 504 LECrim. so pretexto de que no debería computarse el tiempo en que el recurrente cumplía condena impuesta en otra causa penal. Se declara que los plazos máximos de prisión provisional no pueden ser sobrepasados aun cuando la extradición quede pendiente del cumplimiento de la condena. [En el mismo sentido, STC 72/2000, de 13 de marzo (BOE de 14 de abril), interpuesto por el mismo recurrente y también con referencia a (otra) causa de extradición, en el recurso de amparo 2738/1999].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. Para el estudio de la cuestión planteada, siguiendo la doctrina establecida en el FJ 4 de la STC 19/1999, hemos de considerar que, dentro del régimen legal de la prisión provisional, “en el que, con reiteración, venimos afirmando la necesidad de observar en su aplicación un principio de excepcionalidad (SSTC 41/1982, FJ 2; 37/1992, FJ 5 y 37/1996, FJ 6), la fijación de un plazo legal máximo, directamente impuesto por el art. 17.4 de la CE, sitúa de modo inmediato

el significado de esos plazos en un plano constitucional. Sobre el particular es numerosa nuestra jurisprudencia, de la cual, como exponente resumido, podemos remitirnos a las recientes SSTC 98/1998 y 234/1998. Como decíamos en la última (FJ 2), el respeto y cumplimiento de los plazos legales máximos de prisión provisional constituye una exigencia constitucional que integra la garantía consagrada en el art. 17.4 de la CE, de manera que la superación de dichos plazos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en

consecuencia, su vulneración (entre otras, SSTC 127/1984, FJ 3; 98/1998, FJ 2, y 142/1998, FJ 3)”.
6. (...) respecto a las peculiaridades de la situación de prisión provisional de quien se encuentra sometido a un procedimiento de extradición pasiva, en la STC 5/1998, de 12 de enero, hemos declarado:

“Cierto es que la privación cautelar de libertad en estos casos es, por sus efectos materiales, idéntica a la que cabe acordar en el proceso penal, pero mantiene puntos diferenciales que han de ser resaltados. Así, se produce en un proceso judicial dirigido exclusivamente a resolver sobre la petición de auxilio jurisdiccional internacional en que la extradición consiste. No se ventila en él la existencia de responsabilidad penal, sino el cumplimiento de las garantías previstas en las normas sobre extradición, y, por ello, no se valora la implicación del detenido en los hechos que motivan la petición de extradición, ni se exige la acreditación de indicios racionales de criminalidad, ni son aplicables en bloque las normas materiales y procesales sobre la prisión provisional previstas en la LECrim., aunque el párrafo tercero del art. 10 de la LEP se remita, subsidiariamente, a los preceptos correspondientes de la misma reguladores del límite máximo de la prisión provisional y los derechos que corresponden al detenido.

Además, su adopción, mantenimiento y duración se regula expresamente en la LEP y se dirige exclusivamente a evitar la fuga del sometido a extradición —art. 8.3 de la LEP. Y se decreta, por último, sobre quien no está dispuesto a comparecer ante los Tribunales que le reclaman sean o no de su nacionalidad pues para ello ha huido de su territorio o se niega a regresar a él.”

Las peculiaridades del régimen de la prisión provisional a efectos de extradición a las que acabamos de hacer referencia no son sino una manifestación más de la modulación que sufren los derechos y garantías propios del proceso penal en su aplicación

al procedimiento de extradición pasiva. Así lo pusimos de manifiesto en la STC 102/1997, de 20 de mayo, FJ 6, y así hemos venido haciendo aplicación de ello en resoluciones como la STC 141/1998, de 29 de junio.

7. A partir de lo hasta ahora expuesto hemos de enjuiciar el razonamiento empleado por el órgano judicial para mantener la prisión provisional a efectos de extradición, no computando a estos efectos el tiempo en que el demandante se encuentra en situación de penado, lo que impide su entrega al Estado requiriente, ya acordada en el expediente de extradición.

Las dos razones aportadas por la Audiencia Nacional, expuestas en el fundamento jurídico primero, pueden reducirse a que el tiempo en que el demandante se encontraba cumpliendo condena no se computa a los efectos de prisión provisional del sometido a expediente de extradición. A esta conclusión llega la Audiencia a través de dos vías. La primera, meramente apuntada en la resolución, tomaría en consideración la especial naturaleza de la privación de libertad de la persona cuya entrega ya ha sido autorizada con carácter firme, dirigida a asegurar una entrega ya acordada y suspendida mientras se cumple condena por otra causa. La segunda parte de la aplicación del régimen procesal de la prisión provisional, porque el extraditado es reclamado, no para cumplir una condena impuesta por el Estado reclamante, sino para ser juzgado, por lo que se le aplicaría el art. 504.6 de la LECrim. y no se computaría el tiempo en que la entrega ya acordada se suspende por causa no imputable a la Administración de Justicia.

Ya hemos puesto de relieve que esta solución fue expresamente rechazada en la STC 19/1999 cuando la simultaneidad en la privación de libertad obedecía a la doble condición de penado y de preso provisional, sin que las peculiaridades de la prisión provisional a efectos de extradición permitan una solución distinta. En efecto, el mantenimiento de la situación de prisión provisional a efectos de extradición durante todo el

tiempo que dure el cumplimiento de la condena, y por ende se encuentre suspendida la entrega del extraditado, incide en su situación penitenciaria como penado, de forma que no puede ser clasificado o se suspende su clasificación (art. 104.1 y 2 del Reglamento Penitenciario), lo que implica que no pueda acceder a determinados beneficios penitenciarios, como los permisos de salida (art. 154 y 159 del R.P.), acceder al régimen abierto, porque se requiere para ello estar clasificado en tercer grado, ni obtener la libertad condicional (art. 192 y ss. del R.P.). De ahí que, si de una parte la situación de prisión provisional supone un agravamiento de las condiciones de cumplimiento de la condena que se encuentra cumpliendo y simultáneamente no se computa ese tiempo a efectos del plazo máximo de prisión preventiva aplicando el art. 504.6 de la LECrim., se realiza una aplicación de este precepto que es contraria, por injustificadamente restrictiva, al derecho fundamental a que la prisión provisional tenga un plazo máximo determinado (art. 17.4 de la CE). De igual modo, la frecuencia con que en la práctica nos encontramos con suspensiones de entregas extradicionales mientras se cumple condena hace aplicable el razonamiento, ya expuesto en la STC 19/1999, de que “si el legislador no incluyó en el precepto la situación a la que se refiere el recurso, no cabe incluirla por vía interpretativa con idéntica finalidad”.

Ciertamente la regulación legal de la situación de quien se encuentra privado de libertad por causa de haberse acordado ya su extradición pero resultar aplazada su entrega mientras queden extinguidas sus responsabilidades en España no contempla suficientemente las múltiples situaciones que pueden darse, pues la genérica remisión que el art. 10 de la LEP realiza a la Ley de Enjuiciamiento Criminal no da respuesta bastante a la variedad de supuestos planteables, lo que sin duda reclama la intervención del legislador.

Pero en todo caso ha de considerarse, en conclusión, que la prisión del sometido a extradición no es la única medida que puede adoptarse para asegurar que permanecerá a disposición del Juez o Tribunal que entiende de la extradición, sino que puede acordarse la libertad del detenido y adoptar alguna o alguna de las siguientes medidas: vigilancia a domicilio, orden de no ausentarse de un lugar determinado sin la autorización del Juez, orden de presentarse periódicamente ante la autoridad designada por el Juez, retirada de pasaporte y prestación de fianza (art. 8.3 de la LEP). Por lo tanto, si en el seno del procedimiento de extradición se acuerda la prisión provisional, ésta se encuentra cubierta por la misma garantía constitucional de limitación temporal. Que la existencia de una entrega extradicional ya acordada aumente el riesgo de fuga durante el disfrute de alguno de los beneficios penitenciarios a que nos hemos referido podrá, en su caso, justificar la toma en consideración de esta circunstancia por la Administración Penitenciaria o por el Juez de Vigilancia Penitenciaria que, dentro de sus respectivas competencias, hayan de autorizarlos.

8. Habiéndose rechazado en el fundamento jurídico anterior que el cómputo del plazo de prisión provisional deba quedar interrumpido mientras el demandante cumpla condena por otra causa que impida la entrega ya acordada en el expediente de extradición, y no habiéndose prorrogado la prisión provisional dentro del término de dos años marcado por el art. 504 de la LECrim., que no hace sino concretar el mandato del art. 17.4 de la CE, ha de estimarse el recurso de amparo, pues con reiteración hemos dicho que el agotamiento del plazo máximo inicial sin que se haya puesto fin a la medida cautelar o, alternativamente, se haya aprobado su prórroga, implica también, por más que su intensidad no sea la misma, una vulneración del art. 17.4 de la CE, sin que la prórroga acordada con posterioridad pueda venir a subsanarla (SSTC 40/1987, de 3 de abril, FJ 3, y 103/1992, de 25 de junio, FJ 3).

**Sentencia 105/2000 del Pleno del TC de 13 de marzo de 2000
(BOE 18 de mayo de 2000) (Recurso de inconstitucionalidad 431/1995)**

COMPETENCIA REGLAMENTARIA DEL CGPJ GOBIERNO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS; COMPETENCIAS SOBRE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (HORARIO Y JORNADA DE TRABAJO, ESTATUTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL JUDICIAL); TRADUCCIÓN AL CASTELLANO DE ESCRITOS Y DOCUMENTOS REDACTADOS EN LENGUA OFICIAL AUTONÓMICA.

Arts. 189.1, 231.4, 272.4 y 455 y Disposición adicional primera LOPJ según redacción dada por la LO 16/1994, de 8 de noviembre

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

SÍNTESIS

Se impugnaba en el recurso de inconstitucionalidad de referencia la presunta inconstitucionalidad de diversos artículos de la LOPJ conforme a la redacción dada por LO 16/1994, y atinentes a tres aspectos: competencia reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial, Gobierno y Comunidades Autónomas, competencias sobre administración de justicia del Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas (horario y jornada de trabajo, estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia) y traducción al castellano de escritos y documentos redactados en lengua oficial autonómica. A través de esta sentencia de tipo interpretativo, el TC salva la constitucionalidad de los preceptos impugnados disponiendo cómo deben ser entendidos para ser considerados acordes con la CE. Se pronuncian, no obstante, dos votos particulares suscritos, cada uno de ellos, por dos magistrados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. La reforma de los arts. 189.1 y 272.4 LOPJ tiene como denominador común el haber trasladado del Consejo General del Poder Judicial al Ministerio de Justicia la titularidad de la competencia relativa a la fijación o determinación del horario y la jornada de trabajo en las Secretarías, oficinas judiciales y “servicios comunes” de los Juzgados y Tribunales. Por otra parte el art. 455

LOPJ ha incluido el horario laboral y la jornada de trabajo del personal al servicio de la Administración de Justicia entre las competencias que corresponden al Ministerio de Justicia o, en su caso, a las Comunidades Autónomas.

Como acabamos de exponer es claro que los recurrentes, no sólo entienden que la competencia sobre la determinación del horario y la jornada de trabajo corresponde al Estado con carácter exclusivo, sino que van

más allá, negando que dicha competencia pueda atribuirse al Poder Ejecutivo por estar reservada al Consejo General del Poder Judicial. De ahí que tampoco serían eficaces las cláusulas subrogatorias contenidas en los Estatutos de Autonomía, pues dichas cláusulas únicamente pueden considerarse extensivas a las facultades que corresponden al Gobierno. Por consiguiente el núcleo de la impugnación se centra, estrictamente, en la distribución de competencias sobre la materia entre el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial.

En relación con dicha distribución de competencias advertimos en la STC 108/1986, de 29 de julio, que de la lectura del art. 122.2 CE se desprende que “las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los Tribunales: De un lado, el posible favorecimiento de algunos Jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado” (FJ 7). En virtud de esta doctrina resulta evidente que el Consejo General del Poder Judicial (y no el Gobierno de la Nación, ni las Comunidades Autónomas) es el único órgano constitucionalmente llamado a desempeñar las funciones que la LOPJ, dentro de la reserva constitucional establecida en el art. 122.2 CE, contempla en relación con el estatuto-jurídico de los Jueces y Magistrados, al fin de salvaguardar la independencia judicial del área de influencia del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, fuera de ese concreto marco de atribuciones nada impide que, una vez regulados por la LOPJ, la constitución, el funcionamiento y el gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera (art. 122.1 CE), la misma Ley Orgánica pueda atribuir al Gobierno de la Nación o al Consejo General del Poder Judicial, indis-

tintamente, competencias sobre todas aquellas materias que no afecten a dicho marco de atribuciones, constitucionalmente reservado al Consejo a través de la precisión que haga la LOPJ.

De conformidad con la mencionada doctrina hemos de concluir que los preceptos impugnados no se oponen a lo dispuesto en los arts. 117.3 y 122.2 CE, esgrimidos por los demandantes en este motivo. En efecto, no pudiendo ser considerados, ni la determinación del horario y la jornada de trabajo en las Secretarías y oficinas judiciales (art. 189.1) o en los “servicios comunes” (art. 272.4), ni el ejercicio de competencias en relación al horario laboral y la jornada de trabajo de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia (art. 455), materias que afecten al estatuto jurídico de Jueces y Magistrados, ni, por supuesto, atribuciones susceptibles de vulnerar la independencia judicial, resulta evidente que la Constitución no impone que tales aspectos deban quedar, en exclusiva, dentro del ámbito de las competencias reservadas constitucionalmente al Consejo General del Poder Judicial. En realidad los demandantes parten de que la potestad reglamentaria del Gobierno está limitada objetivamente, reproduciendo la tesis sostenida en anteriores impugnaciones y que fue expresamente rechazada en los FFJJ 24 y 25 de la STC 108/1986.

(...)

5. En el tercer motivo del recurso se impugne, ahora en solitario, la nueva redacción del art. 455 LOPJ reprochándose al precepto la atribución de competencia, “en su caso”, a las Comunidades Autónomas en todas las materias relativas al estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, lo que derivaría del juego de las cláusulas subrogatorias. Según los recurrentes ello vulnera los arts. 117.3, 122.2, 149.1.5 y 152.1 CE porque permite que la asunción de competencia por las Comunidades Autónomas abarque todas las materias relativas al estatuto y régimen jurídico del referido personal.

(...)

Los recurrentes entienden que las competencias atribuidas al Ministerio de Justicia pueden corresponder a las Comunidades Autónomas “en su caso”; esto es, a su juicio, si los Estatutos de Autonomía de tales Comunidades contienen una “cláusula subrogatoria”. De existir dicha cláusula en el correspondiente Estatuto de Autonomía consideran que el precepto impugnado permite que una Comunidad Autónoma asuma competencia sobre la totalidad de las materias relativas al estatuto y régimen jurídico del personal al que la norma hace referencia, lo que resulta contrario a la doctrina constitucional establecida en la STC 56/1990, en la cual se enumeran expresamente las diversas materias en las que las cláusulas subrogatorias estatutarias no pueden entrar en juego.

(...)

Delimitada así la posición de las partes, la duda de constitucionalidad se centra en si el inciso “en su caso” del art. 455 LOPJ, permite a las Comunidades Autónomas asumir todas las competencias respecto del personal al servicio de la Administración de Justicia como afirman los recurrentes. Para ello conviene recordar, conforme hicimos en el FJ 2, que la atribución de una competencia al Gobierno o al Ministerio de Justicia por la LOPJ, no implica necesariamente que tal competencia pueda ser asumida por las Comunidades Autónomas en virtud de las cláusulas subrogatorias, pues la operatividad de éstas tiene ciertos límites. Así no podrán jugar en aquello que, aun atribuido al Gobierno o al Ministerio de Justicia (pero no reservado constitucionalmente al C.G.P.J.), se incluya en el núcleo de la Administración de Justicia reservado al Estado por el art. 149.15 CE; tampoco en relación con aquellas facultades atribuidas al Gobierno o al indicado Departamento ministerial con alcance supracomunitario; en fin, respecto de cada concreta materia pueden existir otros títulos que incidan en ella y que enerven, en el caso concreto de que se trate, el juego de las cláusulas subrogatorias.

Por lo que se refiere a las materias relativas al estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia hemos de partir de que la existencia de reserva constitucional de Ley Orgánica para su regulación lleva consigo que los aspectos básicos o fundamentales del estatuto de este personal se contengan en la LOPJ, lo cual implica necesariamente que determinados aspectos nucleares de su régimen jurídico sean comunes. Este núcleo esencial de regulación homogénea podrá tener mayor o menor extensión, y, a su vez, afirmarse en el plano normativo por medio de muy diversas técnicas, entre las cuales la opción por el establecimiento de Cuerpos Nacionales no es más que una de entre las varias constitucionalmente legítimas.

La anterior consideración conduce a afirmar que la necesaria existencia de un núcleo homogéneo en el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia justifica la reserva a unas instancias comunes de aquellas materias que puedan afectar en forma decisiva a elementos esenciales del estatuto de dicho personal, tal y como haya sido configurado en cada momento por la LOPJ. Son éstas las materias respecto de las cuales las cláusulas subrogatorias no podrán entrar en juego, por lo que el art. 455 LOPJ, no puede ser entendido en el sentido de que aquellas cláusulas permitan que a las Comunidades Autónomas les corresponda la totalidad, de las materias relativas al estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia.

(...)

En suma, ha de excluirse que el art. 455 LOPJ establezca la necesaria consecuencia de que la inclusión en los Estatutos de Autonomía de las cláusulas subrogatorias atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia sobre la totalidad de las materias que en el texto del indicado precepto se enumeran. La utilización en este artículo de la expresión “en su caso” implica que la competencia sobre determinadas materias única-

mente podrá considerarse atribuida a las Comunidades Autónomas cuando las materias contempladas sean algunas de aquéllas que, con el alcance anteriormente indicado, permiten el juego de las cláusulas subrogatorias existentes en los correspondientes Estatutos, o cuando la respectiva competencia se haya asumido por los Entes Autonómicos en virtud de otro título constitucionalmente válido.

(...)

Por todo lo hasta aquí expuesto ha de concluirse que el art. 455 LOPJ no es inconstitucional entendido en el sentido de que las competencias respecto de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia corresponden al Ministerio de Justicia en todas las materias relativas a su estatuto y régimen jurídico, así como a las Comunidades Autónomas en todas aquellas materias que puedan ser asumidas por ellas en virtud de las cláusulas subrogatorias, con el alcance anteriormente indicado, o de otro título constitucionalmente válido.

6. Nos corresponde ahora entrar en el análisis de la impugnación del art. 10.4 de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, en cuanto da nueva redacción al apartado segundo de la Disposición adicional primera LOPJ, la cual dice así:

“2. El Gobierno o, en su caso, las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, aprobarán los reglamentos que exija el desarrollo de la presente Ley Orgánica, salvo cuando la competencia para ello corresponda al Consejo General del Poder Judicial a tenor de lo que dispone el artículo 110. Cuando afecten a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de los Jueces y Magistrados estarán sujetos a los mismos límites y condiciones establecidos para el Consejo General del Poder Judicial.”

La impugnación tiene una doble dirección. De una parte se sostiene en ella que es contrario al art. 149.1.5 CE, atribuir al Gobierno la potestad reglamentaria para desarrollar la Ley Orgánica en la medida en que,

a través de las cláusulas subrogatorias, se habilita también a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, sin concretar que para éstas se refiere tan sólo a lo que hemos venido llamando administración de la Administración de Justicia; así, mediante el juego de las cláusulas subrogatorias, la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas y la del Gobierno tendrían alcance general y la misma extensión, con el único límite común representado por las materias atribuidas al Consejo General del Poder Judicial. De otro lado la propia disposición impugnada, se dice, admite que los reglamentos pueden dictarse sobre materias que afecten al ejercicio de los derechos y deberes de los Jueces y Magistrados, lo cual, según la jurisprudencia constitucional expresada en la STC 56/1990 (FFJJ 5, 8 y 10), estaría vedado por aplicación del art. 149.1.5 CE.

7. Comenzaremos por analizar el contenido del apartado segundo de la Disposición adicional primera de la LOPJ.

Ante todo ha de destacarse para ello que el precepto impugnado habilita para el dictado de los reglamentos que exija el desarrollo de la LOPJ, habilitación que en principio ha sido admitida, tanto respecto de las disposiciones reglamentarias que exija el desarrollo de la propia LOPJ (STC 108/1986, FJ 26), como, en general, respecto de las materias constitucionalmente reservadas a Ley Orgánica, por las SSTC 77/1985, de 27 de junio, y 101/1991, de 13 de mayo. Cuestión distinta es la de los límites a los que se sujeta la regulación reglamentaria de la materia reservada a Ley Orgánica, sobre lo que no se ha hecho cuestión en el presente recurso de inconstitucionalidad.

Los recurrentes, sin dudar que quepa constitucionalmente cierto desarrollo reglamentario de la LOPJ, entienden que, al facultar para dictar dichos reglamentos, no sólo al Gobierno, sino, en su caso, a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, el juego de las cláusulas subrogatorias desemboca en que los indicados Entes Autonómicos tengan atribuida una potestad

reglamentaria de la misma extensión que la correspondiente al Gobierno. De ahí que podrían dictar reglamentos de desarrollo de la LOPJ, que entrasen en el círculo material del art. 149.1.5 CE, es decir, en el denominado “núcleo duro” de la Administración de Justicia, reservado al Estado. No se cuestiona, por lo tanto, que las Comunidades Autónomas puedan dictar reglamentos sobre materias no comprendidas en el art. 149.1.5 CE, cuya competencia hayan asumido a virtud de las cláusulas subrogatorias.

Un análisis del tenor literal y de la funcionalidad de la Disposición adicional impugnada conducen a entender que la utilización en ella de la expresión “en su caso” ha de interpretarse en el sentido de que habilita, tanto al Gobierno de la Nación para el desarrollo general de la LOPJ (pues a él corresponde el “ejercicio de la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes” —art. 97 CE—), como a las Comunidades Autónomas para dictar reglamentos sobre aquellas materias en las cuales, a virtud de la propia LOPJ, y el juego de las cláusulas subrogatorias (o cualquier otro título constitucionalmente válido), hayan asumido competencia. En el concreto ejercicio de esta habilitación jugarán, además de los límites generales de la potestad reglamentaria, los específicos impuestos por la propia LOPJ, y los que se deriven del título a virtud del cual se haya asumido la correspondiente competencia.

En suma, la Disposición adicional primera, apartado, segundo, LOPJ, no obstante su dicción literal, permite entender que contempla habilitaciones reglamentarias de muy diversa entidad y alcance. En efecto, la potestad reglamentaria viene prioritariamente reconocida al Consejo General del Poder Judicial en el ámbito acotado por el art. 110.2 de la citada Ley Orgánica. Pues bien, en el espacio normativo que no corresponda a esta potestad reglamentaria del Consejo, la Disposición adicional impugnada habilita para dictar disposiciones generales tanto al Gobierno de la Nación como a las Comunidades Autónomas, pero esta ha-

bilitación se efectúa en términos cualitativamente distintos. Así, por lo que hace al Gobierno, ha de tenerse en cuenta que su potestad reglamentaria de desarrollo de la LOPJ resulta de lo dispuesto en el art. 97 CE. En cambio la habilitación a favor de las Comunidades Autónomas se realiza con la especificación de que éstas tengan atribuidas “competencias en la materia”, de tal manera que no se trata tanto de conferir a los Entes Autonómicos una potestad coextensa con la del Gobierno para aprobar reglamentos ejecutivos de la LOPJ, cuanto de habilitarles para que, en aquellas materias en las cuales ostenten competencias (bien en virtud de las cláusulas subrogatorias, bien como consecuencia de cualquier otro título constitucionalmente válido), puedan establecer regulaciones cuando así lo requiera el ejercicio de las facultades que les han sido atribuidas.

8. El segundo motivo de impugnación de esta Disposición adicional hace referencia a la posibilidad de que una concreta materia pueda quedar afectada por la regulación reglamentaria introducida en desarrollo de la Ley por las Comunidades Autónomas: Se trata de las condiciones accesorias del ejercicio de los derechos y deberes de Jueces y Magistrados a que se alude en el inciso segundo del apartado segundo. Según los recurrentes el precepto impugnado permite a las Comunidades Autónomas dictar reglamentos sobre esta materia, lo cual vulneraría la competencia exclusiva del Estado recogida en el art. 149.1.5 CE.

(...)

9. Si se realizan las consideraciones anteriores es para destacar a continuación que la habilitación reglamentaria existente en el párrafo segundo de la Disposición adicional primera tiene como límite “que la competencia para ello no corresponda al Consejo General del Poder Judicial a tenor de lo que dispone el art. 110”. La conexión entre la Disposición adicional primera y el art. 110 LOPJ, evidencia que ni el Gobierno de la Nación ni las Comunidades Autónomas pueden dictar reglamentos sobre el estatuto jurídico de Jueces y Magistrados, ni sobre sus condi-

ciones accesorias, porque el único habilitado para ello es el C.G.P.J. En efecto, el citado artículo atribuye con carácter exclusivo al indicado Consejo la facultad de dictar Reglamentos de desarrollo de esta Ley para establecer regulaciones de carácter secundario o auxiliar, Reglamentos que podrán regular condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquéllos ni alterar éste en su conjunto. El texto legal añade finalmente una enumeración no exhaustiva de materias en las que cabe este tipo de reglamentos de desarrollo de la LOPJ.

Ahora bien, si los reglamentos dictados por el Gobierno o por las Comunidades Autónomas no pueden regular las condiciones accesorias del estatuto judicial, no cabe descartar que al regular, legítimamente y sin excesos, materias de su competencia puedan afectar indirecta o reflejamente, no al núcleo de derechos y deberes que conforman el estatuto judicial, reservado a la Ley Orgánica “ex” art. 122 CE, sino a determinadas condiciones accesorias para el ejercicio de los indicados derechos y deberes. La expresión “afectar” a una materia no se identifica con regular la misma. Se refiere a la posibilidad de coexistencia de dos títulos distintos que pueden interferirse entre sí, por lo que, en la medida en que al ejercer las facultades derivadas de uno de ellos se afecte a los aspectos accesorios del estatuto judicial, aun sin regularlos, el título competencial en cuestión resultará sometido a los mismos límites que rigen respecto de los reglamentos del Consejo dictados para regular los aspectos secundarios del ejercicio de los derechos y deberes de Jueces y Magistrados. De esta forma se protege con especial vigor el estatuto judicial frente a cualquier norma reglamentaria que, aun regulando una materia distinta, pueda situarse en la periferia de dicho estatuto. Y esto ha de ser necesariamente así porque, como ya hemos expuesto, la habilitación reglamentaria establecida en la Disposición adicional primera LOPJ, se refiere a las materias respecto de las cuales el Gobierno o la Comunidad Autónoma ten-

gan ya reconocida la correspondiente competencia por aplicación de preceptos distintos; y ya hemos dicho que ni el Gobierno ni las Comunidades Autónomas tienen (ni pueden tener) competencias ordenadas a la regulación de las condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de Jueces y Magistrados, cuestión que corresponde con carácter exclusivo al Consejo General del Poder Judicial según los arts. 122.1 CE y 110 LOPJ.

10. Lo hasta ahora razonado sobre la impugnación del apartado segundo de la Disposición adicional primera LOPJ, lleva a concluir que:

a) El inciso primero del apartado segundo de la Disposición adicional primera no es inconstitucional entendido en el sentido de que, salvadas las competencias atribuidas al CGPJ, por el art. 110 LOPJ, las Comunidades Autónomas podrán dictar reglamentos en, el ámbito de la LOPJ, sobre aquellas materias respecto de las cuales la propia LOPJ, y las cláusulas subrogatorias de los Estatutos de Autonomía, u otros títulos constitucionalmente válidos, les atribuyan competencia y siempre dentro de los límites establecidos al efecto por las indicadas normas de cobertura.

b) El inciso segundo del apartado segundo de la Disposición adicional primera no es inconstitucional entendido en el sentido de que la expresión “cuando afecten a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de los Jueces y Magistrados”, en ningún caso habilita a las Comunidades Autónomas para regular las condiciones accesorias del estatuto judicial.

11. El recurso de inconstitucionalidad que ahora enjuiciamos se dirige, por último, contra el art. 231.4 LOPJ, del que se afirma estar en oposición a lo dispuesto en los arts. 3, 117.1 y 149.1.5 CE. (...)

12. El artículo 3 CE, establece que el castellano es la lengua oficial del Estado, que todos los españoles tienen el deber de conocer y el derecho a usar. En virtud de dicha expresa previsión, el art. 231.1 LOPJ, no mo-

dificado por la Ley Orgánica 16/1994, pudo establecer como regla general que “en todas las actuaciones judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios y demás funcionarios de Juzgados y Tribunales usarán el castellano, lengua oficial del Estado”, permitiendo, ello no obstante, que las partes procesales, en todo caso (artículo 231.3 LOPJ), así como los Jueces, Magistrados, Fiscales y los funcionarios de la Administración de Justicia “si ninguna de las partes se opusiere, alegando desconocimiento de ella; que pudiere producir indefensión” (artículo 231.2 LOPJ), utilicen en dichas actuaciones judiciales indistintamente el castellano o la lengua oficial autonómica de que se trate.

(...)

Del tenor literal de la norma cuestionada no cabe inferir, tal y como argumentan los recurrentes, que tras su reforma por la Ley Orgánica 16/1994 se haya implantado la obligación, que aparecería implícita o se desprendería de forma indirecta del precepto impugnado, de que los Jueces y Magistrados destinados en los órganos judiciales que tengan su sede en el territorio de alguna Comunidad Autónoma que tenga una lengua oficial propia distinta del castellano hayan de conocer dicha lengua. En efecto, ni el art. 231.4 LOPJ sanciona de manera expresa semejante obligación, ni cabe inferir de su interpretación que la imponga inexcusablemente, siquiera sea de manera implícita. El alcance de la reforma del citado precepto se ha limitado a sustituir la anterior facultad judicial incondicionada de ordenar la traducción de los escritos y documentos redactados en la lengua oficial propia de una Comunidad Autónoma por la simple remisión a una futura regulación legal en la que se articulen los presupuestos, las condiciones y el alcance de dicha traducción, al haber entendido el legislador orgánico llegado el momento de modificar el régimen jurídico de la facultad judicial de proveer de oficio, incondicionadamente, a la traducción de un determinado escrito o documento.

Pero del silencio legal producido tras la reforma en lo relativo a la vigencia de la anterior facultad judicial incondicionada de decretar la traducción no puede desprenderse la radical consecuencia de considerar existente una no menos incondicionada y absoluta prohibición de que los Jueces y Magistrados puedan, de oficio, decidir que se traduzca un escrito o documento redactado en una lengua que no comprendan, aunque la misma posea estatuto de cooficialidad en el territorio donde tienen su sede o están destinados. Desde luego, negar que los titulares de los órganos judiciales desconocedores del idioma oficial propio de una Comunidad Autónoma puedan ordenar de oficio la traducción de algún escrito o documento con incidencia procesal, sería tanto como impedirles ejercitar la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE les confiere en régimen de exclusividad. Pero ni la norma cuestionada contiene dicha negativa, expresa o implícitamente, ni el recurso de inconstitucionalidad, como es sabido, está previsto para denunciar o intentar corregir futuras lesiones hipotéticas a la Constitución.

Pero es que además, si ponemos en relación la reserva de la potestad jurisdiccional que ostentan Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial con el fin al que inmediatamente sirve, esto es, garantizar a todos el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que solemnemente consagra el art. 24.1 CE, fácilmente se colige que, si el titular del órgano jurisdiccional no comprende un documento redactado en una lengua distinta al castellano que sea cooficial en la Comunidad Autónoma en la cual radica el órgano, el titular de éste, no sólo está facultado para ordenar su traducción, sino que ha de considerarse obligado a ello para cumplir la función que le es propia. La eficacia directa de los derechos fundamentales, proclamada en el art. 53.1 CE, así lo impone, sin necesidad de ninguna ley que autorice a ello expresamente. Como venimos diciendo desde la STC 81/1982, de 21 de diciembre, “no puede, en modo alguno, olvidarse la eficacia di-

recta e inmediata que la Constitución tiene como norma suprema del Ordenamiento jurídico, sin necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador ordinario en lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas”.

En conclusión, la sustitución de la facultad judicial incondicionada de traducción que estaba contenida en la anterior redacción del precepto cuya constitucionalidad nos ocupa por una remisión a otras disposi-

ciones legislativas no impide que los Jueces y Magistrados, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 16/1994, puedan y deban ordenar la traducción de un escrito o documento redactado en una lengua oficial autonómica cuando ello sea necesario para cumplir la función jurisdiccional (art. 117.1 y 3 CE) de proporcionar a todos tutela judicial efectiva, como exige al principio proclamado en el art. 24.1 CE Interpretado así, el art. 231.4 LOPJ, no se opone a los arts. 3, 117.1 y 149.1.5 CE.

Sentencia 79/2000 de la Sala 2.ª del TC de 27 de marzo de 2000 (BOE 4 de mayo de 2000) (Recurso de amparo 1253/1996)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN INDEFENSIÓN: IMPOSIBILIDAD DE DEFENDERSE DE LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN.

Arts. 24.1 CE y 795.4 de la LECrim.

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

SÍNTESIS

Coincide en sus planteamientos con la STC 16/2000, de 31 de enero de 2000 (R.A. 1476/1996) si bien aquélla estaba referida a la responsabilidad civil y ésta lo está a la penal. Tras reiterar que la adhesión a la apelación constituye un vehículo apto para insertar pretensiones divergentes de la apelación principal, lo que justifica rechazar la pretensión del recurrente en amparo relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por esa sola causa, debe estimarse en cambio producida ante la imposibilidad del recurrente de contradecir la adhesión a la apelación de la cual no tuvo conocimiento al no dársele traslado ni haberse habilitado trámite alguno que hiciese posible su defensa, lo que conduce a otorgar el amparo solicitado por tal motivo. [En similar sentido STC 93/2000, de 10 de abril (BOE 18 de mayo), Sala Primera, Ponente Pedro Cruz Villalón].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. (...) El demandante de amparo entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en

el art. 24.1 de la CE al haber resultado condenado como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en virtud de la apelación adhesiva que dedujo el

Fiscal, de la cual no tuvo conocimiento por no habersele dado traslado de ella para contradecirla ni haberse celebrado vista oral (en la cual hubiera podido rebatir la argumentación del apelante adhesivo); el demandante liga la vulneración del derecho invocado al pretendido carácter accesorio de la apelación adhesiva, pues, según él, no puede contener otras pretensiones distintas que las contenidas en la apelación principal; de ahí que, no habiéndose pretendido en la apelación principal la condena por el delito de falsedad, no fuera posible estimar tal divergente pretensión deducida en la apelación adhesiva. En segundo término, aunque se desestimara la alegación anterior, como no se le dio traslado del escrito del Ministerio Fiscal ni se celebró vista oral, no tuvo conocimiento de la pretensión deducida en la apelación adhesiva y, por tanto, se le produjo la indefensión proscrita en el art. 24.1 de la CE (...)

2. En lo que se refiere a la posibilidad de que en la adhesión a la apelación deducida por otra parte puedan introducirse pretensiones autónomas y aun contrarias a la del apelante principal, este Tribunal ya dijo en su STC 162/1997, de 3 de octubre, que “tal configuración del contenido y alcance de la adhesión a la apelación, en la redacción actual y aplicable al caso del mencionado art. 795.4 de la Ley procesal penal, es cuestión que pertenece al ámbito de la interpretación de la legalidad ordinaria, que incumbe de modo exclusivo a los Jueces y Tribunales y en la que, a salvo de derivarse de la misma una lesión de derechos fundamentales, este Tribunal no debe interferir”. Añadiendo seguidamente que este Tribunal “no ha rechazado la posibilidad procesal de configurar la adhesión a la apelación como medio impugnatorio propiamente tal, en el sentido de ser susceptible de albergar pretensiones diversas a las de la apelación principal, que abre así al Tribunal de apelación la posibilidad de ampliar su cognición ‘más allá del objeto de la pretensión de quien formula apelación principal’ (Sentencia 53/1987 con cita de la

STC 15/1987), si bien lo ha hecho con referencia al art. 792, regla 4.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción anterior a la actualmente vigente, así como también en relación al juicio de faltas (SSTC 91/1987, 116/1988 y 242/1988)”. Esta doctrina se reiteró después en la STC 56/1999, de 12 de abril (fundamento jurídico 3.º), y se ha consolidado en la Sentencia 16/2000, de 31 de enero, en la cual se afirma que “la adhesión a la apelación es un vehículo apto para insertar pretensiones autónomas y eventualmente divergentes de la apelación principal” (fundamento jurídico 6.º). Las tres Sentencias a que hemos aludido se refieren a supuestos en los cuales la pretensión introducida por el apelante adhesivo afectaba a la responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, pero, a la vista de que el art. 795.4 de la LECrim, no circunscribe su aplicación a la acción civil ni a la penal, ninguna dificultad hay en aplicar los anteriores criterios a las pretensiones autónomas introducidas en la apelación adhesiva del Ministerio Público que se refieren a la acción penal y a la civil simultáneamente, pues junto con la condena del demandante, como autor de dos delitos de falsedad en documentos mercantiles, se solicitaba la indemnización de determinada cantidad en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, a la que tampoco había condenado la Sentencia apelada.

Por lo tanto, en aplicación de la anterior doctrina, la queja ha de ser desestimada en tanto en cuanto no se aprecia que se haya menoscabado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión “ex” art. 24.1 de la CE con base en la admisión y examen, por la Audiencia Provincial de Madrid al resolver en apelación, de la pretensión contenida en la adhesión a la apelación formulada por el Ministerio Fiscal.

3. Nos corresponde ahora examinar si, admitido que la apelación adhesiva del Ministerio Fiscal no vulnera por sí misma el art. 24.1 de la CE, se ha respetado el principio de contradicción que rige el proceso, en

especial el proceso penal, y que enerva toda posibilidad de indefensión.

Al respecto debe tenerse presente que reiteradamente hemos puesto de manifiesto (SSTC 162/1997 y 16/2000, así como las en ellas citadas) que “la aplicación del principio de contradicción en el proceso penal hace posible, como señala la Sentencia 53/1987, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la otra parte y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios, principio de contradicción que, como la misma Sentencia recuerda, ha de garantizarse no sólo en el juicio de primera instancia sino también en la fase del recurso de apelación... Pues bien, ha de señalarse que en los casos en que este Tribunal ha admitido la posibilidad de que, con motivo de la adhesión a la apelación, el órgano judicial ‘ad quem’ amplíe su cognición a extremos no contenidos en la apelación principal, ha supeditado la regularidad de tal situación procesal, desde la perspectiva constitucional que nos ocupa, a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas (extremos o cuestiones diversas y aun opuestas a la apelación principal), contenidas en la impugna-

ción adhesiva, de manera tal que el apelante principal haya tenido la posibilidad de defenderse frente a las alegaciones formuladas de contrario (SSTC 53/1987 y 91/1987 y 242/1988)”.

(...)

6. Por todo lo anterior ha de concluirse que el demandante de amparo fue condenado en la segunda instancia merced a un recurso de apelación deducido de forma adhesiva por el Ministerio Fiscal y del cual no tuvo conocimiento. De dicha apelación adhesiva debió habersele dado traslado, para hacer efectivo el derecho a no padecer indefensión; o, a falta de dicho traslado, se debió habilitar un trámite que hiciera posible su defensa convocando vista para la decisión del recurso. Al privarse al demandante de toda posibilidad de contrarrestar la acusación que en esta segunda instancia se ejercitaba de forma precisa y concreta por la acusación pública se vulneró su derecho a no padecer indefensión. Esta fue además material; pues, como queda indicado, no cabe entender que el escrito de apelación de la acusación particular contuviese una pretensión de condena precisa por el delito de falsificación de documento mercantil del art. 303 del C.P.

**Sentencia 81/2000 de la Sala 2.^a del TC de 27 de marzo de 2000
(BOE 4 de mayo de 2000) (Recurso de amparo 4253/1996)**

VULNERACIÓN DEL DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA.

Art. 24.2 CE

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

SÍNTESIS

El Constitucional, tras exponer una amplia reseña jurisprudencial relativa a las exigencias del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a la traslación de este derecho reconocido en el art. 24.2 CE al procedimiento administrativo sancionador, declara su vulneración como consecuencia de la falta de respuesta en los autos dictados por un Juzgado de Vigilancia Penitencia a la petición de pruebas formulada por el interno, concediéndole por tanto el amparo interesado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. (...) El recurrente en amparo imputa a los mencionados Autos la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), al haber rechazado implícitamente, pues en los citados Autos no se ha efectuado pronunciamiento alguno respecto a la solicitud formulada, la práctica de determinados medios de prueba, previamente denegada por la Administración Penitenciaria durante la tramitación del expediente disciplinario, relevante, en su opinión, para la defensa de sus derechos e intereses, en cuanto mediante esa actividad probatoria pretendía negar la realidad de los hechos que motivaron la incoación del expediente disciplinario y por los que, finalmente, fue sancionado.

2. (...) el examen de la actual pretensión de amparo debe de partir de algunas consideraciones previas necesarias para centrar el debate y exponer los criterios aplicables a su resolución:

a) Desde la Sentencia 18/1981, de 8 de junio, este Tribunal Constitucional ha venido declarando no sólo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE, considerando que “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado” (FJ 2), sino que también ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en

el art. 24 CE, en sus dos apartados, no mediante una aplicación literal, sino “en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución”, si bien ha precisado que no se trata de una aplicación literal, dadas las diferencias entre uno y otro orden sancionador, sino “con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional” (ibídem). En relación con esa operación de traslación de las garantías del art. 24 CE al procedimiento administrativo sancionador, que viene condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza de dicho procedimiento, se ha ido elaborando progresivamente en numerosas resoluciones una consolidada doctrina constitucional, en la que se citan como aplicables, sin ánimo de exhaustividad, el derecho de defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; o, en fin, el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa, del que deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos [por todas, SSTC

7/1998, de 13 de enero, fundamento jurídico 6; 14/1999, de 22 de febrero, fundamento jurídico 3.a)].

b) Descendiendo de lo general a lo particular, en cuanto a la traslación de aquellas garantías al procedimiento disciplinario penitenciario, el Tribunal Constitucional, asimismo, ha venido destacando que, las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario en modo alguno pueden implicar que “la justicia se detenga a la puerta de las prisiones” y concretando el alcance de esta regla general, en lo que al presente recurso de amparo interesa, en la aplicación en los procedimientos disciplinarios penitenciarios del derecho de defensa y a la actividad probatoria (SSTC 2/1987, de 21 de enero, fundamento jurídico 6; 2/1997, de 18 de octubre, fundamento jurídico 3; 97/1995, de 20 de junio, fundamento jurídico 2; 195/1995, de 19 de diciembre, fundamento jurídico 7; 128/1996, de 9 de julio, fundamento jurídico 5; 169/1996, de 29 de octubre, fundamento jurídico 7; 35/1997, de 25 de febrero, fundamento jurídico 5; 39/1997, de 27 de febrero, fundamento jurídico 6; 83/1997, de 22 de abril, fundamento jurídico 2; 181/1999, de 11 de octubre, fundamento jurídico 2).

(...)

En definitiva, la falta de respuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a la proposición de pruebas efectuada por el recurrente ha vulnerado su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, por lo que procede estimar la presente demanda de amparo.

**Sentencia 87/2000 de la Sala 1.ª del TC de 27 de marzo de 2000
(BOE 4 de mayo de 2000) (Recurso de amparo 3997/1998)**

EXTRADICIÓN DE UN NACIONAL ESPAÑOL.

Arts. 3.1 Ley de Extradición Pasiva y 6.1.ª Convenio Europeo de Extradición

Ponente: **Excma. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonde**

SÍNTESIS

Se analizan en la sentencia diversas cuestiones relacionadas con la extradición, admitiéndose, en los términos del Convenio Europeo de Extradición, la posibilidad de acceder a la extradición de un ciudadano español. [En el mismo sentido, STC 102/2000, de 10 de abril (BOE 18 de mayo), ponente Guillermo Jiménez Sánchez.]

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. (...) La tesis que subyace al planteamiento del recurrente reside en que el artículo 3.1 LEP, contiene una prohibición absoluta de extraditar a los españoles, mientras que la Audiencia Nacional entiende que no concurre el presupuesto que permitiría la aplicación supletoria de la Ley de Extradición Pasiva, dado que el Convenio Europeo de Extradición no guarda silencio sobre la cuestión, sino que simplemente prevé la facultad de denegarla.

Sin perjuicio de que la selección e interpretación de las normas aplicables corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 de la Constitución, y que ello es igualmente aplicable aun cuando se trate de la interpretación de lo dispuesto en los Tratados internacionales o de la posible contradicción entre éstos y las leyes u otras disposiciones normativas posteriores (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3), no puede

desconocerse que la cuestión, como en otros contextos ha declarado este Tribunal, puede tener relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que la selección judicial o la interpretación de la norma aplicable incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta (SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3; 90/1990, de 23 de mayo, FJ 4) o sea fruto de un error patente (SSTC 180/1993, FJ 4; 45/1996, de 25 de marzo, FJ 6).

Pues bien, en el marco del limitado control que compete a este Tribunal, no puede sostenerse que la argumentación de la Audiencia Nacional sea manifiestamente arbitraria. Al efecto, ha de considerarse, antes de nada, el tenor literal del art. 13.3 CE, al referirse a las fuentes de la extradición y mencionar en primer lugar a los tratados, así como la propia doctrina de este Tribunal que en la STC 11/1985, de 30 de enero (FJ 4) declaró —si bien en relación con la anterior Ley de Extradición Pasiva de 1958— que “la ley española de extradición tiene un carácter supletorio respecto a los tratados internacionales que el Estado español haya

suscrito y ratificado o a los que se haya adherido sobre la materia. Con independencia incluso de lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución, según el cual ‘los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno’, la citada ley proclama la primacía de la norma convencional sobre la norma interna, de forma que ésta tiene carácter supletorio”.

Por lo demás, las resoluciones impugnadas de la Audiencia Nacional tampoco son ajenas a la interpretación doctrinal usual sobre la prioridad de los Tratados de Extradición frente a la Ley de Extradición Pasiva, que entiende que cuando existe un Convenio bilateral o multilateral de extradición firmado por España, las extradiciones entre España y los países firmantes del Convenio se rigen por las disposiciones del mismo, mientras que en ausencia de Tratado con el país que solicita la extradición se aplica la Ley de Extradición Pasiva.

En este contexto, la cuestión analizada, la conformidad a la Constitución de la extradición de nacionales desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, no podría ser resuelta siempre en idéntico sentido, pues dependerá, al menos, de la existencia o no de Tratado y de las previsiones del mismo respecto de la cuestión.

Así, sería posible sostener que, en ausencia de Tratado, la prohibición de extraditar nacionales contenida en la Ley de Extradición Pasiva cobraría su fuerza vinculante y, en consecuencia, su relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva dado el taxativo tenor literal de su art. 3.1, pues difícilmente podría considerarse razonable o no arbitraria una resolución que a pesar del mismo acceda a la extradición de un nacional. Como se declara en la Exposición de Motivos de esta Ley, dicha prohibición se sustenta en la propia soberanía estatal, de manera que tanto por razón de ello como porque los Jueces están sometidos al imperio de ley, los órganos judiciales, encargados exclusivamente del

control de la legalidad de la extradición, no pueden ir más allá de la legalidad que tienen obligación de aplicar. De otra parte, tampoco puede desconocerse el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos fundamentales de quienes integran y constituyen la razón de ser del propio Estado, al punto de que el Estado debe garantizar, al menos, que con la entrega del nacional no va a contribuir a la vulneración de los derechos del extraditado al ser sometido a juicio (SSTC 13/1994, de 17 de enero, FJ 4, 141/1998, de 29 de junio, FJ 1, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989, caso Soering, A. 161, pfos. 85 y ss.). Y este deber es tanto más relevante en ausencia de Tratado por cuanto su existencia constituye una mínima garantía de homogeneidad de los ordenamientos jurídico-constitucionales de los Estados firmantes.

Por el contrario, ante solicitudes de extradición cubiertas normativamente por el Convenio Europeo de Extradición, que faculta a los Estados para la entrega de los nacionales, no puede entenderse, en principio, que sea arbitraria la entrega en el caso concreto, pues, de un lado, como acabamos de afirmar, la existencia del Tratado constituye al menos un indicio de la mínima homogeneidad constitucional y jurídico-penal necesaria a efectos de despejar los posibles recelos de desigualdad que el enjuiciamiento bajo las leyes de otro Estado puede suscitar. Y, de otro, no se puede olvidar que la extradición de nacionales en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma, e Italia lo es, no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de sus ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países

firmantes de dicho Convenio. En este marco ha de insertarse la afirmación del Auto del Pleno de la Audiencia Nacional (fundamento jurídico 3) de que la “legislación de Italia garantiza un juicio con todas las garantías en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, pues con ella se está efectuando una remisión implícita al estatus mínimo común en materia de derechos fundamentales, y, en todo caso, a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, en últi-

mo término también, el garante de los derechos fundamentales de los españoles.

En virtud de todo lo expuesto, no puede entenderse que las resoluciones de la Audiencia Nacional hayan incurrido en este caso en denegación de tutela al acceder a la extradición de un español solicitada por la República de Italia para su enjuiciamiento por pertenencia a una banda internacional dedicada al tráfico de drogas, al entender que al amparo del Convenio Europeo de Extradición esa extradición es posible.

**Sentencia 91/2000 del Pleno del TC de 30 de marzo de 2000
(BOE 4 de mayo de 2000) (Recurso de amparo 3868/1998)**

VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA POR EXTRADICIÓN DE CIUDADANO ITALIANO JUZGADO EN AUSENCIA.

Art. 24 CE; Ley 4/1985, de Extradición Pasiva; Convenio Europeo de Extradición

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

SÍNTESIS

Tras exponer con detalle la sujeción de los poderes públicos españoles a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales y la posibilidad de que puedan vulnerar indirectamente los derechos fundamentales cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras, se declara vulnerado el derecho de defensa del recurrente en virtud del auto que había acordado la extradición a Italia para cumplir penas de prisión por delitos graves impuestas en juicio en ausencia del acusado sin posibilidad de impugnación ulterior que le permita estar presente. [En el mismo sentido STC 134/2000, de 16 de mayo (BOE de 20 de junio), de la Sala 1.ª, siendo ponente Pablo Cachón Villar y conteniendo también votos particulares].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. Desechada la relevancia de las quejas referidas al procedimiento judicial de

extradición, nos corresponde ahora analizar las que impugnan la constitucionalidad de las resoluciones judiciales que le pusieron

fin acordando la entrega incondicionada del recurrente a las autoridades italianas, pese a que las dos condenas penales que sirven de título a la extradición han sido dictadas “in absentia”, y se alega la posibilidad de que, por el resto de peticiones, le sea impuesta al recurrente la pena de reclusión perpetua. De entre tales quejas hemos de distinguir las que suponen una violación directa de los derechos fundamentales del recurrente por parte de los órganos de la jurisdicción española, de aquellas otras en las que se imputa a nuestra jurisdicción una actuación lesiva de dichos derechos en la medida en que otorga validez a ciertos actos de una jurisdicción extranjera que se estiman contrarios a ellos.

(...)

5. En cuanto a las segundas, que se formulan al amparo de los arts. 15, 24.1 y 25 de la Constitución, parten de entender que cuando los poderes públicos nacionales (entre ellos, la jurisdicción) reconocen, homologan o dan validez a una resolución adoptada por una autoridad extranjera cuya ejecución se reputa lesiva de un derecho fundamental, sus actos han de entenderse también lesivos de dicho derecho. Dicho de otro modo, dan por supuesto que la lesión del derecho fundamental en que pueda incurrir la actuación de un poder público extranjero vicia de inconstitucionalidad la del órgano judicial español que, al cumplimentarla u otorgarle validez, da lugar a que dicha lesión se materialice. La primera premisa del recurso es, pues, la de que, en virtud de la repercusión que los actos de otro Estado tienen sobre la actuación de los poderes públicos españoles puede darse el caso de que éstos, al otorgar efectividad a determinadas actuaciones de otros Estados, vulneren “indirectamente” alguno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo.

(...) Así, y partiendo de dicha presuposición, es preciso esclarecer cómo es posible que una actuación de los poderes públicos que no está sometida, obviamente, a la Constitución Española pueda dar lugar, si quiera sea de forma indirecta, a la vulneración de ésta, para poder determinar en virtud

de qué canon cabe apreciar si tal vulneración se produce o no. Dicho de otro modo, es necesario indagar el fundamento de la posible vulneración constitucional cometida sobre la base de la asunción de los actos de otros Estados, pues sólo a partir de él podrán establecerse los imprescindibles criterios de determinación y aplicación de la mencionada lesión “indirecta”. Pues la cuestión que analizamos no se resuelve por la simple afirmación de que son posibles lesiones indirectas, sino que requiere determinar hasta qué punto y con qué criterios los Tribunales españoles pueden y deben examinar la regularidad constitucional de la actuación de los poderes públicos de otros Estados.

6. Examinando en primer término la presuposición de que los poderes públicos españoles pueden vulnerar “indirectamente” los derechos fundamentales cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras, ha de afirmarse inequívocamente que se apoya en una jurisprudencia reiterada de este Tribunal. Nuestros pronunciamientos en este sentido se refieren tanto a casos de extradición, como a decisiones judiciales de homologación de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, a través del mecanismo del “exequatur”, supuestos ambos en que los órganos judiciales españoles han de pronunciarse sobre la validez constitucional de resoluciones dictadas por Tribunales no nacionales, pese a que la Constitución Española rige solamente en el territorio nacional. Y abarcan, desde luego, la actuación extraterritorial de nuestras autoridades nacionales.

Por referencia a este último supuesto, en la STC 21/1997, de 10 de febrero, establecimos, en términos generales, que “en efecto, es procedente recordar aquí, de un lado, que ‘los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales... que al ejercer “ad intra” sus atribuciones’, como se ha dicho en la Declaración de este Tribunal de 1 de julio de 1992, fundamento jurídico 4, y ello es aplicable a las autoridades y

funcionarios dependientes de dichos poderes". A partir de lo cual concluimos que "si el mandato del art. 10.2 de la CE impone que los preceptos constitucionales sean interpretados de conformidad con las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos, ha de recordarse también que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en relación con el art. 1 del Convenio de Roma de 1950, que el ámbito de la jurisdicción estatal, a los fines de la protección que ese instrumento garantiza, no se circunscribe al territorio nacional. Por lo que cabe imputar al Estado una lesión de los derechos que el título I del Convenio reconoce en relación con actos realizados por sus autoridades fuera del territorio estatal (asunto Drozd y Janousek c. Francia y España, Sentencia de 26 de junio de 1992, y asunto Loizidou c. Turquía, Sentencia de 23 de marzo de 1995), presupuestos que indudablemente concurren en el presente caso, dado que nos encontramos ante una actividad realizada por autoridades españolas en un espacio situado más allá del territorio español, como antes se ha dicho".

En los casos de extradición, la posibilidad de lesión de derechos fundamentales ha sido presupuesto implícito de la STC 11/1983, de 21 de febrero, y de los AATC 204/1983, 780/1984 y 924/1987, y explícito en las SSTC 13/1994, de 17 de enero; 141/1998, de 29 de junio, y 147/1999, de 4 de agosto. En los casos de "exequatur", lo hemos reiterado en las SSTC 43/1986, de 15 de abril; 54/1989, de 23 de febrero, y 132/1991, de 17 de junio, así como en los AATC 276/1983, 147/1987 y 795/1988.

7. Establecida así la posibilidad de vulneraciones "indirectas" de los derechos fundamentales, y pasando a analizar su fundamento, se advierte que la exposición que antecede comporta, al menos "prima facie", un resultado paradójico. El hecho de que la actuación que se examine desde la perspectiva constitucional sea la de los Tribunales españoles no lo elimina enteramente; pues lo cierto es que la apreciación de si los Tribunales nacionales han vulnerado o no la

Constitución se basa en una valoración previa, relativa a si la actuación pasada o futura de los órganos de un Estado extranjero (obviamente no sometidos a la Constitución Española) resulta o puede resultar vulneradora de los derechos fundamentales reconocidos en la misma, hasta el punto de invalidar el principio general de excluir toda indagación al respecto. En términos semejantes, según hemos visto, se plantea la cuestión en el ámbito europeo.

Para solventar tal paradoja hemos aludido a la especial fuerza vinculante de los derechos fundamentales que, como bases objetivas de nuestro ordenamiento, se imponen a los poderes públicos de forma incondicionada (STC 13/1994, FJ 4).

En efecto, el art. 53.1 de la CE subraya la específica vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales. Según conviene recordar dice, literalmente, así: "Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)". De ese tenor literal del precepto se extrae inmediatamente que los poderes públicos españoles se hallan vinculados de modo incondicionado "ad intra" por los derechos fundamentales en tanto en cuanto esté en juego el "contenido esencial" de los mismos.

Queda por determinar en qué consista el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan "ad extra", esto es, el que, en virtud de su validez universal, pudiéramos denominar "contenido absoluto".

(...)

Para precisar, en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la CE proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente, hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido

esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril; 101/1991, de 13 de mayo, y ATC 334/1991) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos.

Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 de la CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 78/1982, de 20 de diciembre, y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 114/1984, de 29 de noviembre; 245/1991, de 16 de diciembre; 85/1994, de 14 de marzo, y 49/1999, de 5 de abril).

8. Por lo tanto, hemos de afirmar desde ahora que al contenido absoluto de los derechos fundamentales, determinado en la forma que acaba de indicarse y que, según lo dicho, comporta necesariamente una proyección “ad extra”, no pertenecen todas y cada una de las características con las que la Constitución consagra cada uno de ellos, por más que, en el plano interno, todas ellas vinculen inexcusablemente incluso al legislador, en razón de su rango. Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia. Así, al analizar esta cuestión en relación con las garantías contenidas en el art. 24 CE, las SSTC 43/1986, FJ 2, y 54/1989, FJ 4, han señalado que, si bien los Tribunales extranjeros no se hallan vinculados por la Constitución Española ni por su elenco de derechos protegidos por el recurso de amparo, sí lesionan los derechos fundamentales las resoluciones de los órganos judiciales españoles que homologan “una resolución judicial foránea en un supuesto en que, por ser contraria a los principios esenciales contenidos en el art. 24 de la Constitución, debiera haber sido repelida por el orden público del foro”. Este último concepto “ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución”, ya que “aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros” (STC 43/1986, FJ 4).

No son, pues, todas y cada una de las garantías que hemos anudado al art. 24 de la CE las que pueden proyectarse sobre la valoración de la actuación pasada o futura de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad “indirecta” de la actuación de la jurisdicción española; sino sólo sus principios básicos o, dicho de otro modo, la esencia misma del proceso justo.

(...)

De todo lo expuesto parece inevitable concluir que hay un núcleo absoluto de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a un proceso justo establecido en el art. 24 de la CE que ha de determinarse según las pautas antes enunciadas y conforme al cual los Tribunales españoles pueden y deben valorar la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros. Si tales actos han producido una lesión o representan un peligro relevante para ese núcleo de los derechos de cualquier ciudadano la resolución de la jurisdicción española que les otorga validez o eficacia puede infringir “indirectamente” la Constitución Española.

(...)

10. Nos resta por examinar la supuesta lesión del derecho de defensa que el recurrente deriva del hecho de haberse accedido a su entrega pese a que dos de las peticiones de extradición vienen fundadas en sendas órdenes de ejecución —designadas con los núms. 551/1996 y 154/1996— derivadas de condenas por delitos graves (las penas impuestas fueron de doce y veinte años de reclusión) dictadas tras un juicio en contumacia.

(...)

Como dijimos, el recurrente considera que la interpretación de las exigencias que derivan del art. 24 de la CE que ha hecho el Pleno de la Sala es contraria a su contenido, ya que, en su opinión, las cautelas frente al juicio penal en rebeldía no tienen sólo un origen convencional (Segundo Protocolo Adicional al CEEEx.) o legal (art. 2, párrafo

3, LEP.), sino que derivan directamente de nuestro texto constitucional, más específicamente de las garantías procesales del juicio justo que se consagran en el art. 24 de la CE. En su opinión, la Constitución veda absolutamente el juicio penal en rebeldía, y tal prohibición debería haber conducido a denegar la entrega, o a condicionarla a la celebración de un nuevo juicio potencialmente rescisorio del fondo de la resolución. A dicha actuación judicial anuda el recurrente, sin argumento adicional alguno, la supuesta lesión de sus derechos a la presunción de inocencia, a la legalidad penal y a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

(...)

11. El órgano judicial, al desestimar el recurso de súplica, ha considerado que es posible la entrega incondicionada del recurrente a Italia porque, pese a haber sido juzgado en ausencia bajo la acusación de haber cometido un delito grave, las circunstancias del enjuiciamiento permiten entender garantizado el derecho de defensa en el proceso que ha dado lugar a su condena. Al justificar su decisión señala que el derecho del acusado a estar presente en la audiencia, siendo una de las garantías básicas del juicio justo integrada en el más amplio concepto de derecho de defensa, es un derecho disponible que, por lo tanto, admite su renuncia expresa o tácita. Entiende, por ello, que la decisión de no comparecer ante el Tribunal del juicio tras la oportuna citación, no es sino una forma de renunciar a tal derecho y a los que se pueden ejercer mediante la participación en la vista oral. Para la Sala, tales consideraciones vienen reforzadas por las siguientes circunstancias: el acusado fue regularmente citado a la vista oral, se permitió la intervención en todo el proceso, también en la vista, del Letrado de su elección y que recurrió la Sentencia con éxito parcial. Todo ello sería exponente de “un ejercicio activo y eficaz de su derecho a la defensa” (fundamento jurídico cuarto del Auto de 17 de julio de 1998).

Constituye, pues, el objeto de nuestro enjuiciamiento determinar, en aplicación de los principios sentados en los fundamentos jurídicos 7 y 8, la validez de este razonamiento y su conformidad con la estructura básica del derecho de defensa y, en definitiva, con el núcleo esencial de la idea de juicio justo.

(...) la queja ahora analizada se refiere a una situación que no está legalmente prevista en nuestro ordenamiento procesal penal. En efecto, la conformidad a la Constitución de la posibilidad del juicio penal “in absentia”, en causa por delito grave, no se ha planteado nunca ante nosotros como fundamento de una pretensión de amparo, en tanto que nuestras leyes procesales penales lo prohíben terminantemente para hechos cuya pena privativa de libertad prevista sea superior a la de un año (art. 841 de la LECrim.). Y en los demás supuestos (pena privativa de libertad inferior a un año) en que la suspensión no es obligada y la ley permite celebrar el juicio oral sin la presencia del acusado —arts. 789.4 y 793.1, párrafo segundo, LECrim.—, la eventual Sentencia condenatoria queda siempre sometida a la posibilidad de un posterior juicio rescisorio (art. 797 de la LECrim.).

Únicamente en el juicio de faltas la dicción literal del art. 971 de la LECrim. podría inducir a pensar que era posible el juicio “in absentia” sin más condicionamientos. Sin embargo, al analizar dicho supuesto, en la STC 135/1997, de 21 de julio, expusimos que las exigencias constitucionales del derecho fundamental a conocer la acusación y del derecho de defensa imponían, también en el juicio de faltas, la suspensión de la celebración de la vista oral, salvo que se tuviese constancia de que la citación hubiera llegado a conocimiento del acusado (SSTC 196/1989, de 27 de noviembre, FJ 3, y 123/1991, de 3 de junio, FJ 4), y, en todo caso, la necesidad de abrir siempre, frente a la condena dictada “in absentia”, la posibilidad de un juicio rescisorio.

La relevancia de la cuestión planteada quedó, entonces, expresada en los siguientes términos: “la condena ‘in absentia’ en juicios penales sólo es constitucionalmente admisible si se garantiza suficientemente el derecho del acusado a defenderse en un juicio contradictorio, dándole, mediante la citación que produzca un conocimiento efectivo, oportunidad de comparecer en él con anterioridad para que pueda conocer los hechos que se le imputan y garantizándole, en cualquier caso, la posibilidad de instar un procedimiento rescisorio frente a la condena penal ‘in absentia’, sin que tal posibilidad haya de extenderse necesariamente a los pronunciamientos civiles de la Sentencia” (STC 135/1997, FJ 7).

En dicha resolución, al justificar la trascendencia constitucional del juicio en ausencia del acusado, ya sea ésta voluntaria o involuntaria, señalamos que “el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 de la CE comporta la exigencia de que en todo proceso judicial deba respetarse, a través de la contradicción, el derecho de defensa de las partes contendientes”, exigencia ésta que “alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en juego, y los principios constitucionales que lo informan (presunción de inocencia, derecho a conocer la acusación y ejercicio del derecho de autodefensa, entre otros), pues no en vano —como destacamos en la STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5—, al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema —la pena criminal— y esta actuación puede implicar una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más ‘sagrado’ de sus derechos fundamentales. Por ello su plena efectividad ha de ser singularmente exigente en la fase plenaria, en la que se ha de practicar contradictoriamente la prueba capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, para garantizar el equilibrio entre las partes acusadoras y acusadas y brindar al Tribunal amplios elemen-

tos de juicio para pronunciarse sobre las pretensiones ejercitadas (STC 4/1982, de 8 de febrero, FJ 5)".

Sin embargo, ha de matizarse que tales afirmaciones se proyectaban meramente "ad intra", partiendo de la interpretación de la CE según una tradición muy rotunda en orden a las exigencias de presencia del acusado en juicio y de una norma constitucional omnicompreensiva, que proclama el derecho a un proceso "con todas las garantías" (art. 24.2 de la CE) exigiendo, así, una plenitud del derecho de defensa que pudiera ir más allá de las pretensiones de universalización que aquí estamos analizando. A lo que cabe añadir que efectuábamos tales afirmaciones en el marco de una posible interpretación de la LECrim., "secundum constitutionem", favorable, por consiguiente, a la plenitud del derecho fundamental.

13. No obstante, nuestra jurisprudencia (SSTC 37/1988, de 3 de marzo; 181/1994; 29/1995, de 6 de febrero, y 162/1999, de 27 de septiembre) ha reconocido que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial desde la perspectiva del art. 24 de la CE y, por lo tanto, que constituye el punto de partida en la fijación del que hemos denominado "contenido absoluto" de los derechos fundamentales que, necesariamente, ha de proyectarse "ad extra".

En el proceso penal, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria. Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asisten-

cia técnica del Letrado, y, en fin, puede ejercerse el derecho a la última palabra que, en nuestro ordenamiento, hemos reconocido como una manifestación del derecho de autodefensa (STC 181/1994, de 20 de junio). La vista oral no es una simple secuencia del proceso penal, sino el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se debate acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas por la acusación y la defensa.

(...)

Ello no comporta, sin embargo, la proscripción constitucional de la condena "in absentia". En efecto, en determinadas condiciones, atendiendo a intereses que son dignos de protección, puede admitirse la condena en ausencia pues la sentencia penal condenatoria, con independencia de la efectividad de la pena impuesta, produce otros efectos jurídicos plausibles (cierra la vía de prescripción de los delitos para abrir la más dilatada de las penas, posibilita la satisfacción de los daños y perjuicios causados por el delito, asegura de forma documentada la producción de medios de prueba cuya fiabilidad el tiempo puede perjudicar, y puede contribuir a la prevención general y a la restauración del orden jurídico perturbado por la infracción); pero, en tales casos, las exigencias más elementales del juicio justo pueden llegar a imponer que la efectividad de la condena quede supeditada a que exista una posibilidad de impugnación posterior, esto es, una vez sea habido el condenado, que resulte suficiente para subsanar el déficit de garantías que, en el caso concreto, haya podido ocasionar la falta de presencia en la vista.

14. Esto sentado, hemos de partir de que lo que de ningún modo resulta compatible con el contenido absoluto del derecho a un juicio justo (art. 24.2 de la CE) es la condena "in absentia" sin la aludida posibilidad ulterior de subsanar las deficiencias que la falta de presencia haya podido ocasionar en

los procesos penales seguidos por delitos muy graves.

En efecto, más allá de las exigencias que se proyectan generalmente sobre cualquier clase de proceso penal en los supuestos, como el aquí examinado, en que el objeto de la acusación lo constituyen delitos muy graves que, como tales, se hallan muy gravemente sancionados, la garantía de que el acusado esté presente o pueda, en otro caso, impugnar la condena “in absentia” por el eventual menoscabo de sus derechos fundamentales cobra una significación especial que, por encima de las razones procesales a que se acaba de aludir, obliga a entender que, sin ella, no pueda hablarse, en puridad, de juicio justo, en tanto expone al extraditado a un peligro cierto de “flagrante denegación de justicia”, según la expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya citada.

(...) al menos, en los procesos penales por delito muy grave, aquellos en los que está en juego una imputación que afecta a su dignidad personal y que comporta una seria privación de su libertad, la presencia en el acto del juicio oral no es sólo un derecho fundamental del acusado, sino también una de las que hemos denominado “reglas esenciales del desarrollo del proceso” (SSTC 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, y 138/1999, de 22 de julio), sin cuya concurrencia la idea de juicio justo es una simple quimera. De ahí se desprende, inmediatamente, que la falta de comparecencia temporánea no determina la preclusión de la facultad de estar presente en el juicio, pues, según acaba de verse, no se trata de una facultad cualquiera, sino de un componente básico de los juicios penales por delito grave.

(...)

15. Pues bien, dicho esto, la argumentación del Auto recurrido se basa en considerar que el acusado renunció tácitamente a ejercer su autodefensa al decidir de forma voluntaria no comparecer en el acto del juicio y, a partir de dicha supuesta renuncia, concluye que no hubo lesión del derecho de defensa a la vista del resto de circunstancias antes descritas, pese a admitir que no existe

en el ordenamiento jurídico italiano la posibilidad de un juicio rescisorio de fondo sobre el fundamento fáctico y jurídico de la condena en los casos de contumacia.

No podemos, sin embargo, estimar constitucionalmente correcta dicha fundamentación. En primer lugar, porque implícitamente atribuye a los derechos fundamentales del acusado una función secundaria, meramente limitativa del ejercicio del “ius puniendi” estatal, y no, como es constitucionalmente obligado, la de ser principios determinantes del modo de enjuiciar. En segundo lugar, porque no puede aceptarse la tesis según la cual en tales supuestos (acusación por delito muy grave) la incomparecencia no es sino una renuncia tácita al ejercicio del derecho de defensa, y la continuación del juicio la adecuada reacción procesal a su inasistencia.

No es necesario determinar aquí si estamos o no ante un derecho irrenunciable. Baste recordar, como ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Barberá, Messegué y Jabardo, de 6 de diciembre de 1988, núm. 82; Oberschlick, de 23 de mayo de 1991, núm. 51; F.C.B. c. Italia, de 28 de agosto de 1991, núms. 33 a 35, y Poitrimol, de 23 de noviembre de 1993, núm. 31), que la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando es posible, ha de ser expresa y formulada en términos inequívocos: de lo contrario podrían legitimarse, a través de ella, situaciones contrarias a la dignidad humana. Y, en el caso de los derechos procesales, precisamente por su naturaleza formal, la voluntad de renuncia ha de hallarse, con mayor razón, rodeada de un mínimo de garantías para que no quede desnaturalizada. Lo que, evidentemente, ocurre en casos como el presente en que, al hallarse el acusado sometido a una imputación que comporta una pena muy grave, la comparecencia implica normalmente su ingreso en prisión y, por consiguiente, una constricción en virtud de la cual no cabe otorgar a la falta de comparecencia valor de renuncia (en el mismo sentido, STEDH de 29 de julio de 1998, caso Guerin contra Francia, núm. 43;

en términos análogos, ya se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 27 de febrero de 1980 —caso Deweer c. Bélgica, núm. 54).

Por ello, no podemos considerar que cumpla tales requisitos la supuesta renuncia tácita que es consecuencia de la decisión de sustraerse a la acción de la justicia para tratar de evitar la posibilidad de una condena penal grave. No estamos aquí ante una renuncia voluntaria al ejercicio de los derechos de defensa como pudiera entenderse que concurre en los supuestos en que, estando ya a disposición del Tribunal para la celebración del juicio, el acusado, mediante su actitud pasiva, su silencio en la vista oral o por medio de alteraciones del orden determinantes de su expulsión de la sala, o de cualquier otro modo, decide no ejercitar dichos derechos.

Tampoco desde la perspectiva adoptada podría aceptarse que la continuación del juicio, sin posibilidad de audiencia y defensa posterior, constituye una sanción adecuada a la decisión de incomparecencia. Ciertamente, el acusado tiene el deber de comparecer al llamamiento del Tribunal, hasta el punto de que, de no hacerlo así, la orden de comparecencia puede transformarse en orden de detención (STC 87/1984, de 27 de julio, FJ 4); pero cualquier otra sanción procesal que pretenda anudarse a la incomparecencia ha de ser proporcionada a la conducta que se sanciona y, por consiguiente, no puede alterar las garantías básicas del proceso justo, máxime cuando lo que se ventila en él es una pena especialmente grave, adecuada, tal vez, al delito cometido, pero irrazonable y arbitraria como sanción del incumplimiento de un deber procesal (SSTEDH en los casos

Poitrimol, núm. 38; Lala, núm. 27; Guerin, núms. 44 y 45, ya citadas, y Omar, de 29 de julio de 1998, núms. 40 a 44).

16. Por ello las quejas referidas a la autorización de entrega incondicionada para el cumplimiento de las Órdenes de ejecución núm. 551/1996 de la Fiscalía de Turín y núm. 154/1996 de la Fiscalía General de Bari han de ser atendidas. La argumentación ofrecida por las resoluciones de la Audiencia Nacional no se ajusta a las exigencias absolutas que dimanarían del derecho de defensa, tal y como las hemos definido, pues admiten la legitimidad constitucional del juicio en contumacia por delito castigado con pena grave cuando no se dan al acusado posibilidades de impugnación ulterior que salvaguarden adecuadamente sus derechos de defensa, lo que determina la estimación parcial de la demanda.

Dicha estimación tiene como efecto inmediato la nulidad, también parcial, de las resoluciones que pusieron término al procedimiento de extradición, sólo en la medida en que accedieron a la entrega del demandante para el cumplimiento de las Órdenes de ejecución núm. 551/1996 de la Fiscalía de Turín y núm. 154/1996 de la Fiscalía General de Bari, sin someterla a la condición de que, mediante un nuevo proceso, se den al recurrente las posibilidades de impugnación suficientes para salvaguardar sus derechos de defensa.

Lo dicho conlleva la retroacción de las actuaciones, sólo en lo que a dichas Órdenes de ejecución se refiere, para que se dicte en el procedimiento una resolución adecuada a la Constitución, en los términos que acaban de exponerse.

**Sentencia 121/2000 de la Sala 1.^a del TC de 5 de mayo de 2000
(BOE 7 de junio de 2000) (Recurso de amparo 376/1998)**

SUBSIDIARIEDAD DEL AMPARO CONSTITUCIONAL.

Art. 44.1.a) LOTC

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

SÍNTESIS

El Constitucional elude pronunciarse sobre la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva denunciada por el recurrente considerando que no han sido agotados todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. La sentencia tiene interés precisamente en cuanto expone la doctrina sobre el carácter subsidiario del recurso de amparo, además de por contener un voto particular al respecto entendiéndose que el caso examinado constituiría uno en el que estaría justificado apartarse de la regla general de la subsidiariedad que no debe ser considerada como un auténtico dogma.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...) antes de entrar en el enjuiciamiento de denunciada falta de motivación de las resoluciones judiciales recurridas en amparo, hemos de considerar que, según exponen el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, la demanda resulta prematura, sin tener en cuenta el carácter subsidiario del amparo, cuyo recurso debe interponerse después de haber agotado todos los utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1.a) LOTC].

Nuestra jurisprudencia, en efecto, contiene una regla general en virtud de la cual no puede impetrarse directamente el amparo constitucional contra resoluciones incidentales recaídas en un proceso penal no concluido en el marco del propio proceso donde

deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de derechos fundamentales que hubieran podido originarse, salvo que no quepa otra vía para remediarlas que el recurso de amparo (SSTC 32/1994, de 31 de enero; 147/1994, de 12 de mayo; 174/1994, de 7 de junio; 196/1995, de 19 de diciembre, y 63/1996, de 16 de abril, y AATC 168/1995, de 20 de noviembre, y 173/1995, de 21 de noviembre).

La regla general es garantizar el cumplimiento del principio constitucional de subsidiariedad (art. 53.2 CE).

Como hemos recordado en la STC 73/1999, de 26 de abril, e insistiendo en la doctrina reiterada de este Tribunal, “no puede estimarse cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa que establece el art. 44.1.a) LOTC cuando la queja

se deduce frente a resoluciones judiciales dictadas en el seno de un proceso penal que aún no ha finalizado, pues es necesario, en el respeto a la naturaleza subsidiaria propia del recurso de amparo, plantear dicha cuestión y dar posibilidad a los órganos judiciales de pronunciarse sobre tales vulneraciones antes de acudir en petición de amparo ante este Tribunal' (SSTC 32/1994, 147/1994, 196/1995 y 63/1996; y ATC 168/1995, entre otros muchos). 'El marco natural en el que ha de intentarse la reparación del derecho constitucional vulnerado por la actuación del órgano jurisdiccional es el mismo proceso judicial previo, de tal modo que, en principio, sólo cuando éste haya finalizado por haber recaído una resolución firme y definitiva puede entenderse agotada la vía judicial y, consecuentemente, es posible acudir ante este Tribunal en demanda de amparo' (SSTC 32/1994 y 147/1994)" (STC 73/1999, fundamento jurídico 2.º).

Últimamente, en la STC 18/2000, de 31 de enero, se ha reiterado que "es, en el marco del propio proceso, cuando éste aún se encuentra pendiente, donde deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de los derechos fundamentales que hayan podido originarse, precisamente, en la sustanciación del proceso mismo, salvo que no esté abierta otra vía para remediar la vulneración actual del derecho que el recurso de amparo. Y será cuando el proceso ha finalizado —o, dicho en otras palabras, cuando no quepa acudir a instancia judicial alguna que pueda apreciar y reparar la vulneración del derecho fundamental— cuando se habrá agotado la vía judicial previa y cabrá, por consiguiente, acudir a este Tribunal en demanda de amparo constitucional. Si así no se hiciera, estaríamos privando a los Jueces y Tribunales ordinarios de la función, que constitucionalmente tienen atribuida, de tutelar los derechos e intereses legítimos y, señaladamente, los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados. Por consiguiente, no puede estimarse cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa que establece el art. 44.1.a) LOTC,

cuando la queja se deduce frente a resoluciones judiciales dictadas en el seno de un proceso penal que todavía no ha finalizado (SSTC 196/1995, de 19 de diciembre; 63/1996, de 16 de abril, y 73/1999, de 26 de abril, entre otras)" (STC 18/2000, fundamento jurídico 5.º).

3. En el presente caso se recurren unas resoluciones judiciales relativas a la continuación de las diligencias por el trámite del procedimiento abreviado, de modo que no puede entenderse agotada la vía judicial por el hecho de haberse interpuesto un recurso de reforma y otro ulterior de queja, ya que el quejoso dispone todavía de la posibilidad de alegar a favor de sus derechos fundamentales en la denominada "audiencia preliminar" prevista en el art. 793.2 LECrim.

En consecuencia, al interponer el recurso de amparo, sin respetar el carácter subsidiario del mismo, incurrió en la infracción procesal denunciada en primer término por el Ministerio Fiscal y por el Abogado del Estado. No es necesario pronunciarse sobre otros aspectos expuestos por aquéllos y que evidencian el carácter prematuro del recurso.

Procede, en consecuencia, inadmitir el recurso por este motivo, por imperativo del art. 44.1.a) LOTC.

Voto particular que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 376/1998

Creo que esta demanda de amparo debió tramitarse y, en su día, dictar una Sentencia estimatoria, con el alcance que luego precisaré, por las razones que expuse en las deliberaciones de la Sala y que reproduzco en este Voto discrepante de la opinión mayoritaria de mis colegas.

I. La subsidiaridad del amparo constitucional no es un dogma.

Según vengo afirmando en diversas ocasiones, a partir del Voto que acompañé a la STC 196/1995 (Boletín Oficial del Estado núm. 21, de 24 de enero de 1996), la subsi-

diariedad del recurso de amparo [art. 44.1.a) LOTC] ha de interpretarse con criterios flexibles, teniendo en cuenta las circunstancias de cada supuesto enjuiciado. En otro Voto particular discrepante, éste a la STC 63/1996 (Boletín Oficial del Estado núm. 123, de 21 de mayo de 1996), insistí en una consideración de la subsidiariedad que ahora reitero: No es un dogma que, como tal, sea intocable, ni es una regla que deba aplicarse inexorablemente, sin dejarse vencer a los ruegos de las excepciones.

Ciertamente el citado art. 44.1.a) LOTC configura el amparo constitucional como un remedio subsidiario, una vez que “se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial”. Pero frente a este postulado se alzan principios y normas constitucionales que no deben infravalorarse. Hemos de ponderar, en cada caso, los valores enfrentados, con el fin de llegar a una solución razonable.

El art. 49.1 LOTC establece que en las demandas de amparo “se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado”. La finalidad, pues, de este proceso es tanto “preservar” como “restablecer”. El art. 41.3 LOTC menciona el mismo doble objetivo (“establecer o preservar”) al referirse a las pretensiones del amparo constitucional y el art. 54 LOTC vuelve a señalar la preservación de los derechos y libertades, junto al restablecimiento de ellos, como función de la Sala que conozca recursos de amparo “respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales”, que es, precisamente, la función que, en este caso, asumimos.

“Preservar”, según el Diccionario de la Academia, es “poner a cubierto anticipadamente a una persona o cosa, de algún daño o peligro”. ¿Cómo puede preservarse un derecho, o una libertad, transcurrido mucho tiempo (varios años acaso) desde que la violación se produjo? ¿Cómo olvidarnos de la misión de preservación que nuestra Ley Orgánica nos encomienda? ¿Hemos de espe-

rar, paciente y pasivamente, al agotamiento de “todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial”, a lo largo de un tiempo considerablemente más dilatado en la práctica que el previsto en las normas procesales, y, mientras tanto, inadmitir los recursos de amparo por considerarlos prematuros?

(...)

La regla general es garantizar el cumplimiento del principio constitucional de subsidiariedad (art. 53.2 CE). Sin embargo, y como dejamos dicho también en la STC 27/1997, “esta regla general ha de ser excepcionada en supuestos específicos en los que, de obligar al particular a agotar la vía judicial ordinaria, se produciría una injustificada perpetuación en el tiempo de la lesión de su derecho fundamental o se consumaría definitivamente dicha violación, haciéndose imposible o dificultándose gravemente el restablecimiento ‘in integrum’ por el Tribunal Constitucional del derecho fundamental vulnerado” (fundamento jurídico 2.º).

Y a continuación, en el mismo fundamento jurídico 2.º de la STC 27/1997, subrayábamos: “Por esta razón, y porque el recurso de amparo no sólo está dirigido a restablecer, sino también a ‘preservar’ el libre ejercicio de los derechos fundamentales (art. 41.3 LOTC), la doctrina de este Tribunal ha modulado, en ocasiones, la rigurosa observancia de este presupuesto procesal”.

II. Una excepción: Conculcación grave con posibilidad (frustrada) de revisión judicial.

Ante la posible conculcación grave de derechos fundamentales cuya preservación se ha frustrado en la vía judicial, el recurso de amparo debe ser admitido, sin aguardar al agotamiento de todos los recursos utilizables ante Jueces y Tribunales.

He dicho “conculcación grave de derechos fundamentales cuya preservación se ha frustrado en la vía judicial”. Mi interpretación considera el supuesto en el que se dio ocasión a los Jueces y Tribunales, al resolver los pertinentes recursos, de reparar las graves violaciones por ellos mismos come-

tidas o por órganos judiciales inferiores. Es lo que ocurrió en el presente asunto, con un recurso de reforma, una petición de nulidad y un recurso de queja ante la Audiencia (anecedente 3 de la Sentencia). Y fue la tesis que latía en la STC 78/1994 (fundamento jurídico 2.º). Una actitud distinta habrá de adoptarse si el recurrente en amparo no da oportunidad a los Jueces y Tribunales de preservar los derechos y libertades, acudiendo prematuramente, en estos casos, sí, al Tribunal Constitucional.

Procedente es distinguir, en suma, entre dos clases de recursos de amparo, vistos desde la posible prematuridad de los mismos: A) Recursos en los que, sin pronunciamiento revisorio en la vía judicial, se presentan "per saltum" al Tribunal Constitucional; B) Recursos de amparo contra actos lesivos de derechos fundamentales de naturaleza procesal no susceptibles de ser reparados en la Sentencia final y que pusieron

fin a un incidente, o a una petición autónoma dentro de un proceso principal, es decir, aquéllos en los que los Jueces y los Tribunales desaprovecharon la oportunidad de preservar y restablecer los derechos fundamentales, si habían sido violados por ellos o por un órgano inferior, resoluciones, además, contra las que no es legalmente permitido, de momento, un recurso que pudiera preservar y restablecer, en la vía judicial, el derecho o la libertad violados.

Mientras que deben inadmitirse, por prematuros, los del apartado A), y en estos supuestos aplicar inflexiblemente el principio de subsidiariedad, los recursos del apartado B), en los que se dio a Jueces y Tribunales la oportunidad de remediar las infracciones, deben ser admitidos. (Esa oportunidad de poner remedio en la vía judicial se repitió aquí varias veces, como consta en los antecedentes de la Sentencia.)

**Sentencia 120/2000 del Pleno del TC de 10 de mayo de 2000
(BOE 7 de junio de 2000) (Cuestión de inconstitucionalidad 2594/1994)**

CONFORMIDAD A LA CONSTITUCIÓN DEL ART. 586 BIS CÓDIGO PENAL 1973.

Art. 586 bis Código Penal 1973

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

SÍNTESIS

Se declara la constitucionalidad del art. 586 bis CP 1973, impugnado fundamentalmente por la previsión de una pena corta privativa de libertad contraria, según el recurrente, al mandato del art. 25.2 CE.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad tiene por objeto el examen del art. 586 bis del CP (texto refundido de 1973)

desde la perspectiva de su conformidad con los arts. 1.1, 14 y 25.2 de la CE Este artículo, que carece de vigencia desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, establecía:

“Los que por simple imprudencia o negligencia causaren un mal a las personas que, de mediar dolo, constituiría delito, serán castigados con la pena de arresto menor y multa de 50.000 a 100.000 pesetas, siempre que concurriere infracción de reglamentos, y, cuando ésta no concurriere, con la de uno a quince días de arresto menor o multa de 50.000 a 100.000 pesetas. Si el hecho se cometiere con vehículo de motor podrá imponerse además, la privación del permiso de conducir por tiempo de uno a tres meses. Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles previa denuncia del ofendido.”

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Gavá (Barcelona) considera que este precepto genera un desigual trato legal que vulnera el art. 14 de la CE al exigir para la persecución de la infracción la previa denuncia del ofendido, así como que la pena privativa de libertad, de corta duración, con la que se sanciona la conducta no puede cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social asignada a esta clase de penas por el art. 25.2 de la CE (...)

4. La vulneración del art. 25.2 de la CE, por, último, se fundamenta en tres argumentos, ninguno de los cuales puede ser compartido por este Tribunal:

a) En primer término se afirma que las penas privativas de libertad de tan corta duración como la asignada (entre uno y treinta días de arresto menor) no pueden tener el efecto requerido por el art. 25.2 de la CE, de la resocialización y reinserción sociales. Esta argumentación se basa tanto en una comprensión del alcance y contenido del art. 25.2 de la CE, que no encaja con la que este Tribunal ha venido perfilando a través de su jurisprudencia, como en un entendimiento, al menos incompleto, del modo en que las penas cumplen y pueden cumplir los objetivos que legítimamente se les atribuyen.

En efecto, ha de tenerse presente de un lado, como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, que el art. 25.2 de la CE,

contiene un mandato dirigido al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9; 28/1988, de 23 de febrero, FJ 2; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 4; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 7; en sentido similar SSTC 79/1998, de 1 de abril, FJ 2; 88/1998, de 21 de abril, FJ 3). De otro lado, que la presunta vulneración del art. 25.2 de la CE parece partir de que el único fin legítimo de las penas privativas de libertad es la resocialización y reinserción social. Sin embargo, como este Tribunal ha declarado en la ya citada STC 150/1991, FJ 4, “el art. 25.2 de la CE, no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles —prevención especial, retribución, reinserción, etc.— ha optado por una concreta función de la pena”. De lo que se desprende, en primer lugar, que no puede afirmarse que las penas de arresto menor con las que se conmina la conducta en abstracto infrinjan el art. 25.2 por su idoneidad para cumplir uno de entre los varios fines constitucionalmente legítimos, ya que la constitucionalidad de dicha pena quedaría avalada por su aptitud para alcanzar otro u otros de dichos fines. En segundo lugar, que su confrontación con el mandato contenido en el art. 25.2 de la CE en ningún caso puede derivar de su genérica falta de virtualidad para alcanzar la resocialización del condenado. A lo que cabe agregar, por último, que no cabe negar toda posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de tan corta duración pueda cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social, dado que la intimidación específica e individual que se opera con el sometimiento efectivo del sujeto al proceso penal y con la declaración de culpabilidad y correlativa imposición de la pena, puede ser, por sí misma, idónea para alcanzar un efecto resocializador.

b) En segundo término se alega que la inidoneidad de esta pena para alcanzar el fin resocializador deriva de la forma domiciliaria y en ausencia de control y supervisión judicial, en la que, en la práctica, se cumple. Pero tampoco este argumento puede compartirse. Si bien es cierto que el contenido del art. 25.2 de la CE se vincula de forma directa con el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, no lo es menos que el mandato que establece opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran. De manera que no se trata tanto de la valoración aislada de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión. Es en este marco en el que se inserta la posibilidad de cumplir el arresto menor en el propio domicilio. Forma de ejecución que, al contrario de lo argumentado en la cuestión de inconstitucionalidad, se integra sin fisuras en un modelo de ejecución orientado a la resocialización en la medida en que tiene como objetivo prioritario evitar el desarraigo social, familiar y cultural que toda ejecución de la pena en establecimiento penitenciario conlleva.

c) Por último, se sostiene que esta pena es igualmente contraria al art. 25.2 de la CE porque, al aplicarse sólo en caso de denuncia del ofendido, será el particular el que ejercitará el “ius puniendi”. Resulta pertinente precisar, en primer término, que no se trata del ejercicio del “ius puniendi” por el particular, sino del ejercicio de la acción penal que pone en marcha el procedimiento a través de cual se instrumentaliza el ejercicio del “ius puniendi” por el Estado; pues como ha sido puesto de relieve en muchas ocasiones por este Tribunal, el particular no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ

4; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 11; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5; 41/1997, de 10 de marzo, FJ 7; 74/1997, de 21 de abril, FJ 5; 116/1997, de 23 de junio, FJ 5; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 2; 138/1999, de 22 de julio, FJ 5); sino que a la víctima del delito le asiste el “ius ut procedatur”, es decir, el derecho a poner en marcha un proceso, sustanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (por todas, STC 218/1997, FJ 2, en sentido similar 41/1997, FJ 5).

Procede, de otra parte, rebatir la incompatibilidad de la exigencia de denuncia previa del ofendido para la persecución de los delitos con el art. 25.2 de la CE. Pues, de un lado, el sometimiento de la persecución de estas infracciones a este requisito de procedibilidad debe ser examinado a la luz del sistema penal en su conjunto, y no de forma aislada como se pretende en esta cuestión. Pero de otro, incluso desde esta perspectiva, hay que decir que el dejar en manos de la víctima la puesta en marcha del procedimiento penal ni tiene necesariamente efectos contrarios a la resocialización del autor de la infracción, ni tampoco a los fines preventivo-generales igualmente legítimos al amparo de nuestra Constitución.

En efecto, basta reparar en que caso de existir denuncia de la víctima, se habrá iniciado el proceso penal y esta situación en nada difiere de la que se hubiera producido mediante una intervención del Ministerio Público tanto en lo que respecta a los fines de la pena como respecto a la reinserción social del condenado. Y si la víctima decide no denunciar la infracción, es obvio que, por no existir un proceso penal y una condena, no se suscita el problema de la reinserción social y, al no haber un interés público suficiente para la persecución del delito, tampoco se suscita una alteración de los fines de la pena.

En definitiva, ni la pena de arresto menor en sí misma considerada, ni su cumplimiento domiciliario, ni su imposición sólo tras un proceso que exclusivamente puede instar el ofendido, pueden considerarse contrarios al art. 25.2 de la CE, pues ni imposibilitan que se alcance la resocialización del autor, ni

impiden la consecución de otros fines igualmente legítimos de la pena al amparo de la Constitución. Lo que ha de conducir, junto a lo expuesto en los fundamentos precedentes, a la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 133/2000 de la Sala 1.ª del TC de 16 de mayo de 2000 (BOE 26 de junio de 2000) (Recurso de amparo 3832/1997)

ACCESO AL RECURSO PENAL: CÓMPUTO DEL PLAZO.

Arts. 24.1 CE, 184 y 185 LOPJ; 976 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se declara cometida la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto referida al acceso a los recursos, sufrida a consecuencia de haberse decretado la inadmisión por extemporánea de la apelación contra una sentencia dictada en juicio de faltas que resulta arbitraria al haberse efectuado un cómputo erróneo de los plazos sin descontar los días inhábiles.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. (...) constituye reiterada doctrina de este Tribunal que el cómputo de los plazos procesales es cuestión de mera legalidad ordinaria atribuida, en principio, a los órganos judiciales en el ejercicio de la exclusiva potestad jurisdiccional que les atribuye el art. 117.3 de la CE. No obstante, el tema adquiere dimensión constitucional y es susceptible, por tanto, de residenciarse en la correspondiente vía de amparo, cuando la decisión judicial suponga la inadmisión de un proce-

so o de un recurso, o la pérdida de algún trámite u oportunidad procesal prevista en el ordenamiento jurídico para hacer valer los propios derechos o intereses de parte con entidad suficiente para considerar que su omisión es determinante de indefensión, siempre que tal decisión haya sido adoptada partiendo de un cómputo en el que sea apreciable error patente, fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria o se haya utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, consagra-

do en el art. 24.1 de la CE (SSTC 1/1989, de 16 de enero, FJ 3; 32/1989, de 13 de febrero, FJ 2; 65/1989, de 7 de abril, FJ 2; 201/1992, de 19 de noviembre, FJ 2; 220/1993, de 30 de junio, FJ 4; 322/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 191/1997, de 10 de noviembre, FJ único; 215/1997, de 27 de noviembre, FJ único, y 89/1999, de 26 de mayo, FFJJ 3 y 4, entre otras muchas).

Como ha mantenido reiteradamente este Tribunal, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución a tenor de lo dispuesto en el art. 10.2 de ésta, consagra en su art. 14.5 el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley, lo que obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución, se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior. Por ello, si, en general, la existencia de un recurso legalmente previsto impone a Jueces y Tribunales una interpretación de la norma procesal teleológicamente fundada y orientada a no impedir el acceso al conocimiento judi-

cial por formalismos irrazonables (SSTC 54/1984, de 4 de mayo, FJ único; 59/1988, de 6 de abril, FJ 4; 174/1988, de 3 de octubre, FJ 2; 64/1992, de 29 de abril, FJ 3, y 77/1993, de 1 de marzo, FJ 3, entre otras), esta interpretación viene aún más reforzada por su relevancia constitucional cuando, como en el presente caso sucede, el recurso tiende a revisar una resolución de condena en materia penal, dada la trascendencia que el proceso impugnatorio tiene por sí mismo desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE (SSTC 154/1987, de 14 de octubre, FJ 2; 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5; 106/1988, de 8 de junio, FJ 2; 91/1994, de 21 de marzo, FJ 4; 190/1994, de 20 de junio, FJ 2; 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; 185/1998, de 28 de septiembre, FJ 3, y 120/1999, de 28 de junio, FJ 2, por todas).

4. A la vista de la doctrina expuesta, ha de concluirse que procede estimar el presente recurso de amparo, toda vez que las resoluciones judiciales impugnadas fundamentan su decisión de inadmitir el recurso de apelación interpuesto por el ahora demandante de amparo en una interpretación notoriamente arbitraria e infundada de las normas reguladoras del cómputo de los plazos procesales.

**Sentencia 181/2000 del Pleno del TC de 29 de junio de 2000
(BOE 29 de julio de 2000)**

INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNAS DISPOSICIONES DE LA LEY SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR.

Inciso final del apdo. c) del criterio segundo (explicación del sistema), y total contenido del apdo. letra b) “factores de corrección”, de la tabla V, ambos del anexo que contiene el “sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación” de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor; en la redacción dada a la misma por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

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

SÍNTESIS

La sentencia estudia la constitucionalidad de los criterios establecidos en esta Ley para determinar la indemnización que corresponde a las víctimas de accidentes. Al declarar la inconstitucionalidad de la disposición examinada, está exigiendo que los Tribunales determinen si la causa del accidente se basa en la responsabilidad objetiva, en cuyo caso la indemnización por perjuicios económicos establecida en el apartado b) de la tabla V del anexo opera como factor de corrección de la denominada indemnización básica, incluyendo los daños morales; o si se basa en una culpa relevante del causante, en cuyo caso la cuantificación de los perjuicios económicos puede fijarse por el Juzgador sin sujeción a las tablas y atendiendo al daño realmente acreditado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

17. (...) Pues bien, respecto del tratamiento que se asigna a la culpa en el sistema legal de tasación, hemos de tener en cuenta

que, conforme al art. 1.1 de la Ley 30/1995, de la responsabilidad por daños a las personas solo quedará exonerado el conductor cuando pruebe que fueron debidos “únicamente a la conducta o la negligencia del per-

judicado”, añadiéndose en el punto 2 del primero de los criterios establecidos en el Anexo, que se “equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción del mismo”. Por su parte, en el párrafo tercero del art. 1.º se dispone que “si concurren la negligencia del conductor y la del perjudicado se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad y al repartimiento en la cuantía de la indemnización, atendida la entidad respectiva de las culpas concurrentes”. Asimismo, se pondera como elemento corrector de disminución, también en el caso del apartado B) de la tabla V, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias (criterio 1.º, apartado 7, del anexo).

Así pues, resulta manifiestamente contradictorio con este esquema de imputación que, cuando concurre culpa exclusiva del conductor, la víctima tenga que asumir parte del daño que le ha sido causado por la conducta antijurídica de aquél. Es ésta una consecuencia que no se acomoda al mandato de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE, en cuanto el sistema valorativo utiliza el título de imputación de la culpa siempre en sentido favorable o beneficioso para quien, incurriendo en un ilícito, produjo el daño personal y los consiguientes perjuicios económicos a él anudados; máxime cuando la conducta antijurídica determinante del daño, lesiona o menoscaba bienes de tanta relevancia constitucional como son la integridad física y moral de las personas, reconocidos en el art. 15 de la Constitución.

Por otra parte, la concreta fórmula utilizada en este punto por el legislador para evaluar los perjuicios económicos vinculados a la incapacidad temporal, no viene modulada por cláusula alguna que permita una mínima ponderación, a efectos de individualizar el daño irrogado, de las circunstancias de diversa índole que pueden influir en la determinación del “quantum” indemnizatorio, dado que el legislador parte de la pre-

misa indeclinable de que ya ha tenido en cuenta toda clase de contingencias, incluidas las excepcionales, para establecer su tasada valoración, que viene de tal modo a conformar un sistema cerrado de tasación del daño personal, de carácter exclusivo y excluyente.

A mayor abundamiento, no puede desconocerse que los denominados “perjuicios económicos” presentan la suficiente entidad e identidad como para integrar y constituir un concepto indemnizatorio propio. Sin embargo, y a pesar de su relevancia desde la perspectiva de la reparación del daño efectivamente padecido, el legislador ha decidido regularlos como un simple factor de corrección de la indemnización básica prevista en el apartado A) de la tabla V, privándolos de toda autonomía como específico concepto indemnizatorio y, sobre todo, impidiendo que puedan ser objeto de la necesaria individualización y de un resarcimiento mínimamente aceptable, en comparación con las pérdidas que por tal concepto pueda sufrir un ciudadano medio por cada día de incapacidad para el desempeño de su trabajo o profesión habitual.

Así las cosas, el designio de uniformidad perseguido por el legislador trata de conseguirse, en cuanto a esta importante partida indemnizatoria, alterando su verdadera significación como componente individualizado del daño objeto de reparación. En efecto, en lugar de asignarle su verdadero carácter de partida o componente autónomo, dotado de propia sustantividad, en tanto que dirigido a enjugar las pérdidas o disminuciones patrimoniales que la víctima del daño haya sufrido y pueda acreditar, el sistema trastoca este concepto indemnizatorio para reducirlo a un simple factor de corrección que se calcula sobre la base de otra partida resarcitoria de diverso contenido y alcance, que obstaculiza la individualización del daño.

En suma, la opción acogida por el legislador en relación con la indemnización de los perjuicios económicos derivados de las lesiones temporales, no sólo entremezcla conceptos indemnizatorios heterogéneos y

susceptibles de un tratamiento diferenciado, sino que, por una parte, su incorporación al sistema de valoración como simple factor de corrección de la indemnización básica impide injustificadamente su individualización; mientras que, de otro lado, se obliga injustificadamente a la víctima del hecho circulatorio a soportar una parte sustancial de las pérdidas económicas derivadas del daño personal padecido, con el ilógico resultado de convertir a la culpa en un título de imputación que, paradójicamente, siempre opera en perjuicio de los legítimos derechos de la víctima. Por todo ello, sólo cabe concluir que el apartado B) de la tabla V del Anexo, 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 de la Constitución.

(...)

20. Debemos, finalmente, examinar si la valoración legal cuestionada se ajusta a las exigencias constitucionales derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE. Los órganos judiciales cifran la inconstitucionalidad del baremo “ex” art. 24.1 CE en el hecho de que impide a la víctima del evento dañoso justificar ante el juez que su situación no es coincidente con la determinada por la norma. Más concretamente, se alega que el baremo no permite a la víctima del accidente de circulación acreditar procesalmente que las pérdidas patrimoniales producidas como consecuencia de la lesión de los daños corporales que ha padecido son, en el caso concreto, superiores a las fijadas por el legislador, lo que impide la adecuada satisfacción procesal de la pretensión resarcitoria y, por lo tanto, el pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La duda de constitucionalidad descansa, en definitiva, en la idea de que en el sistema de valoración tasada se han introducido ciertas previsiones normativas mediante las que el legislador ha llevado hasta tal extre-

mo su voluntad generalizadora y de parificación que, en relación con determinados derechos vinculados al resarcimiento del daño personal, ha impedido, de modo terminante, que los perjudicados puedan ejercitar en el proceso sus pretensiones individualizadas, situando extramuros de aquél contenidos fundamentales de las mismas. El carácter exclusivo y excluyente del sistema legal, referido a la tabla V, en tanto que sistema cerrado, unido al alto grado de exhaustividad de alguna de las fórmulas dispuestas para la cuantificación de ciertos conceptos indemnizatorios no deja, en efecto, resquicio alguno a la excepción.

La configuración normativa de la analizada tabla V, referida a la indemnización de las lesiones temporales, determina que la pretensión resarcitoria de las víctimas o perjudicados no pueda ser efectivamente satisfecha en el oportuno proceso, con la consiguiente vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Al tratarse, en suma, de un sistema legal de tasación de carácter cerrado que incide en la vulneración constitucional antes indicada, y que no admite ni incorpora una previsión que permita la compatibilidad entre las indemnizaciones así resultantes y la reclamación del eventual exceso a través de otras vías procesales de carácter complementario, el legislador ha establecido un impedimento 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 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.

21. De lo antes razonado se desprende que, en relación con el sistema legal de tasación introducido por la Ley 30/1995, y en los aspectos que las dudas de constitucionalidad cuestionan, la inconstitucionalidad apreciada, por violación de los arts. 9.3 y

24.1 de la Constitución, ha de constreñirse a las concretas previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V del Anexo, y ello no 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, determinante de “incapacidad temporal”, tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo.

La anterior precisión conduce a la adecuada modulación en el alcance del fallo que hemos de pronunciar. En efecto, cuando se trate de resarcir daños ocasionados sin culpa, es decir, con base en responsabilidad civil objetiva o por riesgo, la indemnización por “perjuicios económicos”, a que se refiere el apartado letra B) de la tabla V del anexo, operará como un auténtico y propio

factor de corrección de la denominada “indemnización básica (incluidos daños morales)” del apartado A), conforme a los expresos términos dispuestos en la Ley, puesto que, como ya hemos razonado, en tales supuestos dicha regulación no incurre en arbitrariedad ni ocasiona indefensión.

Por el contrario, cuando la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, sea la causa determinante del daño a reparar, los “perjuicios económicos” del mencionado apartado B) de la tabla V del Anexo, se hallan afectados por la inconstitucionalidad apreciada y, por lo tanto, la cuantificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener (art. 1.2 de la Ley 30/1995) podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso.

Sentencia 15/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 19 de enero de 2000

TRATAMIENTO PENAL DE LAS PSICOPATÍAS.

Arts. 20.1 y 21.1 Código Penal

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

SÍNTESIS

La Sala ofrece una caracterización de los denominados trastornos de personalidad o psicopatías, que no llegan a posibilitar la exención completa de responsabilidad penal prevista en el art. 20.1 del Código Penal, pero sí la apreciación de una eximente incompleta o de la atenuante analógica en relación con aquélla.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Así las cosas, es necesario ahora determinar los efectos jurídicos que de esa ampliación de los hechos probados han de derivarse:

A) Nos hallamos ante un joven que sufre lo que antes se denominaba una psicopa-

tía, término que en la psiquiatría actual ha sido sustituido por el de trastorno de la personalidad, que consiste en deficiencias psicológicas que, sin constituir una psicosis, afectan a la organización y cohesión de la personalidad y a su equilibrio emocional y volitivo. Son desviaciones anormales del carácter, de origen diverso (biológico, social o psicológico), que no se asientan en ninguna

facultad concreta afectando al conjunto o equilibrio de todas ellas y que, cuando, como ocurre en el caso presente, tiene una cierta intensidad, particularmente si el hecho delictivo concreto se halla en la misma esfera en que la anormalidad específica se desenvuelve, afecta al comportamiento del sujeto, en cuanto que le impulsa a obrar en un determinado sentido, y puede tener relevancia en cuanto a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad en los hechos delictivos, ordinariamente porque su facultad de autocontrol, en el complejo mecanismo de su motivación ante una concreta conducta, se encuentra disminuida.

B) De lo antes expuesto ya cabe deducir que no es posible hablar de exención de responsabilidad penal en estos casos, porque las capacidades de conocer y de querer se encuentran conservadas en el sujeto, aunque limitadas, lo que justifica una atenuación proporcionada a la intensidad del padecimiento.

En cuanto a su encaje concreto en las normas penales, según la intensidad de la enfermedad en relación con la clase concreta del delito de que se trate podrá hacerse dentro de la eximente incompleta del núm. 1.º del art. 21 en relación con el núm. 1.º del art. 20 o podrá aplicarse al caso la atenuante analógica 6.ª del mismo artículo en casos de menor intensidad.

Como bien nos dice la reciente sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 1999 en su Fundamento de Derecho 5.º, tras razonar sobre la evolución histórica de nuestra legislación y nuestra jurisprudencia sobre este tema, en el momento presente, después de la modificación de los términos en que el CP se refiere a las enfermedades mentales, habida cuenta de la redacción actual del núm. 1.º del art. 20 del CP vigente, antes referido, es claro que las psicopatías o trastornos de la personalidad, que son evidentemente una clase de “anomalías o alteración psíquica”, pueden encajar en la mencionada eximente incompleta del art. 21.1.º cuando, sin excluirlas (lo que en principio no cabe en esta clase de trastornos), afectan con alguna intensidad a la capacidad de “comprender la ilicitud del hecho” o a la de “actuar conforme a esa comprensión”. Ciertamente cuando esa intensidad es menor podrá aplicarse la referida atenuante analógica del art. 21.6.º No puede olvidarse que estas anomalías psíquicas se caracterizan precisamente por su variedad, no sólo en cuanto a las diferentes formas en que pueden afectar a las diferentes áreas de la estructura espiritual del sujeto, sino porque, por su mismo concepto, son desviaciones de carácter respecto del tipo normal, y esas desviaciones pueden ser más o menos acentuadas.

Sentencia 71/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de enero de 2000

ESTADO DE NECESIDAD.

Art. 20.5.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras analizar cuidadosamente los requisitos del estado de necesidad, concluye la Sala que no concurren en la conducta de quien accede a transportar droga bajo la amenaza de un mal a sus familiares si no lo hace.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) El estado de necesidad, como circunstancia eximente, semieximente o incluso como atenuante analógica, ha sido reiteradamente estudiado por la jurisprudencia pues no en balde se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, y de otro, para evitar, expansivamente impunidad inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito —Tribunal Supremo Sentencia 26 de enero de 1999—.

Las Sentencias de 29 de mayo de 1997, 14 de octubre de 1996, 23 de enero, 9 y 27 de abril de 1998, y 20 de mayo de 1999, siguiendo lo ya señalado por la Sentencia de 5 de noviembre de 1994, dicen que cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente: a) pendencia acuciante y grave de

un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo; b) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; c) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que “a posteriori” corresponderá formular a los Tribunales de Justicia; d) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación y, e) que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar las siguientes prevenciones, que van a hacer inviable el estado de necesidad: 1.º La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad

del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. 2.º El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. 3.º Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna. Y 4.º En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.

Realmente es una cuestión en la que ha de procederse con extremada cautela. Mas en cualquier caso, frente a unos hipotéticos males físicos o frente a una grave situación económica, no se pueden contraponer, como excusa, los gravísimos perjuicios que a la masa social se le irrogan con el tráfico de estupefacientes (ver la Sentencia de 14 de

octubre de 1996), tales son la ruina personal, económica y social que con el tráfico se ocasiona a tantas personas. No cabe pues hablar de que el mal causado es igual o inferior al que se quiere evitar.

De ahí que la jurisprudencia haya sido desde siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico —Sentencia Tribunal Supremo 292/1998, de 27 de marzo—.

No puede estimarse como circunstancia atenuatoria —analógica de estado de necesidad— para efectuar un viaje con la finalidad de transportar droga, el mero hecho de encontrarse supuestamente en una situación económica deficiente, circunstancia que, lamentablemente, puede afectar a una generalidad de personas, que trata, sin embargo, de subsanarla por otros medios de carácter más lícitos —cfr. Tribunal Supremo Sentencias 6 de julio y 1 de octubre de 1999—.

Sentencia 1678/1999, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de enero de 2000

AMENAZAS. DISTINCIÓN DELITO-FALTA.

Arts. 169 a 171 y 620.2.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre el delito de amenazas. En particular, separación (puramente cuantitativa) entre delito y falta de amenazas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) La jurisprudencia de esta Sala (SS de 9 de octubre de 1984, 18 de

septiembre de 1986, 23 de mayo de 1989 y 28 de diciembre de 1990), ha considerado el delito de amenazas como de mera actividad, que se consuma con la llegada del anuncio a

su destinatario, y su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea necesario la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que las expresiones utilizadas sean aptas para amedrentar a la víctima.

En definitiva, son elementos constitutivos de este delito, según los precedentes jurisprudenciales 1.º) Una conducta por parte del sujeto activo integrada por hechos o expresiones susceptibles de causar una intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal; 2.º) Que en el agente no sólo se de el elemento subjetivo general de la conciencia y voluntariedad del acto, en el que pueda asentarse el reproche de culpabilidad, sino también que, la expresión del propósito sea, persistente y creíble, que es lo que integra el delito distinguiéndolo de las contravenciones afines, y 3.º) Que concurren circunstancias concomitantes y circundantes a los hechos que permitan valorar la emisión y recepción del anuncio de un mal como de entidad suficiente para merecer la repulsa social y servir de soporte al juicio de antijuricidad (SS 4 de noviembre de 1978; 13 de mayo de 1980; 2 de febrero, 25 de junio, 27 de noviembre, 7 de diciembre de 1981; 13 de diciembre de 1983; 30 de octubre de 1985, y 18 de septiembre de 1986).

En el Código Penal de 1973, con la modificación introducida por la LO 3/1989, de 21 de junio, se establece una diferencia bien perfilada entre el delito y la falta de amenazas, ya que la tipificación delictiva se reserva para las amenazas de un mal constitutivo de delito y para la amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito, mientras que la calificación de falta se reserva para la amenaza verbal y no condicional de mal no constitutivo de delito, del art. 585.3.º del CP, y para los supuestos muy concretos y especiales, de amenaza en el calor de la ira, sin propósito serio, de un mal constitutivo de

delito del art. 585.2.º y de exhibición de armas del art. 585.1.º

En el Código Penal de 1995, tras tipificarse el delito de amenazas de un mal integrante de delito, y de un mal no constitutivo de delito, si son condicionales, en el apartado 2.º del art. 620 se sanciona como falta la provocación de una amenaza de carácter leve, con lo que la contravención tiene un carácter residual, refiriéndose a las conminaciones de males no constitutivos de delito, sin imposición de condición.

El criterio de la jurisprudencia manifestado, entre otras, en las sentencias de 11 de febrero, 23 de abril de 1977; 4 de diciembre de 1981; 12 de febrero de 1985; 6 de marzo de 1985; 23 de mayo de 1985; 27 de junio de 1985; 20 de enero de 1986; 13 de febrero de 1989; 30 de marzo de 1989; 23 de mayo de 1989; 3 de julio de 1989; 1 de septiembre de 1989; 23 de abril de 1990; 18 de noviembre de 1994, y 25 de enero de 1995, es que la diferencia entre los delitos y las faltas de amenazas, es puramente cuantitativa, radicando en la menor gravedad a los males anunciados, y la menor seriedad y credibilidad de las expresiones conminatorias, aunque en ambos, delitos y faltas, tendrá que concurrir el elemento dinámico de la comunicación de gestos o expresiones susceptibles de causar una cierta intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal.

Las frases atribuidas a Juan R.R., como dirigidas a José Luis H.P., recogidas al final de la narración histórica “me lo tienes que hacer buena” o “ya te pillaré” o “ya te enterarás”, dadas las circunstancias concurrentes en el momento en que se profirieron, al final de un partido de fútbol, en el que los ánimos de los espectadores se habían acalorado, no integraron expresiones susceptibles de causar intimidación en el ánimo de José Luis, ni que le hubiesen hecho perder la tranquilidad y sosiego, temiendo que Juan le fuera a infligir un mal en un futuro más o menos próximo.

Sentencia 1704/1999, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de enero de 2000

CONSUMACIÓN EN EL ROBO VIOLENTO.

Art. 242 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras insistir en la disponibilidad autónoma de la cosa como momento consumativo en los delitos patrimoniales de apoderamiento, entiende la Sala Segunda del Tribunal Supremo que si la violencia se despliega en cualquier momento anterior a esta disponibilidad, estaremos ante un delito de robo y no ante un simple hurto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 234 del Código Penal.

Con carácter subsidiario del motivo anterior se alega que el ánimo del recurrente era cometer un delito de hurto y no un robo y que no ha existido violencia ya que cuando intervino la empleada el acusado ya tenía el objeto en sus manos iniciando ella el forcejeo para arrebatarlo.

El motivo no puede ser estimado.

El cauce procesal en el que se residencia el motivo exige el más riguroso respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia y en él se expresa que el acusado con ánimo de procurarse un beneficio patrimonial ilícito, cuando se hallaba en “El Corte Inglés”, se apoderó de un cepillo de madera “Black and Decker” cuyo dispositivo de seguridad

comenzó a sonar cuando pasó por debajo de uno de los arcos de seguridad en el que se encontraba María Belinda H., empleada del establecimiento que intentó detener al acusado y recuperar el efecto mencionado, produciéndose un forcejeo en el transcurso del cual María resultó con lesiones por las que precisó la primera asistencia médica y estuvo incapacitada parcialmente 15 días, no logrando su propósito pero siendo el acusado detenido inmediatamente por empleados de la firma.

Esta Sala, en reiteradas sentencias (Cfr. Sentencias de 2 de febrero y 16 de junio de 1994, 17 de enero de 1997, 12 de mayo de 1998), ha venido distinguiendo la violencia ejercida durante el proceso de apoderamiento de los efectos sustraídos o fase comisiva de aquella otra cuyo exclusivo fin es lograr la fuga e impedir la detención cuando la consumación se hubiera alcanzado. En el primer caso la violencia califica el delito contra el patrimonio conformando el delito de robo, sin perjuicio de la responsabilidad

que pudiera corresponderle por la violencia física realizada, y en el segundo se escinde completamente del delito contra el patrimonio configurando exclusivamente una figura, en su caso, contra la integridad física.

La consumación en los delitos de robo y hurto no viene condicionada por el agotamiento del fin lucrativo perseguido por el autor, tampoco se exige que el sujeto activo haya dispuesto del dinero o bienes sustraídos. En los delitos patrimoniales de apoderamiento la consumación delictiva viene vinculada a la disponibilidad de los efectos sustraídos, y más que la real y efectiva, que supondría la entrada en la fase de agotamiento, debe tenerse en cuenta la ideal o potencial capacidad de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Así se han pronunciado reiteradas Sentencias de esta Sala como son exponentes las de 21 y 27 de mayo de 1999 en las que se expresa que “en el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o intentada se trata, se ha optado por la racional postura de la ‘illatio’, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa —‘contrectatio’—, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido —‘ablatio’—, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material...”

En el caso que examinamos no existió esa disponibilidad, ni siquiera potencial, en cuanto no se había superado los controles que el propietario tenía dispuestos sobre sus cosas, ni puede decirse que se hubiera perdido el control sobre el objeto sustraído.

Así las cosas, resulta evidente que el ejercicio de la violencia se produjo en momento anterior a la consumación, con el fin de ven-

cer la oposición que la propiedad, a través de una empleada, efectuó para impedir la desposesión. Como igualmente resulta evidente, conforme al relato fáctico de la sentencia de instancia, que la violencia no se ejerció con el exclusivo fin de facilitar la huida, como hubiera sido el caso de que el sujeto hubiese abandonado el bien sustraído, sino que se utilizó como medio de lograr el apoderamiento. En consecuencia, se estaba desarrollando la fase comisiva del delito proyectado y esa violencia orientada a conseguir el botín es la que caracteriza el delito de robo, en este caso en grado de tentativa, correctamente apreciado por el Tribunal de instancia, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponderle por la violencia física realizada.

El legislador ha querido prever aquellos supuestos en los que, a pesar de concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos que caracterizan el delito de robo, la violencia o intimidación ejercidas ofrecen una menor entidad y por ello, en aras de lograr una mejor proporcionalidad de la pena, ofrece al juzgador, en el apartado tercero del artículo 242, la posibilidad de imponer la pena inferior en grado, atendidas las circunstancias del hecho.

El caso que nos ocupa pudiera ser considerado de una menor intensidad en la violencia ejercida y, por consiguiente, merecedor de la atenuación prevista en el apartado tercero del artículo 242 del Código Penal. El Tribunal de instancia no ha estimado hacer uso de esa atenuación y ello no ha sido cuestionado en el recurso que examinamos, no obstante, el logro de una mejor individualización punitiva pudiera conseguirse con un indulto parcial que redujese la pena de prisión al tiempo que hubiera correspondido de apreciarse la atenuante específica mencionada. Esa posibilidad queda abierta.

Sentencia 1699/1999, Sala de lo Penal del T.S., de 26 de enero de 2000

EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL NO CONSTITUYE UN HECHO NUEVO A LOS EFECTOS DEL ART. 954.4.º LECRIM.

Art. 954.4.º LECrim.

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

SÍNTESIS

Aplica la doctrina sentada por el Pleno de la Sala de 30 de abril de 1999 relativa a que el cambio jurisprudencial no debe ser incluido como hecho nuevo en la aplicación del art. 954 de la Ley Procesal Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La posibilidad de considerar los cambios jurisprudenciales como un hecho nuevo a los efectos de fundar el recurso de revisión previsto en el artículo 954.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha originado no pocas dudas y distintas resoluciones contrarias de esta Sala. En sentido favorable a esa interpretación se han dictado algunas Sentencias limitadas al supuesto de que el cambio jurisprudencial determine la absolución del acusado (Sentencias de 6 de mayo de 1996 y 3 de febrero de 1998). Otras Sentencias han negado en cambio que un cambio de criterio jurídico pueda considerarse hecho nuevo de tal naturaleza que evidencie la inocencia del acusado como exige el artículo 954.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Discrepancia resuelta en el Pleno de esta Sala para unificación de doctrina de 30 de abril de 1999 —posterior

por tanto al Auto que admitió a trámite el presente recurso de revisión sobre la base del primer criterio apuntado antes— en el que se acordó que “el cambio jurisprudencial no debe ser incluido como hecho nuevo en la aplicación del artículo 954 de la Ley procesal”.

Segundo.—Esta interpretación ha sido ya aplicada concretamente a los casos de cambio de criterio jurisprudencial sobre el concurso de leyes entre el contrabando y el tráfico de drogas: pronunciándose en tal sentido los Autos de 16 de julio y 28 de junio de 1999. Este último pone de relieve que, según la actual jurisprudencia, no se condena por contrabando porque se produce una absorción (art. 8.3.º del CP) del delito más leve (contrabando) en el más grave (contra la salud pública) al estimarse ahora que la pena con que se castigan estos hechos, mayor que las correspondientes según el Código Penal

anterior, es suficiente para abarcar la total antijuridicidad del hecho (contrabando más delito contra la salud pública), a diferencia del criterio jurisprudencial anterior que consideraba que, para abarcar ambas ilicitudes, pese a referirse al mismo bien jurídico prote-

gido, la salud pública en definitiva, se realizaba a través de un doble comportamiento separable aunque unido en una sola acción: de aquí que se condenara por concurso ideal de delitos del artículo 71 del Código Penal anterior (77 del CP actual).

Sentencia 142/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de enero de 2000

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN TRÁFICO DE DROGAS.

Arts. 29 y 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

El legislador utiliza, en la tipificación del delito de tráfico de drogas, un concepto extensivo de autor, lo que excluye la apreciación de conductas de simple complicidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Una reiterada doctrina de esta Sala —Sentencias 4 de abril de 1997, 17 de febrero y 15 de octubre de 1998, entre otras— ha declarado que la redacción del anterior artículo 344 del Código Penal derogado y el artículo 368 del vigente, ha pretendido que todo favorecimiento del tráfico con drogas prohibidas constituya autoría —en su caso coautoría— del delito establecido en dicha disposición, sin distinguir diversos niveles de participación. Se trata indudablemente de un concepto extensivo de autor, previsto en forma específica en el delito de tráfico de drogas, que excluye la aplicación —al menos en principio— del art. 16 del CP derogado y 29 del vigente. El texto del art. 344 del CP y actual 368 al incluir a todo “otro modo” entre las acciones típicas es indudablemente un elemento deci-

sivo, por su claridad, en la interpretación de los alcances de este delito. De “este modo”, sin distinguir entre modos decisivos o meramente cooperativos, ni entre necesarios y no necesarios, pone de manifiesto que el legislador ha querido proteger el bien jurídico más intensamente, excluyendo la atenuación de la pena permitida por el art. 29 del Código Penal para quienes realizan aportes reemplazables en el delito. La jurisprudencia de esta Sala —Sentencias de 3 de marzo y 19 de septiembre de 1987— ha mantenido con este punto de vista, al que sólo ha reconocido excepciones —sentencia del Tribunal Supremo 1269/1987, de 9 de julio de 1987— en condiciones especiales”

Finalmente, la Sentencia 219/1998, de 17 de febrero, ha recogido que “una reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, de la que son exponente, entre otras muchas, las

sentencias de 30 de mayo de 1991, 14 de abril de 1992, 632/1993, de 15 de marzo, 967/1993, de 28 de abril, 2313/1993, de 20 de octubre, 2899/1993, de 23 de diciembre, 32/1995, de 19 de enero, 210/1995, de 14 de febrero, 435/1995, de 21 de marzo, 762/1995, de 16 de junio, 768/1995, de 14 de junio, 986/1995, de 10 de octubre, 1049/1995, de 26 de octubre, 38/1996, de 26 de enero, 438/1996, de 24 de junio, 1176/1997, de 30 de septiembre y 1226/1997, de 10 de octubre, viene manteniendo que la figura de la complicidad en estos delitos, es muy difícil, dada la amplitud de los términos en que se pronuncia el art. 344 del Código Penal, siendo sólo posible su aplicación en supuestos de mínima colaboración, en cuanto caben conductas auxiliares en beneficio del verdadero traficante —sentencia de 15 de enero de 1991— o en supuestos de mero acompañamiento a los compradores e indicación del domicilio de los vendedores —sentencia de 9 de julio

de 1987— u ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña parte de la droga que otro poseía —sentencia de 30 de mayo de 1991— pues la autoría del delito de tráfico de droga, resulta perfecta con la tenencia de la sustancia y el legislador ha adoptado en la redacción del tipo un concepto extensivo de autor que excluye, en principio, las formas accesorias de la participación, resultando obvio que cuando la acción consiste en la tenencia de la droga tal comportamiento da lugar a la autoría, pues la realización personal de la acción típica es autoría en todos los casos”.

Esto último, no ocurre en el supuesto que se examina, pues según el relato fáctico el recurrente está realizando el verbo nuclear del tipo, al efectuar un verdadero acto de favorecimiento al tráfico mediante la ocultación de 3,780 kgs. de hachís, valorado en 945.000 ptas. para su posterior entrega a otra persona por una determinada cantidad de dinero.

Sentencia 98/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 3 de febrero de 2000

APROPIACIÓN INDEBIDA.

Art. 252 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras analizar los elementos del delito de apropiación indebida concluye que en el caso enjuiciado nos encontramos ante una apropiación indebida “de uso”, atípica por lo tanto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El motivo primero se articula a través del artículo 849.1.º de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 252 del Código Penal alegando que los hechos declarados probados no reflejan los elementos del delito

puesto que falta el “animus rem sibi habendi”, es decir el propósito de incorporar la cosa definitivamente al propio patrimonio privando de ella a su titular. El Ministerio Fiscal apoya el motivo al entender que no se desprende de lo sucedido más que un ánimo de utilización transitoria no equiparable al propósito de definitiva incorporación patrimonial.

El relato histórico de la Sentencia expresa que tras entrevistarse el acusado con el propietario de un vehículo en venta, éste le dejó las llaves del coche en determinado establecimiento para que pudiera el acusado probarlo antes de decidirse definitivamente por la compra. Señala también que el acusado se llevó el vehículo y no se puso en contacto con el vendedor, que lo recuperó seis días después cuando la Policía lo encontró en la vía pública debidamente estacionado. La Sala de instancia apreciando en esa posesión un fin de apropiación y de hacer suyo el vehículo al menos de forma transitoria, estima la comisión del delito del artículo 252 del Código Penal.

El motivo debe estimarse. En efecto: el delito de apropiación indebida además de una previa posesión o tenencia de lo que sea su objeto —dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble— recibido por título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, exige por un lado el cambio del “animus” sustentador de la posesión que de ser en concepto distinto al dueño reconociendo el dominio en otra persona, pasa a convertirse en intención de hacer propia la cosa que es de otro; y por otra parte un comportamiento material de apropiación por el ejercicio de hecho de facultades propias del dominio, sea gozando o sea disponiendo de la cosa como dueño.

En este caso no constan en la Sentencia datos objetivos que denoten una voluntad de hacer propia la cosa exteriorizada por actos concluyentes de arrogación de los poderes de dueño. Tanto si la posesión del vehículo se inscribe en un ámbito de tratos preliminares como si corresponde a la esfera de un comodato, se concedió la facultad de usarlo

y probarlo, pero aparece que fuera transmutada en una disposición del vehículo o de alguna de sus partes, ni de una negativa a su entrega tras una exigencia de devolución que no consta se hiciera, ni tampoco un comportamiento de ocultación indicativo de un propósito de apropiación definitiva. Lo que existe es una continuidad o persistencia en la posesión que no por ser temporalmente excesiva denota necesariamente un comportamiento de hecho como si la cosa fuera propia.

En primer lugar porque el “factum” de la Sentencia no dice que se pactara una posesión por tiempo menor o hubiera un requerimiento de devolución que extinguiera el derecho a su uso.

En segundo lugar porque aunque así fuera, sea por haberse pactado expresamente o sea por exigirlo así la buena fe en cesión acordada para la sola comprobación del funcionamiento del automóvil, la continuidad de la tenencia sin que haya constancia de una efectiva utilización del coche durante todo ese tiempo sólo representa la pura omisión del acto de su devolución. Esta omisión por sí misma, sin una negativa al reintegro, no pasa de ser en principio mero incumplimiento civil de la obligación nacida del título de entrega, esto es un simple retraso o incumplimiento moratorio en la obligación salvo que tenga la duración suficiente para ser reveladora de un ánimo de apropiación, lo que no sucede en este caso.

Y en tercer lugar, porque una hipotética prolongación del uso efectivo del vehículo más allá de lo autorizado por el título posesorio, con ánimo abusivo de aprovechamiento temporal del mismo sin propósito de apropiación definitiva o permanente de la cosa, constituye una apropiación con expropiación transitoria, es decir una apropiación indebida de uso; figura de dudosa tipicidad y objeto de controversia doctrinal: mayoritariamente se rechaza su carácter típico por no ser compatible con el necesario y verdadero ánimo de apropiación, pero no faltan quienes supeditan la tipicidad a una apropiación del “valor” de la cosa, o de su

“sustancia”, o a una “duración” significativa, o a la apropiación de la “función”; o quienes conjugando varios criterios consideraran típica la apropiación indebida de uso si el uso conlleva bien la expropiación de parte del valor de la cosa, bien una privación significativa, por su duración o trascendencia, de las facultades dominiales del propietario.

En cualquier caso aquí la duración no fue relevante, ni hubo disminución del valor, ni de sustancia, ni expropiación definitiva de ninguna función. Por consiguiente la sola prolongación del uso más allá de lo que el título posesorio permitiera, carece de relevancia como comportamiento típicamente apropiativo, y no trasciende la significación de un mero incumplimiento obligacional.

Sentencia 109/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 4 de febrero de 2000

REFUNDICIÓN DE CONDENAS.

Arts. 76 Código Penal y 988 LECrim.

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

SÍNTESIS

La sentencia resume con precisión la última y más generosa doctrina jurisprudencial en materia de refundición de condenas. El único límite es el cronológico: que los distintos delitos pudieran haberse enjuiciado conjuntamente debido al momento de su comisión. Asimismo, detalla la sentencia los pasos que comprende el procedimiento previsto en el art. 988 LECrim., en orden a hacer efectiva la mencionada refundición de condenas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Esta Sala, en esta cuestión de la acumulación de condenas, después de algunas vacilaciones derivadas de la complejidad del tema y de las distintas circunstancias de hecho que acompañan en cada caso al problema a resolver, sigue actualmente una línea que consideramos suficientemente clara al respecto.

Tanto el CP 73 en la regla 2.ª del art. 70, como el ahora vigente en su art. 76, para

delimitar los casos en que cabe aplicar los límites de penalidad cuando hay diferentes penas impuestas en distintos procesos, utiliza la siguiente expresión: “si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”.

La doctrina de esta Sala, en interpretación de tales normas, se viene manifestando en una doble dirección:

A) En primer lugar, con un criterio amplio en cuanto a la clase de los delitos a acu-

mular (“ratione materiae”), interpretando la conexión desde perspectivas sustantivas, alejadas del criterio de la conexión procesal de los arts. 17 y 300 LECrim. de tal forma que, en consideración a las razones humanitarias que constituyen el fundamento de estas normas, la clase concreta de delito cometido no ha de ser obstáculo que pueda impedir su aplicación. Este criterio amplio en beneficio del reo permite la acumulación de todas las condenas que, por la época en que ocurrieron los hechos delictivos pudieron haber sido objeto de un único procedimiento. Si no lo fueron por razones de índole territorial, o por la diferente clase de infracciones cometidas, o por haber sido tramitados unos procesos con rapidez y otros con lentitud, o por cualquier otra razón, si se trata de hechos de una misma época, cualquiera que fuese la razón procesal por la que no todos fueron enjuiciados en una misma causa, cabrá la acumulación de la totalidad de las penas impuestas a los efectos de aplicar esos límites máximos fijados por las referidas normas sustantivas, en consideración a unos criterios humanitarios, repetimos, ajenos a los avatares procesales concretos de cada procedimiento. Así pues, venimos aplicando criterios de la máxima amplitud en cuanto a la interpretación de la conexión material expresamente exigida en nuestras normas penales.

B) En segundo lugar, con un criterio estricto en cuanto a la otra exigencia expresamente requerida en nuestros Códigos Penales: que los diferentes procesos, en los que esas diversas condenas a acumular se impusieron, “pudieran haberse enjuiciado en uno solo” (“ratione temporis”). Cuando hay una sentencia condenatoria es claro que los hechos delictivos cometidos con posterioridad a tal sentencia no pudieron ser objeto de aquel otro proceso anterior en que ya había sido dictada esa sentencia condenatoria. Esta Sala viene fundando esta limitación en la peligrosidad que existiría, como facilitadora de la comisión de nuevos delitos, cuando un condenado, por las penas que ya tiene impuestas, sabe que puede cometer algún deli-

to porque la pena correspondiente a esta nueva infracción no tendría que cumplirla al haberse ya superado, con las condenas anteriores, los límites legalmente establecidos. Evidentemente no puede favorecerse el sentimiento de impunidad que habría de seguir a ese conocimiento y para ello es imprescindible ser exigente en cuanto al cumplimiento de este requisito de carácter temporal: sólo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria.

(...)

Este procedimiento se encuentra regulado en los últimos párrafos del art. 988 LECrim., que fueron introducidos por la Ley 3/1967, de 8 de abril.

Conforme a lo dispuesto en tal artículo 988 y a la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su sentencia 11/1987, de 30 de enero, el Juzgado o Tribunal que ha de instruir y resolver estos expedientes habrá de observar las normas siguientes:

1.^a Es competente el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia. Hay que aclarar aquí, por la importancia que tiene en el presente caso, que, conforme ha dicho esta Sala en auto de 6 de febrero de 1998, esta regla de competencia ha de aplicarse aunque esa última sentencia quede, en definitiva, excluida de la acumulación. El Juzgado o Tribunal que dictó la última sentencia no puede excusarse de instruir y resolver el expediente con el pretexto de que la condena por él impuesta no se encuentre entre aquellas que en definitiva han de acumularse para señalar el límite legalmente establecido en esos arts. 70.2 CP 73 y 76 CP vigente.

2.^a Estos expedientes de ejecución de sentencia pueden iniciarse de oficio, a instancia del condenado o del Ministerio Fiscal. Como ha dicho la sentencia del TC 11/1987 de 30 de enero, aunque el art. 988 nada establece al respecto, el condenado ha de actuar con abogado y procurador para

atender a las exigencias propias de los principios de contradicción, igualdad de armas y proscripción de indefensión. Estos procedimientos tienen a la postre tal importancia, que de ellos depende la determinación de la pena a cumplir. Ello obliga a exigir en su tramitación los mismos requisitos que en el proceso principal se precisan para la postulación procesal en favor del condenado.

3.^a Iniciado el procedimiento, el primer trámite ha de ser la reclamación al Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia de la correspondiente hoja relativa al condenado.

4.^a Conocidas así las condenas existentes, se pedirá testimonio de las correspondientes sentencias al Juzgado o Tribunal que las dictó.

5.^a Unidos tales testimonios al expediente, se oirá a las partes, es decir, al Ministerio Fiscal, al que expresamente se refiere el texto legal, y a la representación procesal del condenado (STC 11/1987, ya referida).

6.^a Oídas las partes, se dictará auto en cuyos antecedentes de hecho se hará una completa relación de todas las sentencias sobre las que versa la acumulación de penas, en la que habrán de expresarse, al menos, la fecha de los hechos y la relativa a cada una de las sentencias, así como las penas impuestas. Los razonamientos jurídicos explicarán la aplicación, en su caso, de los límites, de la regla 2.^a del art. 70 CP anterior o del art. 76 CP vigente. Luego en la parte dispositiva se determinará, si procede, el máximo de cumplimiento de pena que corresponda.

Sentencia 118/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 4 de febrero de 2000

ALEVOSÍA Y ENSAÑAMIENTO EN EL ASESINATO.

Art. 139.1 y 3 Código Penal

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre estos dos datos configuradores del delito de asesinato. En particular, insiste la sentencia en que no es el número de puñaladas por sí mismo lo que decide sobre la existencia de ensañamiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el cuarto motivo, articulado al amparo del art. 849.1.º LECrim., se

denuncia la infracción del art. 139.1.º CP que se ha producido en la Sentencia recurrida, según el recurrente, por haber sido apreciada indebidamente en los hechos proba-

dos la circunstancia agravante de alevosía que tipifica el asesinato. A la luz de la declaración de hechos probados de la Sentencia del Tribunal de Jurado, que no se ha cuestionado en este recurso y de la que, en consecuencia, hay que partir sin alteración alguna en la respuesta a esta impugnación, no parece que haya motivos para dudar de la existencia de la alevosía en los hechos enjuiciados. Concorre esta circunstancia, que ha sido comentada e interpretada en innumerables ocasiones, cuando el culpable emplea, en la ejecución de cualquiera de los delitos contra las personas, medios, modos o formas que tienden directa y especialmente a asegurarla, de suerte que su persona no corra riesgo que proceda de la defensa del ofendido. Ha considerado la jurisprudencia que tales elementos, diáfananamente expresados en la descripción legal de la alevosía, cobran realidad tanto cuando la agresión se produce de forma traicionera como cuando tiene lugar de forma súbita y sorpresiva, y tanto cuando la situación de indefensión se crea por el agresor para asegurar la ejecución e imposibilitar la defensa como cuando una situación de objetiva indefensión se aprovecha deliberadamente para el mismo fin de asegurar la ejecución, en la confianza de que será imposible o muy difícil que el agredido se defienda. En el caso enjuiciado en la Sentencia del Tribunal de Jurado y revisado en la del Tribunal Superior de Justicia recurrida en casación, encontramos un acontecimiento en que el agresor creó, en un brevísimo plazo de tiempo, una situación de absoluta indefensión para el agredido que no tuvo, en consecuencia, la menor oportunidad de defenderse y de reaccionar contra el primero. Así puede decirse puesto que: a) en primer lugar, lo persiguió, acorraló y arrinconó contra una puerta metálica no dejando al agredido la posibilidad de escapar —que era lo único que éste pretendía por lo que, desde el principio, puede decirse que el agresor estaba a salvo de cualquier reacción defensiva y que era consciente de ello—; b) en segundo lugar, neutralizó enseguida toda defensa, por remota que fuese su posi-

bilidad, descargando múltiples golpes sobre la víctima que, en algún momento, se volvió incluso de espaldas a su agresor, seguramente para evitar los golpes de frente, como lo demuestra el hecho de que, en la última fase del ataque, recibiese seis puñaladas en la región dorsal, y c) en tercer lugar, teniendo como tenía a la víctima a su merced, como consecuencia del estado de embriaguez en que la misma se encontraba y del aturdimiento que le habían provocado los golpes, el procesado sacó finalmente un cuchillo o navaja con el que asestó hasta doce puñaladas a la víctima, que afectaron a centros biológicos vitales, causando una de ellas la rotura cardíaca que le provocó la muerte. Como acertadamente han subrayado las dos Sentencias de primera y segunda instancia, la alevosía que concurre en la muerte ocasionada por el procesado nace claramente de la situación de indefensión, deliberadamente provocada por el procesado, en que se encontró la víctima desde que se inició la agresión aunque la indefensión se fue acentuando a lo largo del desarrollo de los hechos como consecuencia de la brutalidad del ataque, pudiendo corroborar la procedencia de apreciar dicha agravante lo sucesivo de la aparición de un arma blanca en la mano del procesado en un determinado momento, por lo que no cabría descartar la presencia también de la forma de alevosía comúnmente denominada sobrevenida. El rechazo del cuarto motivo del recurso es, en consecuencia, de todo punto inevitable.

Quinto.—Distinta ha de ser nuestra respuesta al quinto motivo del recurso, en el que, también al amparo del art. 849.1.º LECrim. se denuncia una infracción, por aplicación indebida, del art. 139.3.º CP o, lo que es igual, de la circunstancia agravante de ensañamiento que, al concurrir con la de alevosía —cuya apreciación ya hemos declarado correcta en el fundamento jurídico anterior— ha dado lugar a la subsunción de los hechos probados en el nuevo tipo agravado de asesinato previsto en el art. 140 CP. Distinta ha de ser nuestra respuesta —deci-

mos— porque no consideramos que en el relato fáctico de la Sentencia recurrida aparezcan todos los elementos necesarios para la apreciación del ensañamiento. Como se recuerda en la S. 803/1999, de 24 de mayo, dichos requisitos son los siguientes: a) que en la acción delictiva se hayan causado a la víctima padecimientos innecesarios para la ejecución del delito, lo que lógicamente comportará una extensión objetiva de los males inherentes a la ejecución; b) que este exceso de males padecidos por la víctima intensifique su sufrimiento; es decir, su dolor físico o su pena y aflicción psíquica; y c) que el aumento del sufrimiento haya sido buscado por el autor del hecho deliberada e inhumanamente o, lo que es igual, de forma intencionada y con esa actitud de singular desprecio a los sentimientos ajenos característica de la crueldad. No basta, pues, un exceso de males, por innecesarios que sean para la ejecución del hecho, si no han sido ocasionados con el deliberado e inhumano propósito de hacer sufrir, ni es suficiente que el autor se haya comportado de un modo bárbaro y cruel si, pese a todo, no ha aumentado el sufrimiento de la víctima. En el caso que ha sido objeto de enjuiciamiento en la primera y en la segunda instancia, la agresión del procesado contra su víctima se descompone fácilmente en dos fases, ambas de escasa duración. En la primera, aquél descargó múltiples golpes contra la víctima y terminó asestándole doce puñaladas. Pero sólo del número de golpes y de puñaladas no se puede deducir la circunstancia de ensañamiento si no consta el ánimo de aumentar el dolor del ofendido y este propósito parece estar ausente en la violenta reacción que desencadenó en el procesado la provocación de su novia que, acusando imprudentemente a la víctima de haberle hecho daño e incluso incitando a su novio a darle muerte, consiguió enfurecerle y desatar en él los instintos más agresivos e irracionales, siendo este estado de ánimo, no por menos reprochable ciertamente, incompatible con la deliberación que el núm. 3.º del art. 139 CP —así como el número 5.º del art. 22— incorpora a

la definición de la circunstancia agravante de ensañamiento. En la segunda fase del hecho, cuando el acusado, como se dice en el cuarto apartado del veredicto, logró desasirse de quienes le habían separado del agredido y, acercándose de nuevo a él, que estaba tendido en el suelo, “le propinó más patadas y pisotones en la cabeza y en la cara, de forma brutal y despiadada, con el propósito de aumentar su dolor innecesariamente”, cabe detectar en la conducta enjuiciada inequívocos rasgos de la agravante cuestionada —el exceso de males y el propósito de aumentarlos— pero no la circunstancia objetiva de que, efectivamente, la víctima estuviese en condiciones de sufrir todavía más, toda vez que ni se declara probado en el veredicto que la misma viviese aún al recibir los nuevos golpes, ni es probable que viviese tras la rotura cardíaca que le había ocasionado una de las cuchilladas inferidas por el procesado. Aunque éste se comportase de una “forma brutal y despiadada” —lo que habrá de ser tenido en cuenta en el momento de la individualización de la pena— y aunque las “patadas y pisotones” descargados sobre el cuerpo exánime de la víctima fuesen evidentemente innecesarios para quitarle la vida, el hecho probable —no descartado en el veredicto, lo que impide tener el contrario por probado— de que el fallecimiento ya se hubiese producido y de que, consiguientemente, la misma fuese ya, por desgracia, incapaz de experimentar sentimiento alguno, impide apreciar el ensañamiento a causa de la ausencia, en los hechos probados, del dato objetivo del mayor dolor sufrido por la víctima a consecuencia de los reiterados golpes que recibió estando ya en el suelo con la víscera cardíaca rota por una puñalada. Estas consideraciones nos llevan a estimar el quinto y último motivo del recurso, declarando indebidamente aplicado el núm. 3.º del art. 139 CP, lo que determina que el delito de asesinato perpetrado queda cualificado sólo por la alevosía e incardinado en el art. 139.1.º CP, sin que deba ser subsumido en el art. 140 del mismo Cuerpo legal.

Sentencia 1302/1999, Sala de lo Penal del T.S., de 8 de febrero de 2000

DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA Y FAUNA.

Art. 335 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras plantear la posible inconstitucionalidad del artículo 335 del Código Penal, la Sala aboga por su interpretación restrictiva, si se quiere mantener la necesaria separación entre el delito allí previsto y el simple ilícito administrativo de cazar sin licencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primera.—La Sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito del art. 335 del Código Penal, por cazar dos jilgueros “especie para cuya captura en dicha localidad (Provincia de Almería) se precisa la oportuna licencia administrativa de la Junta de Andalucía, licencia o permiso del que carecía el referido acusado”, según señala expresamente la sentencia en los hechos probados. En los fundamentos jurídicos, con valor complementario del relato fáctico, se añade que el acusado lleva unos tres años cazando jilgueros para canto y cría, y que para desarrollar dicha actividad posee la correspondiente licencia o autorización especial, aunque limitada a la Comunidad de Murcia y no extensible a la Provincia limítrofe de Almería, en la que se encontraba cazando cuando fue sorprendido por los agentes forestales que efectuaron la denuncia.

(...)

Tercero.—El delito prevenido en el art. 335 del Código Penal castiga a quien “cace

o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia”. Las especies indicadas en el artículo anterior son tanto las que se encuentren en peligro de extinción (art. 334.2.º), como aquellas que no estando en dicho peligro, se encuentran por algún motivo amenazadas (art. 334.1.º). En consecuencia la redacción completa del tipo, integrando la remisión al precepto anterior, sanciona al “que cace o pesque especies que no se encuentran catalogadas en peligro de extinción ni tampoco amenazadas, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia”. Dado que la acción de cazar es neutra y el objeto sobre el que se ejerce no expresa una específica necesidad de tutela que dote a dicha acción en estos supuestos de un contenido efectivo de antijuricidad material (especies que no se encuentran amenazadas ni en peligro de extinción), resulta explicable que hayan surgido fundadas dudas sobre la constitucionalidad del precepto pues el tipo penal no contiene el “núcleo esencial de la

prohibición”, desplazándose íntegramente la calificación como delictiva de la conducta a la normativa administrativa, que en este supuesto no cumple la función accesoria de delimitar o complementar el tipo delictivo sino que lo fundamenta y define en su totalidad.

Cuarto.—La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de los tipos penales parcialmente en blanco (SSTC 127/1990, 118/1992, 111/1993, 62/1994, 24/1996 y 120/1998), ha admitido la constitucionalidad de aquellos tipos penales en los que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadamente prevista en el tipo, debiendo acudir, para su integración, a una norma distinta, pero esta constitucionalidad exige el respeto de tres requisitos: 1.º) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; 2.º) que la Ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y 3.º) que sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir (SSTC 122/87, 127/90 y 120/98), “que se de 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, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”.

Aplicando esta doctrina constitucional al tipo delictivo definido en el art. 335 se advierten las dificultades existentes para superar los mínimos exigibles para la constitucionalidad del precepto. En primer lugar cabe afirmar que el tipo, tal y como se define en el Código Penal, no contiene el “núcleo esencial de la prohibición”, pues se limita a sancionar genéricamente una acción que en sí misma es neutra, sin contenido efectivo de antijuricidad material, “cazar”, en aquellos casos en que recae sobre un objeto también neutro, es decir que no reclama unas específicas necesidades de tutela, “especies

animales que ni están en peligro de extinción ni tampoco amenazadas”.

El tipo descrito en el Código no contiene tampoco una específica exigencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (la biodiversidad) que pudiese servir para concretar el núcleo esencial de la prohibición penal en función de aquellas conductas que en el ámbito de las acciones genéricamente descritas, afecten de modo relevante al bien jurídico tutelado. Esta específica referencia a la exigencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido constituye una técnica normalmente utilizada por el legislador penal para acotar en un determinado ámbito de actividad aquellos comportamientos más graves, merecedores por ello de represión penal, cargando de antijuricidad material la acción definida como típica. Así por ejemplo, en el art. 325 (delito ecológico) que exige que los comportamientos penalmente sancionados no sólo vulneren la normativa general protectora del medio ambiente sino que “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, en el art. 364.2.1.º (delitos contra la salud pública en el ámbito alimenticio), que exige que las sustancias no permitidas que se administren a los animales “generen riesgo para la salud de las personas”, o bien, dentro del mismo capítulo de los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, en el art. 333, que exige que la conducta típica, además de contravenir las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna, “perjudique el equilibrio ecológico”.

En el supuesto del art. 335 ni por la vía de la descripción de la acción ni por la de la delimitación de su objeto ni por la referencia a la afectación relevante del bien jurídico protegido, cabe estimar que se contenga en el tipo “núcleo esencial de la prohibición”. En consecuencia la definición de la acción típica queda íntegramente remitida a la normativa administrativa, que no se limita a complementar o delimitar el tipo delictivo, sino que lo fundamenta y define de

modo prácticamente autónomo: constituirá delito la captura de un solo ejemplar de cualquier especie animal que ni esté amenazada ni en peligro de extinción, sólo porque la Comunidad Autónoma competente no ha dictado una norma que autorice su caza o pesca de modo expreso, con total independencia de que la acción enjuiciada sea absolutamente irrelevante desde la perspectiva del bien jurídico penalmente protegido en el capítulo delictivo en el que se integra el tipo penal analizado. Obsérvese que el objeto material del tipo ni siquiera queda acotado, como en el artículo anterior, por una específica referencia a la fauna “silvestre”.

Pues bien, en esta materia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado con claridad meridiana (STC 120/1998, de 15 de junio): “La reserva de ley que exige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas contengan remisiones a los Reglamentos Administrativos (SSTC 127/1990, 111/1993, 62/1994, 102/1994, 24/1996), pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes (SSTC 42/1987 y 219/1991).

Quinto.—En segundo lugar cabe también dudar de que el tipo delictivo definido en el art. 335 del Código Penal cumpla satisfactoriamente la exigencia de certeza, es decir que esté dotado de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la normativa administrativa a que la ley penal se remite, salvaguardando la función de garantía del tipo y la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada. Dada la enorme pluralidad de especies animales existentes, y la práctica imposibilidad de

elaborar un catálogo exhaustivo de especies cuya caza o captura se encuentre autorizada, la elaboración de los actuales listados administrativos, limitados a determinadas especies de interés cinegético o de carácter fluvial, puesta en consonancia con la anómala técnica utilizada de sancionar como delictivo todo lo que no esté expresamente permitido, crea un amplísimo espacio de inseguridad jurídica, que, en la literalidad de la norma, podría calificar como delictiva la eliminación de insectos, por muy dañinos que fuesen, la caza de cualquier clase de roedores, o incluso la pesca marítima, dado que los catálogos de especies de pesca autorizadas se limitan (s.e.u.o.) a la pesca en aguas continentales (ver art. 33 de la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres. Anexos I y II del Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, por el que se declaran las Especies objeto de Caza y Pesca y se establecen Normas para su Protección y Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1995, que atribuye la competencia en esta materia a las Comunidades Autónomas).

Es cierto que en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales se aprecian notables esfuerzos para restringir racionalmente el desmesurado ámbito literal de aplicación del precepto, excluyendo aquellos supuestos-límite que conducen al absurdo, bien restringiendo las acciones de “cazar o pescar” a los ámbitos cinegéticos o recreativos tradicionales o bien limitando el objeto a aquellas especies cuya captura está reglamentada administrativamente. Ahora bien, sin entrar en este momento en mayores consideraciones acerca de la fundamentación y posibles consecuencias de estas interpretaciones, es lo cierto que en cuanto introducen restricciones que no se derivan del tipo y que, en consecuencia, carecen de la necesaria precisión y quedan al arbitrio de la interpretación casuística, no alcanzan a eliminar el enorme grado de inseguridad generado por la redacción del precepto, pues los limi-

tes de lo delictivo deben encontrarse debidamente precisados, con la suficiente concreción, en la propia norma legal.

Por último, no puede ignorarse que la técnica de tipificación utilizada, sancionando como delictiva toda acción de caza o pesca que tenga por objeto una especie animal cuya captura no esté “expresamente autorizada” por la normativa administrativa aún cuando tampoco esté “expresamente prohibida”, constituye una técnica difícilmente compatible con el principio de legalidad, que exige que el ámbito de lo delictivo se concrete a las conductas “expresamente prohibidas” (principio “pro libertate”) y no a todo aquello que, sin estar prohibido, simplemente no está “expresamente” permitido.

Sexto.—Por lo expuesto cabe poner en duda la constitucionalidad del precepto, lo que conlleva el análisis de la procedencia de formular la oportuna cuestión de constitucionalidad. Como dispone el art. 5.4.º de la L.O.P.J. dicha cuestión debe plantearse cuando un órgano Jurisdiccional considere que puede ser contraria a la Constitución una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo. Dado que la parte recurrente denuncia, como veremos con razón, infracción de ley por indebida aplicación al caso del art. 335 del Código Penal, lo cierto es que en el supuesto actual el fallo del presente recurso de casación no va a depender de la validez constitucional del referido precepto, en el que no resulta subsumible en realidad el hecho declarado probado, por lo que legalmente no es procedente formular Cuestión de Constitucionalidad, sin perjuicio de que pudiese plantearse en otro supuesto similar, por éste u otro órgano Jurisdiccional.

Séptimo.—El hecho declarado probado consiste en la captura de dos jilgueros en un bosque de la Provincia de Almería por una persona que se dedicaba autorizadamente a la caza de dichas aves para canto y cría, y que disponía de un permiso especial otorga-

do por la Comunidad Autónoma de Murcia, que no era extensible a la Provincia limítrofe de Almería.

La conducta así descrita no resulta subsumible en el art. 335 del Código Penal que sanciona la caza o pesca de especies no autorizadas, pero no la caza de especies autorizadas en lugares, momentos, cantidad o modo no permitidos, comportamientos estos últimos que pueden ser sancionados administrativamente, pero que no se incluyen en el tipo penal, pues éste no puede aplicarse a casos distintos de los comprendidos expresamente en el mismo (art. 4.º del Código Penal de 1995).

Sin entrar en un innecesario análisis de la normativa administrativa, estatal y autonómica, y ciñéndonos al hecho probado y a lo expresado en los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada con valor complementario del relato fáctico, es lo cierto que lo que se imputa al acusado no es la caza de una especie cuya captura no está expresamente autorizada por la normativa específica en la materia, que es lo que concretamente sanciona el tipo delictivo objeto de acusación, sino únicamente dar caza a dos ejemplares de una especie “para cuya captura se precisa la oportuna licencia administrativa de la Junta de Andalucía, licencia o permiso de la que carecía el acusado”, es decir, que la conducta acreditada consiste en carecer del oportuno permiso administrativo, o más bien, en cazar fuera de los límites administrativos de la Comunidad Autónoma que había otorgado la autorización especial.

La captura de un ejemplar en una especie cuya caza está autorizada previa licencia o permiso especial, careciendo del mismo o fuera de los límites geográficos, temporales o cuantitativos administrativamente establecidos, constituye una infracción administrativa, pero no se integra en el artículo 335 del Código Penal, pues éste concreta su prohibición a la caza o pesca de especies no expresamente autorizadas, y no puede extenderse a otros supuestos distintos no comprendidos expresamente en el mismo (art. 4.1.º Código Penal 1995).

(...)

Debe, en consecuencia, ser estimado el motivo de recurso interpuesto por infracción de ley que denuncia por el cauce del

art. 849.1.º de la L.E.Criminal la indebida aplicación al caso del art. 335 del Código Penal.

Sentencia 239/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 14 de febrero de 2000

IRRECURRIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE CONFORMIDAD.

Art. 793.3 LECrim.

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

SÍNTESIS

La Sala expone pormenorizadamente la regla general de la irrecurribilidad en casación de las sentencias de conformidad, y las excepciones existentes a la citada regla.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La doctrina de esta Sala considera, como regla general, que son inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra sentencias de conformidad (Sentencias de 8 de febrero de 1966, 23 de octubre de 1975, 8 de febrero y 4 de junio de 1984, 9 de mayo de 1991, 19 de julio de 1996, etc.), por carecer manifiestamente de fundamento.

Este criterio se apoya en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación, garantizada y avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el Tribunal Casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado, libremente y sin oposición. Las razones de fondo que subyacen en esta consideración pueden concretarse en tres: a) el principio de que

nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente y con el asesoramiento jurídico necesario; b) el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla “pacta sunt servanda”; que se quebraría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado; c) las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad.

Ahora bien esta regla general de inadmisibilidad del recurso de casación frente a las sentencias dictadas de conformidad está condicionada a una doble exigencia: que se hayan respetado los requisitos formales,

materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad y que se hayan respetado en la sentencia los términos del acuerdo entre las partes. Así, por ejemplo, desde la primera de dichas perspectivas resulta admisible un recurso interpuesto frente a una sentencia de conformidad, cuando se alegue que se ha dictado en un supuesto no admitido por la ley [pena superior a la “correccional”, equivalente hoy a las penas graves, art. 33.3 del Código Penal 1995 y disposición transitoria 11.1.d) del mismo texto legal], cuando se alegue que no se han respetado las exigencias procesales establecidas (por ejemplo la “doble garantía” o inexcusable anuencia tanto del acusado como de su letrado), cuando se alegue un vicio de consentimiento (error, por ejemplo) que haga ineficaz la conformidad (sentencia 23 de octubre de 1975), o, en fin, cuando, excepcionalmente, la pena impuesta no sea legalmente proce-

dente conforme a la calificación de los hechos, sino otra inferior, vulnerándose el principio de legalidad (sentencia 17 de abril de 1993).

Desde la segunda de dichas perspectivas, resulta admisible el recurso interpuesto contra sentencias que no respeten los términos de la conformidad de las partes, bien en el relato fáctico, bien en la calificación jurídica o bien en la penalidad impuesta, debiendo recordarse que la admisibilidad del recurso no determina la decisión que en su momento haya de adoptarse sobre su estimación, pues el Tribunal sentenciador, por ejemplo, no pierde sus facultades de individualizar la pena en cuantía inferior a la solicitada (sentencia 4 de diciembre de 1990, 17 de junio y 30 de septiembre de 1991, 17 de julio de 1992, 11, 23 y 24 de marzo de 1993), teniendo como límite en cuanto a la penalidad no poder imponer pena más grave que la pedida y conformada.

Sentencia 244/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 15 de febrero de 2000

ALLANAMIENTO DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL.

Arts. 203.1, 237 y ss. Código Penal

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

SÍNTESIS

El delito de robo con fuerza en las cosas absorbe o consume (por aplicación del principio “non bis in idem”) al de allanamiento de establecimiento mercantil.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Por la vía de la infracción de ley del artículo 849.1 LECrim. se de-

nuncia, en segundo lugar, la indebida aplicación por la Sala del artículo 203.1 CP, relativo al allanamiento de establecimiento mercantil, que constituye objeto de conde-

na junto con el de robo con fuerza en las cosas.

Este motivo debe prosperar.

La Jurisprudencia de esta Sala es pacífica y uniforme en el sentido de excluir el tipo mencionado cuando están presentes los elementos integradores del delito de robo con fuerza en las cosas previsto en los artículos 237, 238, 240 y 241, todos ellos CP (entre las más recientes, entre otras, SS de 23 de octubre de 1998 o 24 de noviembre de 1999).

En primer lugar, la propia descripción del tipo genérico contra la propiedad, artículo 237 CP, incluye en la misma, cuando se trata de la especie relativa a fuerza en las cosas, precisamente la aplicación de ésta, conforme a las circunstancias previstas en el artículo 238, “para acceder al lugar donde éstas se encuentran”, lo que equivale a la penetración en un lugar, comprendiéndose edificios, establecimientos, locales o casa habitada, o cualquiera de sus dependencias, como se desprende del subtipo agravado descrito en su artículo 241 CP, y siendo ello así, como señala la Sentencia referida en segundo lugar, implicaría una vulneración del

principio “non bis in idem” (artículo 25 CE) subsumir nuevamente el mismo hecho en el artículo 203.1, en el Título dedicado a los delitos contra la intimidad e inviolabilidad del domicilio. En segundo lugar, desde el punto de vista subjetivo, porque el ánimo o dolo propio de ambos delitos es dispar y concurriendo el de lucro propio del primero no es posible reconocer un ánimo distinto capaz de provocar la existencia de un concurso imposible. Solamente en aquellos supuestos, ciertamente excepcionales, en los que se justifique además del ánimo de lucro el propósito del agente de violar el espacio de intimidad protegido por el delito de allanamiento mediante hechos con sustancia propia e independiente de los constitutivos de los delitos de robo, podrían ser objeto ambos tipos de punición independiente, constituyendo en rigor un concurso real de delitos. En tercer lugar, en todo caso, se trata de una relación de progresividad que se resuelve mediante la absorción por el delito más complejo, en este caso el robo, del de estructura más simple, el de allanamiento, y ello desde el punto de vista de la estructura meramente objetiva de ambos tipos penales (artículo 8 CP).

Sentencia 197/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 16 de febrero de 2000

DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA.

Art. 16.2 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia ofrece una amplia caracterización de los distintos criterios en orden a la determinación de cuándo puede calificarse de “voluntario” un desistimiento, inclinándose por un punto de vista normativo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El segundo de los motivos, que se formaliza con idéntico planteamiento en ambos recursos, denuncia al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la infracción por aplicación indebida del artículo 16.1 del Código Penal y por inaplicación del artículo 16.2, ya que el hecho probado afirma que después de introducir la tarjeta para abrir la cerradura desistieron de su propósito ante la imposibilidad de conseguirlo; y ello constituye según los recurrentes un desistimiento voluntario, impune conforme al artículo 16.2 del Código Penal, y no una tentativa como la Sentencia recurrida aprecia.

El motivo debe desestimarse. La tentativa, como forma imperfecta de ejecución existe cuando el sujeto da principio a la ejecución directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce “por causas independientes de la voluntad del

autor” (art. 16.1). La exención de responsabilidad por el delito intentado se reserva por el artículo 16.2 a quien “evite voluntariamente” la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado.

El “desistimiento voluntario” impune plantea graves dificultades para distinguirse de la tentativa punible al situar en la exigencia de la voluntariedad el factor de su diferenciación sobre el presupuesto objetivo común de que el sujeto no ha realizado la totalidad de los actos ejecutivos integradores del tipo.

1. Varios son los criterios doctrinales propuestos para delimitar la voluntariedad en el desistimiento; a) la concepción que va más lejos toma en cuenta la “posibilidad de la consumación de la acción típica concretamente iniciada”; de modo que la impunidad sólo sería descartada en la medida en que el hecho en el peor de los casos resultara no realizable. Sólo en este caso podría hablarse de tentativa, en tanto que resultarían supuestos de voluntario desistimiento aquéllos en

que, siendo posible en términos objetivos la consumación, optara el sujeto por interrumpir la acción típica cualquiera que fuese el motivo o la razón de ese apartamiento del impulso delictivo. b) El otro extremo lo brinda la concepción según la cual lo que debe tomarse en cuenta es la “cualidad moral del impulso del desistimiento” sobrea-centuado así el punto de vista del “mérito” de éste. c) Entre uno y otro se sitúa el sector doctrinal que estima suficiente, para valorar la voluntariedad, que el desistimiento resulte de motivos totalmente autónomos, es decir sin que surja por medio una transformación de la situación, y únicamente en base a la reflexión interior del sujeto; en tal sentido esta Sala ha declarado en Sentencia de 9 de marzo de 1999, que el desistimiento voluntario se produce por la interrupción que el autor realiza “por obra de su espontánea y propia voluntad del proceso dinámico del delito, evitando así su culminación o perfección” (Sentencia de 21 de diciembre de 1983), y que no es libre cuando el autor renuncia a su propósito a causa de la aparición de impedimentos con los que no contaba y aunque estos puedan ser absolutos o relativos, en ambos casos debe excluirse en principio la hipótesis del desistimiento voluntario (Sentencias de 7 de diciembre de 1977; 6 de octubre de 1988; 8 de octubre de 1991; 9 de junio de 1992). En análogo sentido la Sentencia de 25 de junio de 1999 reitera la doctrina de la Sentencia de 19 de octubre de 1996, declarando ineficaz el desistimiento si éste viene impuesto por circunstancias independientes de la libre determinación del sujeto, debiendo ser la interrupción, para que conlleve la exclusión de la tipicidad, a consecuencia de su propia, personal y espontánea conciencia, y por lo tanto ajena a cualquier motivación exterior. d) Esta doctrina sin embargo no puede aplicarse en términos tan absolutos que lleve a rechazar la voluntariedad del desistimiento en todo supuesto en que el abandono de la acción típica no derive exclusivamente de la íntima y pura reflexión, sin conexión alguna con la percepción de la situación objetiva, pues es pre-

ciso reconocer que, por lo general, en la capitulación frente a pequeños escollos se expresan las carencias de la decisión de un autor al que no debería cerrársele el camino del regreso; y como dijo esta Sala en Sentencia de 10 de julio de 1999 “en un plano subjetivo y por tanto más cercano al principio de culpabilidad lo relevante a los efectos de eximir de la pena es constatar que con su conducta el sujeto ha demostrado que su propósito criminal no era suficientemente fuerte o intenso, por lo que la pena no se presenta como una opción necesaria, ni desde el punto de vista de la prevención general ni mucho menos desde la prevención especial”. En conclusión: será correcto excluir el privilegio del desistimiento solamente cuando las desventajas o peligros vinculados a la continuación del hecho aparecen ante los ojos del autor como desproporcionadamente graves comparados con las ventajas que procura obtener, de tal manera que sería evidentemente irrazonable asumirlas.

2. De este modo puede afirmarse:

a) Que pertenecen a la órbita de la tentativa punible los supuestos en que la renuncia a continuar la iniciada ejecución del delito, responde a la objetiva imposibilidad sobrevenida de continuar con la acción, o a la creencia de que ya no es objetivamente posible consumarla (tentativa fracasada), o cuando el sujeto, pudiendo culminar la acción típica, se abstiene de hacerlo al percibir que de ello se seguirían para él consecuencias tan gravemente perjudiciales que racionalmente no podía aceptarlas. b) Pertenecen al ámbito del desistimiento voluntario los supuestos en que, siendo posible objetivamente continuar la acción iniciada, decide el sujeto abandonar el proyecto criminal bien por motivos autónomos e independientes de las circunstancias concurrentes —sean o no esos motivos éticamente valiosos— o bien por la percepción de un riesgo que sería razonablemente asumible o aceptable en comparación con las ventajas que obtendría de la prosecución de la acción, pues tal proceder “irrazonable” desde la perspectiva de la

lógica criminal justifica que el orden jurídico recompense la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente. De ahí que se haya dicho que el criterio de valoración decisivo radica en que el desistimiento sea expresión de una voluntad —sea cual fuere su origen— de retorno a la legalidad o que sea solamente una conducta útil según las normas del comportamiento criminal.

3. En el presente caso el hecho probado relata el intento de abrir la puerta de la vivienda usando unas tarjetas de plástico para desbloquear la cerradura, “desistiendo de su propósito ante la imposibilidad de conseguirlo”. Es obvio que la referencia al desistimiento no tiene en el relato histórico sino el sentido expresivo propio del lenguaje ordinario, es decir el significado de abandono o renuncia. En cuanto a la “imposibilidad” de continuar la acción típica, excluye el desisti-

miento tanto si la imposibilidad era real como si era meramente percibida por los sujetos, pero no cierta. Y aunque significara sólo una grave dificultad para la apertura de la puerta mayor que la prevista por los autores, no podría decirse que el abandono de la acción obedeciera a motivos autónomos de regreso a la legalidad —de hecho intentaron lo mismo en otra puerta; mero cambio de objeto en un propósito criminal persistente— ni tampoco a la percepción de un riesgo razonablemente asumible, dado que un mayor tiempo a emplear en la apertura incrementaría el peligro de su descubrimiento. Este peligro no es asumible razonablemente, y por lo tanto no es voluntario el desistimiento.

En definitiva no existió en este caso desistimiento voluntario sino tentativa inacabada, según la doctrina antes expuesta.

Sentencia 224/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 17 de febrero de 2000

RETROACTIVIDAD DE LA LEY MÁS FAVORABLE.

Disposición Transitoria 1.ª Código Penal

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

SÍNTESIS

Se aplica el concepto de reincidencia (más restringido) previsto en el nuevo Código Penal, pese a que los hechos se calificaron conforme al entonces vigente Código Penal de 1973. Entiende la sentencia que ello no supone la creación artificiosa de una tercera norma.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Si debemos, por el contrario, acoger el segundo motivo en que, al amparo

del art. 849.1.º de la LECrim, se denuncia la indebida aplicación al recurrente de la circunstancia agravante de reincidencia. Hay que decir que, al momento de dictarse la

Sentencia recurrida, no fue indebida en modo alguno la apreciación de la citada agravante puesto que, estando el acusado anteriormente condenado por dos delitos de robo, su apreciación era obligada en virtud de lo dispuesto en el art. 10.15.^a del CP 1973 entonces vigente. En este momento, por el contrario, modificada la definición de la reincidencia por el art. 22.8.^o del CP 1995, es claro que la misma no concurriría por estar comprendidos en distintos títulos del CP el delito de violación y el de robo. Es, pues, más favorable para el reo la nueva definición de la reincidencia puesto que con la aplicación de ésta no puede ser considerado reincidente. No es obstáculo para que se beneficie de la nueva definición el hecho de que haya sido condenado por sendos delitos de violación según la tipicidad establecida en el CP derogado. La aplicación simultánea de ambos Textos legales —de uno, para la subsunción del hecho en el tipo penal y

para la imposición de la pena correspondiente; de otro, para no apreciar una circunstancia agravante que ya no alcanza al sentenciado— no supone la artificial y arbitraria creación de una nueva norma, que es lo que se trata de evitar con la disposición transitoria 2.^a del CP 1995 al establecerse que “para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno y otro Código”. Procede, en consecuencia, de acuerdo con la disposición transitoria 1.^a CP 1995, aplicar retroactivamente el art. 22.8.^o del mismo CP y declarar que, a tenor de dicha norma, no concurre en el recurrente la circunstancia agravante de reincidencia, lo que implica la estimación del segundo motivo del recurso, la casación parcial de la Sentencia recurrida y el pronunciamiento de otra más ajustada a Derecho.

Sentencia 207/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 18 de febrero de 2000

CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE DISFRAZ.

Arts. 22.2 y 65 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia analiza la “ratio” y la naturaleza de la circunstancia agravante de disfraz, en orden a determinar su comunicabilidad al resto de los intervinientes en el hecho delictivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El motivo debe ser estimado. El efecto, como señala la sentencia

314/1999, de 5 de marzo, la agravante de disfraz está integrada por un elemento objetivo (uso de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una

persona) y otro subjetivo (el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad). Cuando se planea el delito concertando que uno o varios de los intervinientes utilicen disfraz, como medio necesario para facilitar la comisión del delito o lograr su impunidad, en beneficio de todos los partícipes, la circunstancia agravante se aplica a todos ellos, pues aun cuando no en todos concurre el elemento objetivo de la desfiguración —que como tal elemento objetivo es comunicable, bastando para ello que sea conocido (art. 65.2.º CP)— sí concurre en todos el elemento subjetivo, es decir el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando en una estafa uno de los intervinientes utiliza una vestimenta de sacerdote o de militar para poder engañar mejor a la víctima (Sentencia de 7 de diciembre de 1990), o bien cuando en un atraco a una entidad bancaria aquél a quien en el reparto de papeles le ha correspondido esperar fuera del lugar del robo, al volante de un automóvil, no se disfraza por no ser necesario aunque conoce y acepta que los demás sí lo harán en beneficio de todos (sentencia 11 de julio de 1991), o cuando se acuerda que utilice disfraz aquél de los autores de una agresión o un robo que puede ser reconocido por la víctima o bien el único agente que es conocido en el lugar del hecho (Sentencia 7 de diciembre de 1990) o, en fin, cuando se planea un hecho delictivo incluyendo en el proyecto la utilización de disfraz por parte de los ejecutores materiales, para facilitar la ejecución y mejorar las posibilidades de impunidad, en cuyo caso la agravación se extiende a los partícipes que diseñaron la operación, aun cuando no se disfracen por no participar en su ejecución material.

Ahora bien, como señala la Sentencia de 7 de diciembre de 1990, cuando alguno de los delincuentes utiliza este artificio por su exclusiva cuenta y para su particular provecho, a fin de no ser identificado el mismo, sin acuerdo con los demás copartícipes en

este extremo, nos encontramos ante la necesidad de aplicar el párrafo 1.º de dicho artículo 60 (hoy art. 65.1.º del Código Penal 1995) porque el hecho en que se funda la agravación consiste en una precaución “personal” que sólo puede servir para agravar la responsabilidad penal de quien obró así por su propio interés, habiéndose pronunciado en tal sentido las Sentencias de esta Sala de 13 de abril de 1977, 17 de marzo de 1982, 7 de febrero de 1985, 27 de noviembre de 1987, 20 de septiembre de 1996 (núm. 564/1996) y 15 de febrero de 1997 (núm. 183/1997), entre otras.

En definitiva, exigiendo la apreciación de la agravante la concurrencia de los dos requisitos que la integran, lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 60 (hoy 65.2.º), permite extender el elemento objetivo (desfiguración utilizada por uno de ellos) a todos los que lo conocieran, pero el elemento subjetivo no es transmisible, por lo que la agravante únicamente puede aplicarse a aquellos en que pueda apreciarse el propósito de búsqueda de una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad, propósito que concurrirá en todos ellos cuando la acción se concierte de manera que el uso del disfraz beneficie a todos —como en los casos anteriormente citados—, pero no cuando es una mera precaución personal de alguno de los intervinientes (Sentencia de 20 de septiembre de 1996, núm. 564/1996).

Esta doctrina ha sido reiterada en la reciente Sentencia núm. 81/2000, de 1 de febrero.

Aplicando la misma al caso actual procede la estimación del motivo, tal y como interesa tanto la parte recurrente como el propio Ministerio Fiscal, dado que el hecho de que el otro interviniente en el atraco se subiese la camiseta cubriéndose el rostro cuando ambos autores penetraron en el Banco, constituye una precaución personalísima que ni concurre objetivamente en el recurrente, ni aportaba para dicho recurrente una mayor facilidad en la ejecución del delito o una más probable impunidad, ni puede inferirse que estuviese concertada previamente, pues se

trata de una medida adoptada sobre la marcha con una prenda que no se utiliza habitualmente para ocultar el rostro, razones que impiden transmitir la agravación al recurrente.

Sentencia 208/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 18 de febrero de 2000

IRRECURRIBILIDAD DE LOS AUTOS RESOLUTORIOS DE LA CONCESIÓN DEL BENEFICIO DE SUSPENSIÓN DE CONDENA.

Art. 848 LECrim.

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

SÍNTESIS

Tras exponer a efectos comparativos la situación existente con el anterior Código Penal, la Sala declara que con el Código Penal vigente no son impugnables en casación los autos resolutorios de la concesión del beneficio de suspensión de condena al faltar una norma que autorice de forma expresa la posibilidad de tal recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) En el Código Penal anterior, el art. 95 autorizaba expresamente la interposición del recurso de casación en los supuestos comprendidos en el artículo 94, es decir aquellos en que el Tribunal debía aplicar, por ministerio de ley, los beneficios de la remisión condicional. Ahora bien en el Código Penal vigente no existe precepto alguno que autorice dicho recurso, ni existe siquiera el presupuesto que habilitaba para su interposición en el Código Penal anterior, pues se han suprimido los supuestos de concesión del beneficio por ministerio de la ley, razón por la cual ante la inexistencia de la autorización legal expresa que exige el art. 848 de la L.E. Criminal, debe concluirse que

los autos resolviendo sobre la suspensión de la ejecución de las penas no son recurribles en casación.

Por otra parte la Disposición Derogatoria del Código Penal de 1995, en su apartado 1.b), deroga de modo expreso la Ley de 17 de marzo de 1908 de condena condicional, con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias, razón por la cual la regulación en esta materia se encuentra limitada en el momento actual a las disposiciones contenidas en la sección 1.ª del Capítulo 3.º del Libro I del Código Penal (“De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”), preceptos en los que no se contempla la posibilidad de interponer recurso de casación contra las resoluciones de

las Audiencias, concediendo o denegando la suspensión de la ejecución de las penas.

En definitiva nos encontramos ante una facultad motivadamente discrecional del Tribunal sentenciador, frente a la cual el ordenamiento no concede la posibilidad de recurrir en casación ante este Tribunal Supremo. Así lo ha entendido reiteradamente esta Sala en resoluciones como los autos de 12 de noviembre de 1990, 19 de febrero de

1998, y 20 de enero de 1999, entre otros, o las sentencias de 20 de noviembre de 1996, 2 de febrero de 1998, 27 de abril del mismo año (núm. 527/1998) y 19 de julio de 1999 (núm. 950/1999).

Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso de casación, interpuesto contra una resolución no susceptible de este tipo de recurso.

Sentencia 213/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 18 de febrero de 2000

ROBO CON VIOLENCIA Y LESIONES.

Arts. 147, 148.1.º, 617 y 242.2 Código Penal

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

SÍNTESIS

En primer lugar, la sentencia analiza el concepto de “tratamiento médico o quirúrgico”, en cuanto criterio delimitador entre el delito y la falta de lesiones. Por otra parte, se ocupa de la cuestión de si conculca el principio “non bis in idem” la apreciación conjunta de la agravante de uso de medios peligrosos tanto en las lesiones como en el robo violento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(.) La cuestión debatida radica en determinar si la lesión reúne las exigencias de su tipicidad para integrarlas en el delito del art. 147 o, por el contrario, en el art. 617, falta de lesiones, para lo que deberemos analizar el requisito del “tratamiento médico o quirúrgico”.

4. Sobre el concepto de tratamiento médico hemos declarado que “es un concep-

to normativo que, en ausencia de una definición legal, debe ser alcanzado mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que otorgan al mismo la necesaria seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere”.

La propia expresión típica del art. 147 del Código Penal nos permite delimitar su alcance. Así nos señala que el tratamiento médico debe ser requerido objetivamente para alcanzar la sanidad, lo que excluye la subje-

tividad de su dispensa por un facultativo o de la propia víctima. Además, debe transcender de la primera asistencia facultativa, como acto médico separado, y no se integra por la dispensada para efectuar simples vigilancias o seguimientos facultativos.

De ahí que jurisprudencialmente se haya señalado que por tal debe entenderse “toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico” (Cfr. STS de 2 de febrero de 1994). “Aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias, si aquella no es curable... siendo indiferente que tal actividad posterior la realiza el propio médico o la ha encomendado a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir, quedando al margen del tratamiento médico el simple diagnóstico o la pura prevención médica” (Cfr. STS de 9 de enero de 1996).

En la STS de 3 de junio de 1997 se declara que el tratamiento médico se integra, también cuando se “haya recurrido a medicamentos necesarios para controlar un determinado proceso posterior a una herida, siempre que el paciente pueda sufrir efectos secundarios que comportan un riesgo de una perturbación no irrelevante para la salud”.

En las SSTS de 21 de octubre de 1997 y 9 de diciembre de 1998 se requirió la existencia de una planificación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa dispuesto tanto para curar una enfermedad como para tratar de reducir sus consecuencias o impedir una recuperación dolorosa.

De lo anterior podemos colegir que el concepto de tratamiento médico parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o, incluso, una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias, incluyéndose, ade-

más, las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerlos remedio”.

5. Desde este concepto hemos de comprobar si el mismo permite la subsunción de los hechos probados en el tipo penal. El relato fáctico nos refiere las lesiones producidas y señala que las mismas requirieron “posteriores curas autoaplicadas en su propio domicilio —por el perjudicado— siguiendo indicaciones médicas alcanzando la sanidad a los 30 días”.

El concepto de tratamiento médico, como hemos señalado, requiere la planificación de un esquema dirigido a curar, recuperar o reducir sus consecuencias. Con independencia de quien las aplique, el propio médico, auxiliares o incluso el propio lesionado o sus familiares, lo relevante es que sea dirigido por un profesional de la medicina para alcanzar la sanidad, excluyendo de esa consideración el mero seguimiento de la lesión o su vigilancia.

6. Desde el hecho probado, reflejo puntual de la pericial practicada, resulta la existencia de un tratamiento médico dirigido a la cura de las lesiones por lo que ningún error en la subsunción existió en la sentencia impugnada.

(...)

Segundo.—(...) El principio “non bis in idem”, manifestación del principio de legalidad contenido en el art. 25 de la Constitución, impide que un mismo hecho pueda ser tenido en consideración con plurales efectos agravatorios y fundamentadores de una responsabilidad criminal, de tal forma que no puede sancionarse de modo plural un mismo hecho, si el injusto al que responde los tipos es unitario (Cfr. STC 204/1996).

Plantea el recurrente que se ha sancionado de forma plural —agravación del delito de robo con intimidación y del de lesiones, arts. 242.2 y 148.1— el mismo injusto, el empleo de medios peligrosos, por la utilización de un machete que sirvió para aplicar el tipo agravado del robo con intimidación y del delito de lesiones.

Para analizar la impugnación habrá de comprobarse si, efectivamente, nos encontramos ante un injusto unitario.

La agravación del delito de lesiones contenida en el número 1 del art. 148, parte de un resultado de lesiones constitutivas de delito y agrava la conducta por el incremento de riesgo para la vida o la salud como consecuencia de la utilización de determinados medios peligrosos. La agravación responde a la mayor gravedad del hecho cuando en la acción productora de lesiones se emplean medios susceptibles de generar un resultado mas grave que el efectivamente producido, las lesiones básicas del art. 147.

En el delito de robo con intimidación, la agravación responde al peligro para la vida o la salud del sujeto pasivo, o de terceros, derivado del empleo de medios peligrosos susceptibles de agredir los bienes jurídicos en peligro pero el contenido típico se rellena con la exhibición del medio peligroso sin requerir empleo vulnerante.

Hemos declarado (Cfr. STS de 16 de marzo de 1999) que la agravación por el medio peligroso y el arma supone el empleo de un instrumento susceptible de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor del desapoderamiento creando un mayor riesgo al atacado con mengua efectiva de su capacidad de defenderse. El arma o medio peligroso debe ser un instrumento objetivamente peligroso susceptible de producir daño a la vida, a la integridad o a la salud del sujeto que recibe la intimidación, aumentando el riesgo y la capacidad agresiva del autor al tiempo que trata de impedir las posibilidades de defensa del perjudicado y de actuar una voluntad contraria al desapoderamiento. (Cfr. además de la citada SSTS de 22 de septiembre de 1998, 12 de abril de 1999, 22 de abril de 1999, etc...).

Destacamos, por lo tanto, las características de las armas y de los medios peligrosos derivadas de a) su naturaleza objetiva, pues el medio, por sí mismo, debe serlo, lo que nos permite descartar aquellos instrumentos que aunque generen temor o miedo, objetivamente no lo son; b) su empleo, y dentro de este término cabe la llevanza, pues debe crear o potenciar una situación de riesgo para la vida, la integridad y la salud; y c) su utilización debe estar dirigida, de medio a fin, al desapoderamiento de un bien mueble, pues la violencia o intimidación típica es instrumental al delito de robo y con su empleo debe constreñirse la voluntad del sujeto pasivo al desapoderamiento.

Del contenido de ambos tipos penales no resulta un injusto unitario que ha sido contemplada dos veces. En el robo la agravación se integra por la exhibición, en tanto que las lesiones requieren la causación de una lesión cuyo resultado, por el medio empleado, pudo ser mayor que el integrado en el tipo básico. Son, en definitiva, dos acciones distintas que se integran en las respectivas agravaciones, una la exhibición y otra el empleo vulnerante.

Esta solución resulta, por otra parte congruente con la precisión penológica contenida, respectivamente, en los arts. 242 y 148.1. En efecto, el art. 242.1 prevé con la fórmula "sin perjuicio" la separación que debe producirse en la penalidad del atentado al patrimonio y a la integridad física. El art. 148, por su parte, faculta al tribunal "atendiendo al resultado causado o al riesgo producido" imponer una pena, la del tipo básico u otra agravada, lo que procurará la proporcionalidad al hecho enjuiciado. Así actuó el tribunal que no obstante subsumir el hecho en el tipo agravado de las lesiones por los medios empleados no impone la consecuencia a esa declaración atendiendo al resultado causado.

Sentencia 245/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 18 de febrero de 2000

DOLO EVENTUAL EN LAS LESIONES.

Arts. 147 y 152 Código Penal

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

SÍNTESIS

Resuelve la sentencia el problema de la separación entre dolo e imprudencia en términos cognitivos: el dolo supone actuar con conocimiento del peligro concreto generado por la acción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El resto del primer motivo del recurso se dedica a la cuestión del dolo y, por lo tanto, a la aplicación indebida del art. 147 del CP. El recurrente afirma que se debió aplicar el art. 152 del CP (lesiones imprudentes), porque “no existió intencionalidad de causar daño o lesiones”. En este sentido se dice que “no consta que el vaso lo rompiera previamente (el acusado) y que golpeara sujetando tal objeto, ya que de haber sido así las lesiones hubieran sido muchísimo más graves”.

El motivo debe ser desestimado.

El dolo no sólo se da en los casos de una actuación intencional, es decir, cuando el propósito del autor es la producción del resultado acaecido, sino también cuando, no existiendo intención, el autor ha tenido respecto del resultado una actitud que justifica la respuesta prevista en la ley penal para los hechos más graves (dolo indirecto y dolo eventual) por oposición a la ejecución imprudente del tipo.

La jurisprudencia viene sosteniendo, en especial desde la STS 1335 bis, de 23 de abril de 1992, que si el autor actuó con co-

nocimiento del peligro concreto que con su acción generaba, habrá obrado con dolo (eventual, en el caso de no haber tenido intención de producir el resultado). En el presente caso el recurrente sabía que golpeaba con un vaso de vidrio y el lugar en el que golpeaba. Conocía la posibilidad cierta de que el vaso se rompiera con el golpe y tuviera una mayor posibilidad cortante. El conocimiento de todas estas circunstancias comporta el conocimiento del peligro (no permitido) concreto de la lesión producida y por lo tanto determina el carácter doloso de la acción.

Como hemos señalado en el fundamento jurídico anterior, la falta de constancia de que el vaso se haya roto sólo se explica porque dicho instrumento no ha sido hallado, pero carece de toda significación a los efectos del dolo. En efecto, de la herida (es decir: del resultado) que se ha constatado cabe perfectamente inducir que el vaso se debe haber roto; inclusive aunque en la situación concreta el autor no haya llegado a saberlo en concreto. Lo decisivo no es el conocimiento del autor de si el vaso se rompió, sino su conciencia del peligro concreto generado por su acción.

Sentencia 290/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 23 de febrero de 2000

INFORME PERICIAL EMITIDO POR LABORATORIOS OFICIALES.

Arts. 459, 724 y 725 LECrim.

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

SÍNTESIS

Aplicación por la Sala de la doctrina general sobre elaboración de dictámenes periciales por Laboratorios Oficiales y recogida claramente en las conclusiones de su Pleno jurisdiccional de 21 de mayo de 1999. Se declara que la realización del peritaje por un Laboratorio Oficial satisface las exigencias del 459 LECrim cuando está integrado por un equipo y se funda el dictamen en criterios científicos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La primera cuestión consiste en dilucidar si el dictamen pericial emitido por el Laboratorio de la Dirección General de Farmacia del Ministerio de Sanidad y Consumo carece de valor como tal informe pericial al estar suscrito por un solo perito y no por dos como exige el art. 459 de la LECrim para el procedimiento ordinario.

La exigencia de dualidad de peritos en cada dictamen pericial obedece a la mayor garantía de acierto que representa la posible coincidencia de pareceres de dos peritos frente a la opinión única, y a las mejores condiciones de objetiva valoración que para el Tribunal representan las posibles divergencias y opiniones encontradas de dos peritos intervinientes. De lo que se trata es de reforzar la eficacia, el acierto y el rigor técnico de los dictámenes periciales, sin por ello hacer de la dualidad de peritos una condición inexcusable de la necesaria garantía

puesto que el párrafo segundo del propio artículo 459 exceptúa el caso de que no hubiese más de un perito en el lugar y no fuera posible esperar la llegada de otro sin graves inconvenientes para el curso del sumario. En todo caso si el fundamento de la exigencia se halla en la mayor probabilidad de acierto que representa el trabajo realizado por varios, la finalidad de la norma queda satisfecha en el caso de dictámenes periciales emitidos por Órganos Oficiales dotados de equipos técnicos altamente cualificados integrados por distintos profesionales que intervienen como tales participando cada uno de sus miembros en el trabajo común dentro de la división de tareas o funciones. En tales casos el mero dato formal de estar suscrito el informe por uno solo de los profesionales del equipo —normalmente el que ejerce facultades representativas del Laboratorio u Órgano informante, como “Responsable” o “Jefe” del Servicio de que se trate— no puede ocultar el hecho real de

que el dictamen no es obra de un solo individuo, es decir, de un perito, sino del trabajo de equipo normalmente ejecutado según procedimientos científicos protocolizados en los que intervienen varios expertos, desarrollando cada uno lo que le compete en el común quehacer materializado por todos. En estos casos no es que no sea aplicable el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sino que debe entenderse satisfecha la exigencia que el precepto contiene. Criterio que esta Sala ha mantenido en su Sentencia de 2 de febrero de 1994 entendiendo que un informe analítico emitido por un Laboratorio del Servicio de Restricción de Estupefacientes afecto a la Dirección Provincial del Ministerio de Sanidad y Consumo, firmado por el responsable Técnico del Servicio “cumple con creces la exigencia de que sean dos los peritos formulados por la LECrim.” En igual sentido las Sentencias de 18 y 22 de diciembre de 1997. Finalmente el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el pasado día 21 de mayo acordó interpretar la exigencia del artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido de entender que en el Proceso Ordinario se satisface con la realización del peritaje por un Laboratorio Oficial cuando esté integrado por un equipo y se funde el dictamen en criterios científicos (STS de 10 de junio de 1999).

En este caso el informe en cuestión está emitido por un Laboratorio oficial del Servicio de Restricción de Estupefacientes de Madrid afecto a la Dirección Provincial de Farmacia del Ministerio de Sanidad y Consumo (folio 47), y firmado con el Visto Bueno del Técnico Responsable. No puede en consecuencia compartirse el criterio de la Audiencia Provincial que le niega por este hecho validez como dictamen pericial.

Cuarto.—Cuestión distinta es el valor que deba merecer el informe pericial practicado en fase sumarial pero que no ha sido ratificado en el Juicio Oral ante la inasistencia a dicho acto de los peritos y que, por lo

tanto, la defensa del acusado no ha podido ejercitar su derecho a la contradicción.

Este tema, como el anterior, ha sido objeto de estudio por esta Sala en numerosos precedentes jurisprudenciales; pero por su claridad y labor de síntesis, merece traerse a colación la reciente STS de 10 de junio de 1999 antes citada que recoge también la conclusión acordada por la Junta General de la Sala Segunda de 21 de mayo de 1999. En dicha sentencia se señalaba que la doctrina de esta Sala viene reiterando que en atención a las garantías técnicas y de imparcialidad que ofrecen los Gabinetes y Laboratorios Oficiales se propicia la validez “prima facie” de sus dictámenes e informes sin necesidad de su ratificación en el Juicio Oral siempre que no hayan sido objeto de impugnación expresa en los escritos de conclusiones en cuyo caso han de ser sometidos a contradicción en dicho acto como requisito de eficacia probatoria (Sentencias de 26 de febrero de 1993; 9 de julio de 1994; 18 de septiembre de 1995; o 18 de julio de 1998, entre otras). El fundamento de ello está en la innecesariedad de la comparecencia del perito cuando el dictamen ya emitido en fase sumarial es aceptado por el acusado expresa o tácitamente, no siendo conforme a la buena fe procesal la posterior negación de valor probatorio del informe documentado si éste fue previamente aceptado. Por ello la posibilidad que el acusado tiene de pedir la citación del perito al Juicio Oral para que allí emita su informe bajo los principios de contradicción e inmediación debe entenderse como una mera facultad, y no como una carga procesal del acusado para desvirtuar su eficacia: en efecto, siendo la regla general que la prueba pericial se practique en el Juicio Oral, y siendo lo contrario excepción fundada en la aceptación expresa o tácita del informe obrante como documental en los Autos, al acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con esa aceptación tácita para que la regla general despliegue toda su eficacia; por lo tanto podrá tanto pedir la comparecencia del perito, si así lo estima oportuno, como impugnar el dictamen documentado —aun

sin necesidad de interesar la citación de quien lo emitió— si así lo considera mejor. En ambos casos, excluida la excepción que deriva de su posible aceptación, el peritaje debe practicarse en el Juicio Oral. El problema radica entonces en perfilar los términos de la impugnación: A este respecto debe significarse que no necesita motivarse explicando las razones de la discrepancia o de la impugnación, y que en caso de motivarse no

deja de ser tal la impugnación, en tanto que por sí misma desmiente su aceptación tácita, cualquiera que sea la causa en que se apoye. El referido Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 21 de mayo pasado ha aprobado que siempre que exista impugnación se practicará el dictamen en el Juicio Oral aunque aquella se funde en la negación de presupuestos de validez que en verdad concurran en el caso de que se trate.

Sentencia 332/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de febrero de 2000

LEGÍTIMA DEFENSA Y MIEDO INSUPERABLE.

Art. 20, núms. 4 y 6 Código Penal

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

SÍNTESIS

Apreciación del miedo insuperable como eximente que complementa a la de legítima defensa cubriendo el exceso intensivo en esta última. Análisis minucioso del segundo de los requisitos legales de la legítima defensa y del ámbito de aplicación del miedo insuperable.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Aunque formalizados dos motivos, por indebida aplicación de los art. 20.4 y 20.6 del Código Penal —legítima defensa completa y miedo insuperable—, en realidad, de la exposición oral de los mismos en el acto de la vista de este recurso, pueden ser analizados conjuntamente, ya que el recurrente alegó escalonadamente los mismos, de modo que interesó la concurrencia de la circunstancia eximente legítima defensa, y si la Sala no lo estimase así, por

el exceso intensivo, la aplicación del error invencible y sucesivamente del miedo, como complemento exonerativo de la responsabilidad penal, en cuanto a dicho exceso.
(...)

Cuarto.—La Sentencia de instancia razona la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa en función de la racionalidad del medio o proporcionalidad entre el ataque y la defensa, expresando que Rafael utilizó para su defensa el único instrumento que tenía a su alcance, la señalada navaja, produciendo las graves consecuen-

cias que se dejan expuestas, no pudiéndosele exigir reflexión ni serenidad para escoger los medios de defensa, y es claro que, en el caso de autos, el procesado no contaba con más medios defensivos que la navaja que portaba, y estaba rodeado por un grupo muy numeroso de agresores, que con patadas, empujones y golpes de todo tipo le intimidaron a tal punto que produjo, como dice la Sentencia, “perturbación anímica”. Como ha señalado esta Sala, no se puede exigir al agredido una exacta y serena reflexión para escoger los medios de defensa, en ese momento concreto en el que se ha de decidir incluso la modalidad defensiva que muchas veces no será la más benévola (Sentencias de 29 de enero de 1998 y 30 de enero de 1998). Ahora bien, la Sala sentenciadora no aplicó la eximente como completa en razón de que hubo un “exceso intensivo” en la reacción de Rafael, pues se excedió en la misma, ya que “realmente no hubo grave peligro para su vida o integridad física (aun cuando él pensara lo contrario)”, dado el gran ímpetu en la intensidad de las puñaladas. La finalidad de la legítima defensa, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, reside, en definitiva, en evitar el ataque actual e inminente, ilegítimo, que sufre quien se defiende justificadamente y protege con él su vida. La jurisprudencia, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un “animus defendendi” que, como dice la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor (“animus necandi”), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo. El

agente debe obrar en “estado” o “situación defensiva”, vale decir en “estado de necesidad defensiva”, necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

La doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, se ha preocupado de diferenciar la falta de necesidad de la defensa, de la falta de proporcionalidad en los medios empleados para impedir o repeler la agresión. La primera, esencial para la existencia de la eximente tanto completa como incompleta, que conduce al llamado exceso extensivo o impropio, en que la reacción se anticipa por no existir aún ataque o se prorroga indebidamente por haber cesado la agresión, supuestos en que en ningún caso puede hablarse de legítima defensa. En la segunda, si falta la proporcionalidad de los medios, nos hallamos ante un exceso intensivo o propio.

Cuestión compleja, pues como ya dijeron las Sentencias de esta Sala de 30 de marzo, 26 de abril de 1993, 5 y 11 de abril, 15 de diciembre de 1995 y 4 de diciembre de 1997, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado

ánimico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva “ex ante”.

Quinto.—Respecto al caso que aquí se examina, pueden hacerse las siguientes consideraciones: 1.º) La necesidad de la defensa para oponerse a la ilícita agresión, que lógicamente no debe considerarse en términos absolutos, sino relativos en atención a las circunstancias del caso. Esta necesidad existió en tanto que el procesado se vio rodeado de un grupo de personas en actitud hostil y agresora, dando golpes y empujones, y temiendo por su vida, hubo de defenderse. 2.º) La subsidiariedad, sería un segundo elemento, en el sentido de que los medios escogidos sean los más practicables y menos perjudiciales, lo que para la jurisprudencia citada, será innegable cuando es el único de que se dispone; así sucedió en este caso en que el acusado no disponía de otras armas que la navaja tantas veces citada, debiendo hacer uso de ella para defenderse, ante el ilegítimo ataque del que fue objeto, temiendo por su vida, y con la joven que le acompañaba cogida por el cuello, sin que tuviera otra posibilidad de defenderse. 3.º) Por último, el elemento de proporcionalidad, significa dicha proporcionalidad entre los medios de ataque y defensa, y que exige un análisis razonable y flexible de las concretas circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, atendiendo además a las reglas de la común experiencia, pues la alusión a la racionalidad excluye las reglas predeterminadas y ajenas a la situación que vive el defensor. Aquí estimamos, como así lo

hizo la Sala sentenciadora, que existe un exceso intensivo en la defensa, por la repetición de las puñaladas, la intensidad de las mismas y el lugar al que fueron dirigidas. Ahora bien, ese exceso intensivo puede ser cubierto por la concurrencia de una situación de error invencible de prohibición, por la creencia de que se adoptan los medios necesarios adecuados a la defensa que se considera imprescindible para salvar la propia vida, en una situación límite como la padecida por el procesado, o bien puede ser cubierto por la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable, pero no apreciada autónomamente, sino inserta en la legítima defensa, sirviendo de cobertura al exceso intensivo, si hubiera elementos para su estimación. La Sala sentenciadora lo consideró incompatible con la eximente incompleta de legítima defensa, que postula y aplica. Esta tesis no es compartida, en el seno de este recurso, ni por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular, quienes convienen con el recurrente en su compatibilidad dogmática. Desde la vieja Sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1922, se relaciona el miedo insuperable con la legítima defensa. La diferencia estriba en que la legítima defensa requiere de una agresión actual de la que se deriva un peligro inminente y el miedo insuperable es un estado emotivo que perturba las facultades psíquicas impidiendo al agente el raciocinio (Sentencia de 21 de febrero de 1936). La Sentencia de 30 de octubre de 1985 nos dice que la inadecuación del medio reporta la simple aplicación de la eximente incompleta, a no ser que la presencia del miedo insuperable preste cobertura para alcanzar el total grado exonerativo. La doctrina científica como la jurisprudencia lo han reputado causa de inimputabilidad, inexigibilidad de otra conducta distinta, o, incluso, faz negativa de la acción —Sentencias de 26 de octubre de 1982 y 2 de noviembre de 1988—, incluso no ha faltado la conceptualización mixta de inexigibilidad y un estado de inimputabilidad —Sentencia de 3 de marzo de 1987—. La estima-

ción como causa de inimputabilidad se ha fundamentado en la anulación de la voluntad del agente —Sentencias de 15 de febrero de 1890, 9 de enero de 1903, 12 de marzo de 1941, 14 de abril de 1943, 10 de marzo de 1947, 8 de junio de 1951, 27 de febrero de 1954, 23 de junio de 1955, 20 de marzo de 1958, 6 de abril de 1961, 23 de enero de 1967, 28 de marzo de 1968, 12 de febrero de 1981, 15 de junio de 1982 y 12 de junio de 1991— pero, en otras ocasiones se ha atendido a la producción de un efecto psicológico de inimputabilidad en la persona —Sentencias de 4 de julio de 1940, 23 de junio de 1955, 20 de marzo de 1958, 23 de enero de 1967, 8 de noviembre de 1968, 26 de mayo de 1983, 20 de abril de 1985, 25 de marzo de 1986, 29 de abril de 1988, 2 de octubre de 1990 y 12 de junio de 1991—. La doctrina de esta Sala ha requerido para la aplicación de la eximente: a) La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto. b) Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado. c) Que el miedo ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes y d) Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción —Sentencias de 6 de marzo y 26 de octubre de 1982, 26 de mayo de 1983 y 26 de febrero y 14 de marzo de 1986, 16 de junio de 1987, 21 de septiembre y 16 de diciembre de 1988, 6 de marzo y 29 de septiembre de 1989 y 12 de julio de 1991—. Ya no se exige por el Código Penal en vigor la comparación intensiva de los males.

Sexto.—En el caso enjuiciado, y conforme a la citada Sentencia de 2 de octubre de 1981, no pocas veces el exceso defensivo, aun conscientemente realizado (a diferencia del error en que la actuación es inconsciente, con posibilidad de generar culpa

—error vencible— o irresponsabilidad penal —error invencible—), puede ser cubierto por un estado pasional asténico —del que es prototipo el miedo— hasta el punto de ser harto frecuente tal concurrencia emotiva en el defensor que se ve envuelto en el difícil trance de medir y calibrar su reacción frente al ataque, supuesto que no sólo se ha estimado plausible en el plano psicológico, sino que se ha transportado al plano legislativo tanto en los Códigos de corte clásico, como en otros de moderna factura, y que, por lo mismo, lo encontramos recogido en nuestra jurisprudencia desde las Sentencias de 12 de febrero de 1936 y 22 de diciembre de 1947. Y del “factum” de la Sentencia combatida encontramos dibujados rasgos de donde deducir tanto el error (el procesado pensaba que corría grave peligro tanto su vida como su integridad física: temía por su vida, se dice abiertamente), como el miedo (“dada su perturbación anímica por la agresión ilegítima”, integrado en los fundamentos jurídicos), que nos llevan a considerar el pánico que corrió como consecuencia del ataque plural y del acorralamiento del que fue objeto, temiendo por su vida, mientras era golpeado y su acompañante cogida por el cuello, para evitar toda clase de defensa, incluso la petición de auxilio a terceras personas, y en dicho estado de “perturbación anímica”, como dice la Sentencia recurrida, los excesos defensivos deben ser cubiertos por este estado pasional, siendo dicho temor de carácter insuperable, dadas las circunstancias concurrentes, tanto de carácter objetivo (acorralamiento violento e inmotivado), como subjetivas (en la resolución recurrida se expone su contrastado carácter pacífico), y dominado por el pánico, sus excesos defensivos pueden ser cobijados por la eximente referida, ya que todos esos acontecimientos tienen fuerza genética más que suficiente para desatar el miedo al menos en su situación de angustia lindante con el pánico en que la dirección de la conducta comienza a ser ya automática y próxima a la inhibición volitiva, bastante para fundar la inculpabilidad o inexigibilidad de otra conducta.

Sentencia 270/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 26 de febrero de 2000

CONDUCTA DE LA VÍCTIMA E IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Arts. 242 y 147 Código Penal

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

SÍNTESIS

Un joven autostopista decide, para evitar ser objeto de robo por parte del conductor, tirarse en marcha del vehículo, causándose lesiones. Frente al criterio del Tribunal “a quo” que condenó al automovilista por este delito (además de la tentativa de robo), entiende la Sala Segunda del Tribunal Supremo que tales lesiones son imputables exclusivamente a la conducta de la propia víctima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El motivo restante se basa en la infracción de los arts. 237, 242,1.º y 147 del CP, así como de los arts. 21.2.º y 66.1.º del CP. Sostiene la Defensa que el delito no se ha cometido porque “en ningún momento hubo intención por parte del recurrente de robar nada”. Con respecto al delito de lesiones del art. 147 del CP alega la Defensa que el tipo requiere que las lesiones las haya producido el autor, porque en el caso “se las produjo el demandante de instancia al saltar del vehículo”. Por último alega que se debió aplicar la atenuante de drogadicción.

El motivo debe ser parcialmente estimado.

1. Dos de las cuestiones planteadas en este motivo comportan un apartamiento de los hechos probados, que como se vio no dejan lugar a dudas sobre la concurrencia del dolo del robo, toda vez que el acusado

amenazó con una navaja (no exhibida) a la víctima para que le entregara el reloj. Asimismo tampoco en los hechos probados existe el menor punto de apoyo para sostener la drogadicción y su efecto atenuante. Drogadicción y efecto atenuante de la drogadicción en el sentido del art. 21.2.º son cuestiones diversas.

2. Distinto es el problema relativo a la imputación al acusado de las lesiones sufridas por el perjudicado como consecuencia de haberse arrojado del vehículo en marcha para escapar a su agresor. Aquí se vuelve a plantear el problema de la significación de la conducta decidida por la víctima para la imputación del resultado producido que ya ha sido objeto de otros precedentes de esta Sala. Como se sabe se trata de las condiciones en las que el resultado se debe atribuir a la responsabilidad del autor o de la víctima. En particular, en el presente caso, se trata de si las lesiones producidas por el comporta-

miento autodefensivo de la víctima de un robo pueden ser imputadas al autor de la violencia o intimidación.

El punto de partida de la verificación de la imputación objetiva es claro: el resultado se debe imputar al autor siempre y cuando sea la realización de un peligro jurídicamente desaprobado, creado por su acción. La cuestión ha sido tratada desde esta perspectiva en un caso similar en la STS de 8 de noviembre de 1991, en el que se afirmó la imputación objetiva del resultado sosteniendo que “el conductor del vehículo creó un riesgo, del que la propia ofendida le advirtió cuando le dijo que se tiraría si no paraba y en el ámbito de ese riesgo producido y advertido por él, se produjo ese acto voluntario de ella (...) que fue el origen del posterior atropello de su propio cuerpo por las ruedas traseras del mismo camión. Tal conducta voluntaria, al haberse realizado dentro del ámbito de riesgo creado por el acusado, no interrumpió el nexo causal”. En ese caso se trataba de una joven que se arrojó de un camión en marcha con el propósito de susstraerse al intento de abuso sexual por parte del conductor.

No obstante la similitud del hecho, el acusado en el caso de la STS de 8 de noviembre de 1991 fue condenado por un delito de lesiones cometido con imprudencia temeraria y esta decisión no fue recurrida por la acusación. En el presente caso, el Tribunal “a quo” —más correctamente— entendió que el autor era punible a título de dolo. Esta diferencia no invalida los principios que se pueden deducir de dicho precedente. Es claro que no se trata aquí de si el acusado obró o no con dolo respecto del resultado de lesiones, sino —como se dijo— de si dichas lesiones pueden ser o no objetivamente imputadas al autor.

En los supuestos como el presente la configuración del hecho concreto tiene una importancia decisiva, dado que —como lo reconoce una parte, al menos— de la doctrina respecto de casos similares— es preciso diferenciar situaciones diversas, pues todavía no se ha elaborado una fórmula general que pueda resolver adecuadamente todas las hipótesis. En este sentido parece claro que no todas las acciones de autoprotección, consistentes en arrojarse de un vehículo en marcha para eludir una agresión, deben tener la misma significación. Sin duda que en todas ellas habrá que afirmar la causalidad en el sentido de la “conditio sine qua non”, pues si la víctima no se hubiera encontrado en la situación creada por el autor, no se hubiera arrojado del coche. Pero, no toda causalidad es relevante. En los casos en los que la víctima opta por crear con su acción un peligro mucho mayor que el realmente generado por el autor, sin una justificación especial, los resultados que sean producto de la introducción de este nuevo peligro más grave, no deben ser imputados a dicho autor. En la ponderación de la diferencia entre peligro corrido y peligro asumido tiene singular relevancia la diferencia jerárquica de los bienes jurídicos afectados y la configuración real de la situación en la que el agredido se encuentra.

De acuerdo con este criterio, el resultado de lesiones no se debió imputar a la acción del recurrente, toda vez que para proteger su reloj asumió, por propia decisión, un peligro extraordinariamente mayor que aquél al que realmente estaba sometido. Es cierto que el acusado dijo tener una navaja y estar dispuesto a usarla, pero no se sabe si tal navaja realmente existió, el ofendido no la vio, y, en todo caso, no había sido utilizada cuando se arrojó del coche.

En consecuencia, el tipo penal del art. 147 del CP no debió ser aplicado.

Sentencia 355/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de febrero de 2000

ROBO CON USO DE ARMAS.

Art. 242 Código Penal

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

SÍNTESIS

La mera exhibición del arma puede, en determinadas circunstancias, configurar la modalidad agravada del número 2 del art. 242 CP. Pero la apreciación de esta modalidad agravada no cierra la posibilidad de atenuar la pena por la vía del número 3 del mismo precepto (“menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas”).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Sin amparo procesal, se formula el único motivo de impugnación por el Ministerio Fiscal, en el que se alega indebida inaplicación del artículo 242.2 del Código Penal, al declararse probado en la Sentencia de instancia que el acusado “se acercó a la cajera y levantándose la camisa le exhibió un machete que guardaba sujeto a la cintura del pantalón, lo que utilizó para que por el temor suscitado, la referida le permitiera meter la mano en la caja y hacerse con 25.941 pesetas con las que emprendió la huida”, por lo que debió ser condenado por robo con intimidación con uso de armas.

El motivo, debe ser estimado.

La aplicación del subtipo agravado en los supuestos de exhibición del arma ha sido reiterada y constante en la doctrina de esta Sala. Dicho criterio se mantiene en recientes resoluciones “La exhibición del arma es una forma de uso que puede ir unida a gestos o ademanes que denoten la firmeza de propó-

sitos o intenciones del autor del hecho... Precisamente en esta perseverancia en aumentar los efectos intimidantes puede surgir riesgos añadidos derivados de una eventual reacción de los sujetos asaltados”.

El tipo agravado se integra, perfila y configura mediante el uso externo de las armas sin necesidad de exigir el ejercicio de violencia física —Sentencia Tribunal Supremo de 24 de junio de 1998—.

En igual sentido “La mera exhibición del arma o medio peligroso equivale a su uso, a efectos de aplicar la agravante específica del párrafo último del artículo 501 del Código Penal de 1995, siempre que por la situación relativa del agresor portador del arma o medio peligroso y de la víctima, el primero, mediante los correspondientes movimientos o accionamientos tenga la posibilidad de dirigir el arma contra la persona asaltada” —Sentencia Tribunal Supremo 10 de febrero de 1998—.

Por tanto, ha de concluirse que el acusado hizo uso del arma y que dicho uso fue

eficaz, en cuanto, por la idoneidad lesiva de la misma, paralizó la posible oposición de la empleada al apoderamiento que acto seguido el acusado llevó a cabo.

La conducta del acusado, con la exhibición del machete, queda comprendida en la previsión sancionadora contenida en el artículo 242.1.º y 2.º del vigente Código Penal y el Tribunal de instancia debió aplicar el número 2 de dicho precepto.

Segundo.—Ello no obstante, esta Sala desde la Junta General de 27 de febrero de 1998, que siguió la Sentencia de 9 de marzo del mismo año, y tras valorar los fundamentos que alientan una y otra posición, ha estimado mayoritariamente que el apartado 3.º del artículo 242 del nuevo Código Penal debe interpretarse en el sentido de que su inspiración atenuatoria pueda extenderse también a los casos de robo en que se haga uso de armas u otros medios peligrosos, en atención a la menor antijuricidad del hecho y a la menor entidad de la violencia e intimidación. En tales casos, la pena básica del apartado 1 del artículo 242 deberá rebajarse en un grado por aplicación de la regla 3, y luego imponerse la pena resultante en su mitad superior por el juego de la regla del apartado 2.

Y en el supuesto que se examina las propias circunstancias concurrentes determinan, ya desde el propio planeamiento de la acción, la escasa cuantía de la sustracción, como sucede en los casos, lamentablemente frecuentes entre jóvenes, en que la intimidación se dirige únicamente a la sustracción de

una cazadora, un reloj o una pequeña cantidad de dinero. Sin minimizar su gravedad, es lo cierto que dar a estos supuestos el mismo tratamiento penal que a un atraco bancario a mano armada (art. 242.2.º) por el hecho de que ocasionalmente se exhiba un palo o una navaja, implica tratar igualitariamente conductas con un disvalor jurídico muy distinto, vulnerando el principio de proporcionalidad.

Es por ello por lo que el legislador, muy razonablemente, palía la notable dureza del tratamiento punitivo de este tipo delictivo, y evita la desproporcionalidad de las penas, atribuyendo al Tribunal la facultad de reducir la penalidad en los supuestos de menor entidad, facultad reconocida por el párrafo tercero del art. 242 para todos los supuestos de robo con violencia e intimidación en que el Tribunal aprecie la concurrencia de esta “menor entidad”, valorando las circunstancias que la norma señala, sin que queden “a priori” excluidos los supuestos en que es de aplicación el párrafo segundo, aunque ordinariamente no concurrirá en ellos esa menor entidad. Esta acertada previsión legal permite al Tribunal imponer en estos supuestos menores una pena proporcionalmente adecuada al disvalor jurídico de la acción enjuiciada, respetando el principio de legalidad y sin tener que acudir a expedientes más artificiosos como la proposición de indulto, la apreciación de atenuantes cuestionables o de interpretaciones reductoras del concepto de arma o instrumento peligroso (Tribunal Supremo, Sentencia 21 de noviembre de 1997).

Sentencia 267/2000, Sala Penal del T.S., de 29 de febrero de 2000

OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA.

Art. 464.1 Código Penal

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

SÍNTESIS

Análisis de los elementos configuradores del delito de obstrucción a la justicia previsto en el art. 464.1 CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...) El delito expresado de obstrucción a la Justicia tiene su precedente en el art. 325 bis del Código derogado, constituye una infracción tendencial o de mera actividad, perfeccionándose con el solo intento de influir, directa o indirectamente, en aquellos sujetos procesales que describe el precepto (denunciante, parte, imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo), aunque no logre el infractor el objetivo propuesto (Sentencia de 16 de julio de 1993), requiriéndose, en cuanto a su mecánica comisiva, violencia o intimidación como medios de atemorizar a las personas que menciona, debiéndose equiparar la violencia al ejercicio de fuerza física en cualquiera de las modalidades conocidas en Derecho, mientras que, en lo que atañe a la intimidación, la concatenación entre ambos párrafos induce a una interpretación merced a la cual dicha intimidación debe entenderse en sentido omnicomprendivo (Sentencias de 23 de julio de 1988, y 10 de febrero y 15 de septiembre de 1992). Sus requisitos legales son: a) un intento de influir, directa o indi-

rectamente, sobre los sujetos procesales citados en el tipo penal (denunciante, parte, imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo); b) que dicho intento se refuerce de violencia o intimidación, con el objetivo de atemorizar al sujeto pasivo de este delito; c) que la finalidad perseguida con la acción nuclear del tipo (intentar influir) lo sea el modificar la actuación procesal del sujeto pasivo en el curso de un procedimiento, de cualquier clase que sea éste; d) elemento subjetivo o intencional, constituido por el dolo de influenciar, cualquiera que sea la finalidad que persiga el autor. No son posibles formas imperfectas de ejecución. Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se integra en un subtipo agravado, que se sanciona en su mitad superior.

Con pleno respeto a los hechos probados, a lo que no se atiene el recurrente en la formalización del recurso, es lo cierto que las palabras de Vicente Javier C.M., al negarse el denunciante a modificar su actuación procesal en el curso de las diligencias penales anteriormente citadas, fueron textualmente que volvería en quince días, “puesto que la gente que estaba en la cárcel no se andaba

con bromas”, expresión que integra la intimidación que requiere el precepto analizado, ya que puede expresarse en tono moderado, como dicen las Sentencias de esta Sala, de 12 de febrero y 8 de octubre de 1990, aunque soterrada, pero suficientemente expresiva para atemorizar al denunciante, como así ocurrió en el supuesto enjuiciado, el cual inmediatamente pone en conocimiento de la policía los hechos, de modo que tales

palabras conminatorias tienen entidad suficiente para ser consideradas como atemorizantes, siendo una amenaza intimidativa producida en relación con su actuación procesal, que por eso se distingue de la mera falta de amenazas de carácter leve del artículo 620.3 del Código Penal, cuya incorrecta aplicación interesa el recurrente, por lo que se desestima este motivo y con él, todo el recurso.

Sentencia 382/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 8 de marzo de 2000

CIRCULACIÓN Y ENTREGA VIGILADA DE ESTUPEFACIENTES; APERTURA DE PAQUETE POSTAL.

Art. 263 bis LECrim.

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

SÍNTESIS

Tras analizar las circunstancias que precedieron a la apertura judicial de un paquete postal conteniendo droga y que arrancan de una inicial detección de su contenido sospechoso por funcionarios de aduanas ingleses y que concedida la pertinente autorización de la Fiscalía española desemboca en una circulación y entrega controlada, detención del destinatario y final apertura ante el Juez, el Supremo afirma la regularidad y legalidad de las actuaciones. En consecuencia acoge el motivo de casación esgrimido por el recurrente (Ministerio Fiscal) anulando la sentencia de instancia que había declarado la nulidad de la citada prueba.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) El Tribunal de instancia declara la nulidad de la prueba aportada por el Ministerio Fiscal al entender que se había vulnerado el derecho fundamental al secreto

de las comunicaciones al llegar al convencimiento, aunque ello no lo recoge en el relato de hechos que se declaran probados, de que el paquete, que contenía 810,60 gramos de cocaína, pudo ser abierto por los funcionarios de aduanas ingleses en cuanto se mani-

fiesta por éstos que se había detectado la existencia de cocaína en su interior y por el hecho de que un policía español, en el acto del juicio oral, hubiese declarado que uno de los libros donde se guardaba la droga tenía una pequeña abertura.

Es de interés reseñar las circunstancias que precedieron a la apertura del paquete que contenía la sustancia estupefaciente. Así, conforme a los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada, se produce el envío de un paquete desde Ecuador en el que aparece como destinatario el acusado, en su domicilio de Madrid. Dicho paquete llega en tránsito al aeropuerto de Heathrow, donde los funcionarios de aduanas detectan la existencia de cocaína con un peso estimado de un kilo y preguntan a las autoridades españolas si lo aceptan como entrega controlada. El Comisario Jefe de la Comisaría General de Policía Judicial solicita autorización al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para la realización de una entrega controlada de dicho envío. La Fiscalía autoriza la entrega controlada y asume desde ese momento la dirección de la investigación. Un funcionario de policía, haciéndose pasar por empleado de la empresa remitente, se trasladó al domicilio del acusado y, una vez que éste hubo firmado la recepción del paquete, fue detenido. Igualmente queda probado que, posteriormente, se procedió a la apertura del paquete en presencia del Juez, Secretario Judicial, Ministerio Fiscal, el acusado y su abogado. El paquete contenía tres cuantos y dentro de sus tapas, envueltas en papel de aluminio, se encontraron 810,60 gramos de cocaína con una pureza que oscila entre el 24 y el 45 por ciento.

No es la legislación española la que deba tenerse en cuenta para valorar cómo se detectó en Inglaterra la existencia de cocaína en un paquete. El artículo 3.º del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, dispone que sea la legislación del país en el que se practican u obtienen las pruebas la que debe regir respecto al modo

de practicarlas u obtenerlas “en la forma que su legislación establezca”. (...)

Queda perfectamente aclarado, en el caso que nos ocupa, que no hubo correspondencia alguna cuya intimidación hubiera podido verse conculcada. Los más de ochocientos gramos de cocaína se guardaban en un paquete con un peso de unos tres quilos y la droga iba oculta en la tapa de tres cuantos infantiles. Nada más se guardaba en el mencionado paquete.

Esta Sala ha dictado numerosas sentencias en las que se distinguía entre paquete y correspondencia a los efectos de atribuir exclusivamente a la correspondencia el derecho al secreto constitucionalmente proclamado así como la aplicación de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regulan la apertura de la correspondencia (son exponentes, entre otras, las Sentencias de 10 de marzo de 1989, 22 de octubre de 1992, 27 de enero de 1994, y 23 de febrero de 1994). Sin embargo, a partir de un acuerdo mayoritario de la Junta de la Sala, celebrada el día 4 de abril de 1995, se ha seguido el criterio, no exento de controversia, de que los paquetes postales han de ser considerados como correspondencia por la posibilidad de que puedan ser portadores de mensajes personales de índole confidencial y, por lo tanto, se encuentran amparados por la garantía constitucional que protege el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) y por las normas procesales que regulan la apertura de la correspondencia. Si bien se ha excluido la salvaguarda de la intervención judicial cuando se trata de paquetes expedidos bajo “etiqueta verde” (artículo 117 del Reglamento del Convenio de Washington que permite la inspección aduanera, cuando por su tamaño o peso evidencian la ausencia de mensajes personales o en aquellos envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido (Cfr., entre otras, Sentencias de 5 de febrero de 1997, 18 de junio de 1997 y 7 de enero de 1999).

Lo que no se puede exigir es que los funcionarios de aduanas ingleses, cuando actúan en su país, se deban someter a la

interpretación que ha hecho esta Sala de equiparar determinados paquetes a correspondencia, a los efectos de las garantías a adoptar; ello no viene exigido por los acuerdos y tratados internacionales a los que antes se ha hecho referencia, debiéndose tener en cuenta que en el XX Congreso de la Unión Postal Universal celebrado en Washington se aprobó, entre otros, el Convenio sobre paquetes postales de 14 de diciembre de 1989, y su Reglamento, ratificado por España, en el que se prohíbe expresamente incluir en los paquetes los documentos que tengan carácter de correspondencia personal.

No puede, pues, afirmarse que los funcionarios ingleses de aduanas hubiesen infringido los convenios que protegen la intimidad del acusado, y tampoco ha quedado acreditado que se hubiesen vulnerado las leyes inglesas, y lo que sí consta, porque así lo admite el Tribunal sentenciador, es la disposición de los funcionarios ingleses que intervinieron en la recepción, detección y entrega del paquete que contenía la sustancia estupefaciente para declarar ante el Tribunal sentenciador sobre sus respectivas intervenciones, declaración que no pudo practicarse, después de concluidas las gestiones para su efectividad, porque la defensa, que

había interesado dicha prueba, desistió de su práctica.

Independientemente de que no consta, y por ello no se declara probado, que los funcionarios ingleses de aduanas hubiesen procedido a la apertura del paquete, aunque así hubiera sido, tampoco se habría producido la vulneración de derechos fundamentales y garantías que requiere un juicio justo, y en ese sentido ya se ha pronunciado esta Sala como es exponente la Sentencia de 14 de febrero de 2000 en la que se declara la licitud de la prueba a pesar de que el paquete postal que contenía la sustancia estupefaciente había sido abierto por las autoridades alemanas antes de continuar su tránsito controlado hacia España.

Queda fuera de toda duda, y así lo reconoce el Tribunal de instancia, que la apertura del paquete se realizó en España con cumplimiento de todas las garantías que la jurisprudencia de esta Sala, acorde con lo que se dispone en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exige para la apertura de correspondencia privada aunque en este caso no lo fuera.

No ha existido, pues, una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales como se sostiene por el Tribunal sentenciador.

Sentencia 1703/1999, Sala de lo Penal del T.S., de 8 de marzo de 2000

RECURSO DE ANULACIÓN.

Arts. 789.4, 793.1 y 797 LECrim.

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

SÍNTESIS

Tras exponer la doctrina general sobre el recurso de anulación contra sentencias dictadas en ausencia en el proceso abreviado, fijando su ámbito, naturaleza y competencia para su conocimiento, el Supremo declara que si las acusaciones modifican antes de la celebración del juicio oral la calificación para situarse artificialmente en la banda permitida para celebrar el juicio en ausencia, se produce una vulneración de formalidades esenciales que llevan aparejada indefensión y un verdadero fraude legal que provoca la nulidad radical del juicio celebrado, en esas circunstancias, sin la presencia del acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La representación procesal de Vicente M.H. interpone Recurso de Anulación al amparo del artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra la sentencia dictada el día 22 de enero de 1998 por la Audiencia Provincial de Madrid en la causa seguida contra el mismo por un delito de robo.

1. La resolución mencionada fue dictada en ausencia del acusado a pesar de que el Ministerio Fiscal había solicitado la pena de dieciocho meses de prisión. No obstante al comienzo del juicio oral la acusación pública, se dice que con carácter previo al inicio del juicio oral, aunque no se precisa en qué trámite o fase se encontraba la causa, solicitó la pena de un año de prisión y pidió que, a la vista de la incomparecencia del acusado, que el juicio se celebrase en su ausencia (...)

Segundo.—(...)

Ámbito del juicio en ausencia.

3. Habiéndose decidido nuestro sistema por la posibilidad del juicio en ausencia, en determinadas condiciones, es evidente que el legislador pensó darle un ámbito reducido, estableciéndolo excepcionalmente, para los casos de penas menores, es decir, las que no excedan de un año de prisión, lo que nos lleva a considerar que se ha pensado en los Jueces de lo Penal como el órgano jurisdiccional que estaría, por su propia competencia, naturalmente abocado a celebrar los juicios en ausencia. Pero de manera sorprendente el legislador de 1988, según se desprende de la redacción del artículo 793.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contempla también la posibilidad de que un Tribunal estime que existen los elementos suficientes para el enjuiciamiento de los au-

sententes, con lo que, si enlazamos con lo anteriormente expuesto y con lo que se dispone en el artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tenemos que considerar a quien corresponde conocer del Recurso de Anulación contra las sentencias dictadas en ausencia de los acusados, por los Tribunales colegiados.

Naturaleza del Recurso de Anulación.

4. La Ley Procesal (Artículo 797.2 de la LECrim.), establece que la sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado, en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos, que los establecidos para el recurso de apelación.

Una lectura literal del precepto, podría llevarnos a considerar que nos encontramos ante un recurso de naturaleza parecida a la apelación, si bien conviene señalar que así como el Recurso de Apelación se da por motivos tasados, para todas las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal, tanto las condenatorias como las absolutorias, el recurso de anulación se da solamente contra las condenatorias.

Si se le considera como un recurso de naturaleza análoga a la apelación, no habría inconveniente alguno en encomendar su conocimiento, en los casos excepcionales en que la sentencia en ausencia hubiese sido dictada por una Audiencia Provincial, a la Sala de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de conformidad con lo establecido en el artículo 73.3.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...)

En definitiva y sin profundizar en su verdadera y cierta naturaleza, nos inclinaremos por considerar que es una manera o forma de anular una sentencia firme, por lo que se asemeja al recurso extraordinario de revisión. Por ello en los casos en que se produjese la anómala situación de que un órgano colegiado dictase una sentencia en ausencia, el recurso de anulación correspondería a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo

57.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial satisfaciendo así la necesidad de que una sentencia condenatoria sea sometida a revisión de un Tribunal Superior.

Posibilidad de dictar sentencias en ausencia por un órgano colegiado (Audiencia Provincial).

Tanto el artículo 789.4 como el 793.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, toman como polo de referencia para poder celebrar un juicio en ausencia, la pena solicitada es decir, la que se desprende del escrito de acusación que se contiene en las conclusiones provisionales. Por ello si la pena es superior a un año de privación de libertad o de seis años en las penas de otra naturaleza, nos encontraríamos bajo la competencia del Juez de lo Penal pero, en ningún caso, cuando la pena solicitada es de esta medida y naturaleza se puede celebrar ante la Audiencia Provincial, cuya competencia comienza a partir de los cinco años de prisión.

Por consiguiente, siempre que la pena solicitada supere el año no habrá posibilidad de juicio en ausencia, ya que el acusado sólo ha sido advertido de que el juicio en ausencia se celebrará si la pena no supera esa cota, por lo que conocidos los términos de la acusación, el afectado puede no comparecer en la confianza legítima de que no se le condenará en ausencia y de que no perderá la oportunidad de defenderse y de disponer de una prueba de descargo, como puede ser su propia declaración exculpatoria y asimismo de poder contradecir los testimonios inculpatorios o de cargo, e incluso de utilizar el derecho a la última palabra. En estos casos, será obligación del órgano judicial disponer su presencia, empleando los medios coactivos que le facilita la Ley, pero no se puede, mediante acuerdo previo con el Ministerio Fiscal o cualquier otra parte acusadora, defraudar las expectativas legales, reduciendo la pena, eliminando la posibilidad de haber escuchado las razones de la defensa personal que pudiera hacer el acusado y prescindiendo, por tanto, de un medio probatorio

crucial para garantizar el derecho de audiencia y defensa.

Por ello si las acusaciones modifican, antes de la celebración del juicio oral, la calificación para situarse artificialmente en la banda permitida para celebrar el juicio en ausencia, nos encontramos ante una vulneración de formalidades esenciales que llevan aparejada indefensión y ante un verda-

dero fraude legal, que provoca la nulidad radical del juicio celebrado, en estas circunstancias, sin la presencia del acusado.

En consecuencia procede la anulación del juicio celebrado el día 15 de enero de 1998 por la Audiencia Provincial de Madrid en la causa seguida contra Vicente M.H. por un delito de robo.

Sentencia 150/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 10 de marzo de 2000

TENTATIVA INIDÓNEA.

Arts. 16 y 62 Código Penal

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la punibilidad o no de la tentativa inidónea (delito imposible) en el Código Penal de 1995.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...) La recurrente nos dice que el peligro para la vida del paciente fue muy escaso, y que ello nos sitúa en un supuesto de tentativa imposible por inidoneidad del medio empleado para matar, que ha de considerarse impune.

Sobre esta materia (el delito imposible) afortunadamente ha desaparecido de nuestra legislación la perturbadora referencia que al tema se hacía en el art. 52 del CP anterior, que en su párrafo 2 castigaba con las mismas penas de la tentativa “los casos de imposibilidad de ejecución o de producción

del delito”, con lo cual, parecía que se quería referir, con unos criterios exclusivamente subjetivistas, a los supuestos de delito imposible por falta de objeto o por inidoneidad del medio empleado para obtener el resultado delictivo, aunque la doctrina procuraba restringir la aplicación de esta norma a los casos en que, por haber existido real peligro para el bien jurídico protegido, el hecho era apto para producir una alarma social y, en definitiva, quedaba justificada la intervención del Derecho penal en su función de prevenir las acciones verdaderamente peligrosas para tal bien jurídico protegido mediante la amenaza de sanción, cuestión ciertamente confusa en el anterior CP.

En el CP de 1995 han prevalecido las tesis objetivistas: por un lado, se ha suprimido la mención expresa al delito imposible que había en el referido art. 52.2 y, por otro lado, en la regulación de la tentativa se utilizan unos términos que no ofrecen dudas al respecto, como son el adverbio “objetivamente” introducido en el art. 16, y la alusión expresa al “peligro inherente al intento” que se utiliza en el 62, términos que no existían en el CP anterior.

Así las cosas, actualmente no cabe duda alguna acerca de la necesidad de que haya una aptitud objetiva de la conducta del reo para producir el hecho delictivo, a los efectos de poder considerar que en el caso existió una iniciación de la ejecución constitutiva de tentativa de delito. La falta de objeto adecuado, o la total falta de idoneidad del curso causal iniciado para producir el resultado previsto como delictivo, determinan la atipicidad del hecho: faltaría el tipo de la tentativa y el hecho habría de quedar impune.

Sentencia 362/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 10 de marzo de 2000

ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS: ESCALAMIENTO.

Art. 238.1.º Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia expone con precisión la doctrina jurisprudencial en torno a la concurrencia de “escalamiento” en el delito de robo con fuerza en las cosas. Lo constituye entrar por una ventana abierta cuando ésta no se encuentra en la planta baja, sino que hay que encaramarse hasta ella.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El único motivo del recurso de casación interpuesto, por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal, denuncia la vulneración por defectuosa aplicación de los arts. 237, 238.1.º y 241.1.º del Código Penal de 1995. Considera la parte recurrente que es incorrecta la calificación del hecho como robo pues el acusado penetró en el domicilio de los perjudicados,

situado en un primer piso, por una ventana que se encontraba abierta, aprovechando una obra de construcción contigua, no necesitando romper ni violentar nada por lo que considera que el hecho no debió ser calificado como robo en casa habitada sino como simple hurto.

Segundo.—La doctrina jurisprudencial más reciente (STS 18 de enero de 1999, 15 de abril de 1999, 20 de abril de 1999 y 18 de

octubre de 1999, entre otras) ha abandonado la interpretación extensiva del concepto de escalamiento como acceso por vía insólita o desacostumbrada, interpretación enraizada en la definición legal histórica, para restringirlo en el doble sentido de excluir los supuestos de “escalamiento de salida” (SSTS 22 de abril y 18 de octubre de 1999) al exigir el art. 237 del Código Penal de 1995 que la fuerza en las cosas se utilice “para acceder al lugar donde éstas se encuentren”, y de limitar el escalamiento de entrada a aquellos supuestos, más acordes con los principios de legalidad y proporcionalidad, en los que la entrada por lugar no destinado al efecto haya exigido “una destreza o un esfuerzo de cierta importancia, destreza o esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento (trepar o ascender a un lugar determinado), que es el punto de referencia legal del que dispone el intérprete” (Sentencia 648/1999, de 20 de abril). Se trata, en definitiva, de supuestos en los que el acusado exterioriza, mediante el empleo de dicha habilidad o esfuerzo para ascender al lugar por donde efectúa el acceso, “una energía criminal equiparable a la que caracteriza la fuerza en las cosas, es decir que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad” (STS núm. 586/1999, de 15 de abril). Con ello se han excluido de la tipificación legal como robo con escala, los casos de entrada a través de una ventana abierta sita en la “planta baja” (Sentencia de 20 de abril de 1999) o “a nivel de calle” (Sentencia de 18 de enero de 1999, núm. 24/1999), cuando no conste una especial altura de la misma en relación al suelo o una forma concreta con la que el acusado haya logrado auparse has-

ta el alféizar que revelen la especial habilidad o esfuerzo propios del escalamiento.

Tercero.—Ahora bien, en el supuesto actual no resulta aplicable esta doctrina restrictiva pues nos encontramos ante un supuesto propio de escalamiento, subsumible claramente en su significado literal o estricto, dado que en el hecho probado consta que el acusado, aprovechando una obra de construcción contigua a un edificio de viviendas, se encaramó ganando una ventana que se encontraba abierta del piso primero izquierda del edificio, por donde penetró en la vivienda de los perjudicados, en la que cometió el robo. Tanto por el verbo empleado en el relato fáctico para describir la acción (se “encaramó” que significa precisamente “subir una persona a un lugar dificultoso de alcanzar”), como por los medios utilizados (se aprovechó de los elementos existentes en una obra en construcción contigua al edificio de viviendas donde se encontraba el domicilio allanado), como, en fin, por la altura en la que se encontraba situada la ventana de acceso (en el piso primero izquierda de un edificio de viviendas, es decir no en la planta baja ni a nivel del suelo, por lo que fue necesario trepar o ascender con cierta habilidad y esfuerzo a través de los elementos proporcionados por la obra para penetrar en el lugar del robo a través de una ventana de un piso alto, o sea “escalar”), debe concluirse que en el relato fáctico se describe una acción típicamente integradora de escalamiento, que tanto desde la perspectiva del principio de legalidad como del principio de proporcionalidad, ha sido correctamente calificada como robo.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Sentencia 381/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 10 de marzo de 2000

AGRESIÓN SEXUAL.

Arts. 178 y 179 Código Penal

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

SÍNTESIS

Delimita claramente la sentencia la agresión sexual consumada del art. 178 CP y el subtipo agravado (art. 179 CP) de agresión sexual consistente en penetración, cuando ésta permanece en grado de tentativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El motivo segundo se fundamenta en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 179 en relación con el 16.1.º del Código Penal. Alega el recurrente que el relato histórico no reúne las exigencias necesarias para entender cometido en grado de tentativa una agresión sexual de penetración bucal, ya que se limitó a exteriorizar verbalmente su propósito de cometerla sin iniciar un verdadero comportamiento ejecutivo.

El motivo debe estimarse. Frente al tipo básico de agresión sexual del artículo 178 consistente en atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, comprensiva por su carácter abierto de cualquier acción así valorable, el artículo 179 integra un subtipo agravado por el mayor desvalor que representan los actos concretos que en él se describen, entre ellos la penetración bucal. Su comisión precisa el inicio de un comportamiento material de carácter ejecutivo de tales actos sin que baste

la mera exteriorización verbal de la resolución criminal. Por otra parte el solo propósito de realizar con la víctima ese determinado acto de mayor desvalor manifestado cuando el sujeto con otros actos ya está atentando contra su libertad sexual no supone dar comienzo ejecutivo a la agresión del subtipo agravado si la agresión material que de hecho con aquéllos ya está cometiendo no aparece inequívocamente dirigida en natural progresión a la realización de cualquiera de los actos del subtipo agravado.

El hecho probado refleja una agresión sexual consistente en tocar el pecho de la víctima venciendo su voluntad contraria mediante el uso de la fuerza, atentando así contra su libertad sexual mediante un comportamiento no integrado en el subtipo agravado. El que al mismo tiempo el acusado —tal y como afirma el hecho probado, de inexcusable respeto en este cauce casacional— manifestara verbalmente a la víctima, mientras la tocaba, su deseo de que ésta le practicara una felación, rechazada en todo momento por ella, no sitúa la conducta del acusado en el ámbito del subtipo agravado,

sino que la mantiene en la esfera del tipo básico apreciable como consumado por razón de los tocamientos corporales realizados, ya que no aparece en el "factum" de la Sentencia que además iniciara el recurrente ningún otro comportamiento material encaminado precisamente a lograr la penetración

bucal, esto es que a tal fin pusiera en práctica su manifestado propósito fuera del tocamiento del pecho de la víctima. Por lo tanto el delito cometido fue el del tipo básico de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal en grado de consumación y no el del artículo 179 en grado de tentativa.

Sentencia 379/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 13 de marzo de 2000

TENTATIVA EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.

Arts. 16 y 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia analiza con minuciosidad el problema de la posibilidad o no de tentativa en un delito de simple actividad y de peligro abstracto como lo es el tráfico de drogas. Se ocupa, incluso, complementariamente, con la admisibilidad de una tentativa inidónea.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

a) que la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado, fundándose tanto en la estructura del tipo del art. 344 del CP de 1973, como en la del art. 368 del CP vigente, la aplicación de los arts. 3.º o 16.1 de esos respectivos cuerpos legales a los casos en los que el autor no ha logrado los fines perseguidos con la tenencia de estupefacientes.

b) que por el contrario, esta Sala ha admitido que el intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa (arts. 3.º

del CP de 1973 y 16.1 del CP) cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor.

Se trata como se ve de hechos que tienen perspectivas diversas: en los primeros el autor tiene la droga y tiende a un fin futuro y extratípico que no alcanza; en los segundos el autor ha comenzado la ejecución con el fin de lograr la tenencia, sin alcanzarla.

Estas conclusiones son consecuencia de una concepción de la tentativa, aceptada en general, que la define como un defecto del tipo objetivo, es decir como un caso en el que realmente no concurren todos los elementos del tipo objetivo, pero en los que el

autor ha supuesto dicha concurrencia. Por tal razón en la doctrina se considera que la tentativa es un error de tipo inverso. Como es claro, desde este punto de vista la tentativa de los delitos de pura actividad o de los delitos de peligro no ofrecen ninguna dificultad conceptual.

Todo lo dicho lleva al rechazo de la premisa básica del recurrente, quien, erróneamente, ha planteado la cuestión desde la perspectiva del art. 14 del CP de 1973 o 28 del CP vigente, es decir como un problema de autoría; en ese marco de referencia la cuestión no plantea ningún problema: el intento de obtener droga es punible y, por lo tanto, constituye una acción mediante la que se toma parte directa en la ejecución del delito de los arts. 344 del CP de 1973 o 368 del CP.

5. Aclarado lo anterior, queda todavía otro aspecto del caso que debemos aclarar. El enviado por el recurrente y los otros procesados a Madrid en busca de la droga no regresó a Barcelona con ella, sino con unos paquetes que —al contrario de lo supuesto por ellos— no contenían cocaína u otro tipo de droga. Es decir, que el recurrente creyó tener en su poder —a través del procesado G.— droga, aunque realmente no era así, pues éste sólo recibió paquetes con otro contenido.

Hechos de estas características tienen todos los elementos de la tentativa que acabamos de expresar. En la STS 1000/1999, de 21 de junio de 1999 se ha reconocido que la imposibilidad de la consumación del delito de tráfico de drogas no excluye su punibilidad como tentativa. En este sentido dicha sentencia ha receptado la doctrina según la cual la tentativa inidónea es punible en el derecho vigente, pues la introducción del

adverbio “objetivamente” en la definición de la tentativa en el art. 16 del CP vigente, no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, “objetivamente” quiere significar —se dice en dicha sentencia— “que el plan o actuación del autor, ‘objetivamente’ considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado” (F.º J.º tercero). “Se trata —agrega la misma sentencia— de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto”.

De todos modos, en el presente caso no se trata de una tentativa inidónea. El juicio sobre la idoneidad está básicamente condicionado por la estructura del tipo penal. Consecuentemente, en un delito en el que la tipicidad se agota en la realización de una acción, este juicio no necesita ser referido a la potencialidad causal de un medio para la producción de un resultado que implica una modificación en el mundo exterior. Es decir, el juicio sobre la idoneidad en un delito de actividad o de peligro abstracto, sólo se debe referir a la aptitud de la acción para la realización del tipo, sin ninguna vinculación a un posible resultado proveniente causalmente de la acción.

En el presente caso es evidente que se dan estas condiciones, toda vez que el recurrente, junto con los otros partícipes, se valió de otra persona, dispuesta a colaborar, para procurarse una determinada cantidad de estupefacientes. Es decir, que obrando con un dolo completo, realizó acciones que le hubieran permitido conseguir la droga, si el proveedor se la hubiera proporcionado.

Sentencia 488/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 14 de marzo de 2000

AUTO DE ARCHIVO.

Art. 789.5.1 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se impugna por el recurrente la sentencia de instancia por considerar vulnerado el principio “non bis in idem” encuadrado en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al haber sido condenado por hechos coincidentes con los que anteriormente habían dado lugar en un procedimiento anterior a un auto de archivo con base en el 789.5.1 LECrim. La Sala 2.ª del Supremo desestima el recurso considerando que el auto dictado al amparo del citado artículo de la LECrim., por el que se acuerda el archivo de las diligencias por no ser el hecho constitutivo de infracción penal no es equivalente al sobreseimiento libre y, por tanto, del mismo no puede derivarse la naturaleza preclusiva de los sobreseimientos libres a los efectos de impedir un nuevo proceso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de “non bis in idem”, relativo a la cosa juzgada material y con producción de inseguridad jurídica.

Se argumenta, en defensa del motivo, que la sentencia recurrida ha vulnerado el principio de la eficacia de la cosa juzgada con infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de haberse iniciado nuevo procedimiento penal después de ha-

ber recaído auto firme de archivo en Procedimiento Abreviado, y se dice que infringe, igualmente, el principio constitucional de seguridad jurídica.

(...)

Ciertamente, no cabe duda del rango constitucional que alcanza el principio de que nadie puede ser juzgado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por sentencia firme, que constituye el fundamento de la eficacia preclusiva de la cosa juzgada material en el proceso penal. Una doble condena, o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la CE. y también el 25.1 de esta

misma Ley Fundamental en cuanto que sanciona el principio de legalidad.

Resulta esencial examinar qué resoluciones judiciales de las que ponen fin al proceso producen la mencionada eficacia preclusiva de la cosa juzgada material, es decir, impiden la existencia de otro proceso sobre el mismo hecho o la reapertura del ya antes concluido.

Desde luego la sentencia firme produce esa eficacia de cosa juzgada material. En principio sólo esta clase de resoluciones, por lo que suponen de enjuiciamiento definitivo de un hecho contra una persona que ha soportado una acusación y un juicio, encierra la mencionada consecuencia preclusiva. Excepcionalmente se asimilan a las sentencias firmes los autos, también firmes, de sobreseimiento libre, en contraposición a los de sobreseimiento provisional que no alcanzan tal eficacia por su misma naturaleza.

En lo que está de acuerdo reiteradas sentencias de esta Sala es que no producen esa eficacia preclusiva las resoluciones en las que se rechaza una querrela o una denuncia por entenderse que los hechos en que se funda no son constitutivos de delito conforme a los arts. 313 y 269 de la LECr, tampoco los autos de sobreseimiento provisional (art. 641 y 789.5.1.^a de la LECr.) ni los llamados autos de archivo, previstos en el mismo art. 789.5.1.^a para los casos en que se estima que el hecho no es constitutivo de infracción penal, que es el auto que fue dictado en las Diligencias en las que se apoya la invocada vulneración constitucional.

Así, en la Sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 1995 se declara que a primera vista puede parecer que, dada la coincidencia de este supuesto con el previsto en el núm. 2.º del art. 637 como causa de sobreseimiento libre (“cuando el hecho no sea constitutivo de delito”), esa resolución de archivo de tal regla 1.^a del art. 789.5 habría de equipararse a esta modalidad de sobreseimiento libre. Pero estimamos que, precisamente por haber huido el legislador del tér-

mino sobreseimiento libre en ese párrafo 1 de la citada regla 1.^a, cuando en el párrafo siguiente se utilizó sin remilgo alguno el de sobreseimiento provisional, hemos de entender lo contrario; esto es, que la ley no quiere conceder a estos autos de archivo la eficacia preclusiva propia de los sobreseimientos libres.

En la Sentencia de esta Sala 3 de febrero de 1998, citando otras, expresa que no son equiparables al sobreseimiento libre, ni producen cosa juzgada, los autos dictados por los Juzgados en el Procedimiento Abreviado, acordando el archivo de las actuaciones por entender que los hechos no eran integrantes de delito, al amparo del inciso primero de la regla primera del apartado 5 del art. 789 de la LECrim.

Igual criterio se mantiene en las sentencias de 15 de octubre y 18 de noviembre de 1998, en las que se expresa que no producen eficacia preclusiva las resoluciones dictadas al amparo del artículo 313 y 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que rechazan una querrela o denuncia por estimarse que los hechos denunciados no constituyen delito ni el supuesto contemplado en el art. 789 —regla 5.^a— apartado 1.º previsto para el ámbito del Procedimiento Abreviado en el que se prevé el archivo si el hecho no es constitutivo de infracción penal, estimando que tal archivo no es equivalente al sobreseimiento libre y que por tanto del mismo no puede derivarse la naturaleza preclusiva de los sobreseimientos libres a los efectos de impedir un nuevo proceso.

Conforme a la doctrina que se deja expresada el auto dictado al amparo del artículo 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por el que se acordó el archivo de las diligencias no impide su reapertura posterior, careciendo pues, de eficacia preclusiva y eso es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa.

No se han producido las vulneraciones constitucionales alegadas y el motivo no puede ser estimado.

Sentencia 413/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 17 de marzo de 2000

APROPIACIÓN INDEBIDA DE DINERO.

Art. 535 Código Penal de 1973

Ponente: **Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos**

SÍNTESIS

Se ratifica en la sentencia la reciente línea jurisprudencial en cuya virtud la apropiación indebida comprende también la gestión desleal del patrimonio ajeno por parte del administrador del mismo, bastando para la apreciación de aquel delito el perjuicio del patrimonio del administrado como consecuencia de la administración desleal, sin que sea necesario probar que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El tercero de los alegados por la acusación particular se ampara en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento por infracción de los artículos 535, 528 y 529.7.º del Código Penal por entender que la Sala de instancia condenó al encausado a pagar o a indemnizar a la perjudicada en una cantidad inferior a la realmente apropiada.

En efecto, según los hechos probados, a los que obligatoriamente nos hemos de atener dada la vía casacional empleada, la cantidad total defraudada, sumando las diversas cifras que en ellos constan, asciende a la suma total de cincuenta y cuatro millones novecientos cuarenta y una mil setecientas cincuenta y dos pesetas (54.941.752 ptas.) y sin embargo dicha Sala en su sentencia, y concretamente en el fallo, sólo acepta como responsabilidad civil a pagar la de veintiséis

millones trescientas ochenta y una mil novecientas sesenta y dos pesetas (26.381.962 ptas.) por entender que la diferencia no quedó probada que fuera ingresada en las cuentas corrientes del encausado, es decir, no se demostró que las ingresase en su patrimonio.

Es a todas luces erróneo (y lo decimos con los máximos respetos) ese razonamiento empleado por el Tribunal sentenciador para eximir de parte del pago de lo realmente defraudado, ya que: a) Ha quedado probado de modo evidente y sin contradicción alguna, según hemos dicho, que la suma total de que dispuso el acusado en perjuicio de la entidad que dirigía, “Iberbarna, S.A”, es la que figura en el relato fáctico, lo que supone la existencia de todos y cada uno de los requisitos que componen el tipo delictivo del artículo 535 de Código Penal de 1973, que es el aplicable, ya que, insistimos, hubo esa

apropiación por el total indicado, existió evidente perjuicio para la referida entidad y el autor de la defraudación actuó en su calidad de administrador, director o gerente de la misma que le imponía la obligación de no emplearlas en su propio beneficio o en beneficio indebido de terceros. El hecho, por tanto, de no figurar en sus cuentas corrientes una parte de esas cantidades no puede impedir de modo alguno que hayan de ser excluidas del montante total de lo apropiado si tenemos en cuenta que el sujeto activo de la acción no dio en ningún momento respuesta apropiada y coherente sobre el destino del resto de la cantidad desaparecida. Ello no quiere decir que tratemos de invertir la carga probatoria respecto al delito en sí mismo considerado, ya que esa prueba corresponde siempre a la parte acusadora, sino que, existente la acción delictiva con todos sus requisitos y consecuencias, lo que sí incumbe probar al agente comisor son los argumentos empleados en su defensa, es decir, en este caso demostrar que las cantidades apropiadas, o bien las devolvió, o bien las dio el destino adecuado para no perjudicar a la entidad de la que era mandatario, no bastando con indicar o afirmar que esas cantidades no entraron a enriquecer su patrimonio, máxime si tenemos en cuenta que este requisito del enriquecimiento propio es requisito que podríamos llamar tangencial, pues puede producirse a través de personas interpuestas o en favor de personas a quienes quiera favorecer el sujeto activo de la acción. b) Al hilo de esto, la jurisprudencia de esta Sala,

en sentencias como las de 7 y 14 de marzo de 1994 y, sobre todo, en la de 26 de febrero de 1998 (caso “Argentia Trust”), nos viene a enseñar que, en todo caso, en el referido artículo 535 (lo mismo que en el 252 vigente) se yuxtaponen dos tipos de apropiación indebida con idéntico valor delictivo: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que las incorpora ilegalmente el poseedor a su patrimonio con ánimo de lucro y “el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distribuyendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance”, realizándose también en este segundo supuesto el tipo delictivo de que se trata aunque no se prueba que ese dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, bastando (según hemos dicho y ocurre en el presente supuesto) con que se demuestre el perjuicio real “que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su “status”, sin que sea imprescindible, por tanto, la concurrencia del “animus rem sibi habendi”. Y es que, añadimos nosotros, así como la base esencial de la estafa es el engaño previo, en la apropiación indebida juega de manera esencial el requisito del abuso de confianza, que se puede dar, tanto en los casos de apropiación directa, como en los de simple distracción de los caudales administrados.

Sentencia 429/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 17 de marzo de 2000

AGRAVANTE DE REINCIDENCIA; CÓMPUTO TEMPORAL PARA SU APRECIACIÓN.

Arts. 22.8 y 136 Código Penal

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

SÍNTESIS

La Sala estima el motivo de casación por infracción de ley deducido por el recurrente, declarando que la aplicación de la agravante de reincidencia exige la concurrencia de una serie de datos fácticos más detallados que los que aparecen en la sentencia de instancia. Singularmente y al no constar en ella ni la fecha de la firmeza de la última condena, ni la del inicio de su cumplimiento, no es posible efectuar el cómputo temporal para precisar si tales antecedentes pudieron ser cancelados en los términos previstos en el art. 136 del CP y tal ausencia de datos fácticos ha de interpretarse en favor del reo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Como cuarto motivo, por Infracción de Ley por el cauce del art. 849.1.º cuestiona la concurrencia de las dos circunstancias agravantes aplicadas por la Sala de instancia, las de disfraz y la de reincidencia (...).

Respecto de la agravante de reincidencia, tiene razón el recurrente cuando estima que su aplicación exige la concurrencia de una serie de datos fácticos más detallados de los que aparecen en la sentencia. En efecto, en ésta sólo aparece que el recurrente fue condenado por dos delitos de robo con violencia en el año 1994, y que la última condena lo fue el 28 de febrero de 1995 siendo condenado a dos años de prisión menor. Respecto de

estos antecedentes, y singularmente del último no consta ni la fecha de la firmeza, ni fecha de inicio de cumplimiento de la condena, no pudiéndose efectuar el cómputo temporal para precisar si tales antecedentes pudieron ser cancelados en los términos previstos en el art. 136 del Código Penal o 118 del anterior Código Penal. La ausencia de tales datos fácticos nunca puede interpretarse en contra del reo porque sería una manifestación que atentaría contra el principio de presunción de inocencia, por ello, la ausencia de tales datos fácticos debe interpretarse en favor del reo y en tal sentido hay que entender como término “a quo” del plazo de tres años previsto en el vigente Código Penal el de la fecha de la firmeza de la sentencia anterior, que en el presente caso es el 28 de febrero de 1995, debiéndose estimar que

precisamente en esa fecha extinguió la condena impuesta de dos años de prisión —en este sentido SSTS de 15 de febrero y 2 de octubre de 1997, 24 de enero, 14 de mayo, 23 y 30 de septiembre, 27 de octubre y 30 de noviembre de 1998, entre las más recientes—.

De acuerdo con lo expuesto, el periodo de tres años exigido en el art. 136, se cum-

plió el 28 de febrero de 1998, fecha a partir de la cual el antecedente era cancelable, y como los hechos enjuiciados se cometieron el 23 de abril de 1998 es claro que no concurre la agravante de reincidencia denunciada, como afirma el recurrente prestando su apoyo el Ministerio Fiscal.

Procede la estimación de esta parte del motivo.

Sentencia 444/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 20 de marzo de 2000

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA.

Art. 404 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece resumidamente la doctrina del Tribunal Supremo sobre este delito y su diferencia con la mera ilegalidad administrativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El motivo que encabeza los tres del recurso, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de Ley que consiste en indebida inaplicación al caso del artículo 404 del Código Penal vigente. Afirma la entidad recurrente que el acusado P.C. realizó un acto injusto con plena conciencia de ello.

El conjunto de requisitos que para la existencia del delito de prevaricación cometido por autoridad o funcionario ha señalado la jurisprudencia de esta Sala para depurar el tipo del artículo 358 del presente Có-

digo Penal es sustancialmente válido para la interpretación del actual artículo 404 del Código vigente. Incluso la interpretación, ya consagrada en la jurisprudencia, de lo que se ha de entender por resolución injusta, ha sido precisado ahora más nítidamente al incluirse en el texto legal el adjetivo “arbitraria” para calificar la resolución adoptada, porque, como se ha repetido tantas veces, la resolución adoptada por el agente —que ha de tener la condición de funcionario o autoridad y recaer en el campo de sus actividades de tipo administrativo— ha de ser de tal modo contraria a lo que es justo, que sea evidente y groseramente contraria a

derecho y comprensible como tal por cualquier persona, con lo que se excluyen las meras ilegalidades o interpretaciones discutibles, o simplemente erróneas o, que, aun pudiendo ser contrarias a intereses jurídicamente protegidos, éstos sin embargo no queden por ausencia de reproche penal, sin posibilidad de alcanzar la debida protección, pues para ello existirán las vías civiles o administrativas adecuadas. Claramente el

legislador quiere excluir la represión penal, más grave, para resoluciones administrativas que no siendo plenamente contrarias a derecho, puedan disponer de otras vías jurídicas de solución y remedio para los por ellas afectados. Por otra parte es requisito fundamental de este delito el dolo del autor, que, como dice el texto legal, ha de obrar a sabiendas.

Sentencia 456/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 21 de marzo de 2000

ABUSO SEXUAL.

Art. 181 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia se ocupa con la delimitación del ámbito respectivo de los números 2 y 3 del art. 181 del CP cuando la víctima padece un retraso mental.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En efecto, frente a los ataques contra la libertad sexual por medio de la violencia o la intimidación, es decir contraviniendo o venciendo la voluntad contraria de la víctima, que originan el delito de “agresión sexual” del artículo 174, el Código Penal configura la mera ausencia o falta de consentimiento libre como “abuso sexual” en el artículo 181 con tres tipologías distintas: A) la básica del núm. 1.º construida sobre la general exigencia de que no medie consentimiento; B) la agravada del núm. 2.º que considera en todo caso abusos no con-

sentidos los cometidos sobre menor de doce años, o persona privada de sentido o de cuyo trastorno mental se abusa, y cuyo fundamento estriba en la incompatibilidad que estas fases de inmadurez psicorgánica (menor de doce años) o estos estados patológicos del sujeto (privación de sentido; trastorno mental) tienen con un consentimiento verdadero y libre basado en el conocimiento de la trascendencia y significado del acto, y C) la privilegiada del núm. 3.º en la que a diferencia de las anteriores el consentimiento existe y se presta, pero sobre la base de una voluntad formada con el vicio de origen que supone una previa situación de superioridad aprove-

chada por el sujeto, lo que da lugar al llamado “abuso de prevalimiento”.

Tratándose de personas con limitaciones o alteraciones mentales el tipo penal del artículo 181.2.º es aplicable cuando la víctima, más allá de la pura expresión formal o aparente al aceptar la relación sexual, no ha prestado un verdadero y auténtico consentimiento valorable como tal, porque su patología excluya la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el ejercicio libre de autodeterminación sexual. El tipo penal del artículo 181.3.º será en cambio apreciable si el trastorno mental padecido no es

tan grave como para privar totalmente al sujeto de esa capacidad de conocer y decidir su comportamiento sexual en libertad, pero sí limita su autodomínio colocándolo en desventaja respecto a una persona totalmente normal que de ello se prevale o aprovecha (Sentencia de 9 de abril de 1999). En tal sentido una constante doctrina de esta Sala viene declarando que el prevalimiento consiste en una situación de superioridad o ventaja del sujeto activo sobre el pasivo (Sentencias de 11 de marzo de 1981; 6 de octubre de 1982; 18 de abril de 1994), y es apreciable en los supuestos de escaso coeficiente intelectual de la víctima (Sentencias de 22 de junio de 1984 y 5 de marzo de 1985).

Sentencia 512/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 23 de marzo de 2000

PRINCIPIO ACUSATORIO Y DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY.

Arts. 24 CE; 789.3.11 y 794.3 LECrim.; 1.2.d) y 48.3 LOTJ

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

SÍNTESIS

Tras declarar que no vulnera el principio acusatorio la sentencia de instancia que condenó al acusado como autor de un delito de allanamiento de morada apartándose de la calificación jurídica mantenida por la acusación (robo con fuerza en las cosas) habida cuenta de la homogeneidad entre uno y otro, se enfrenta a continuación con el problema de si se produjo una vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley al estar reservado el allanamiento a la competencia del Tribunal del Jurado. Llega a la conclusión de que tal vulneración no se produjo tras un detallado razonamiento que descansa básicamente en la aplicación analógica del art. 48.3 LOTJ.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segunda.—Una constante y sólida doctrina jurisprudencial, reflejada en las STC

83/1983, 134/1986, 17/1988, 168/1990, 11/1992 y 277/1994 y en la STS.2ª de 14-11-1986, 4-11-1986, 15-7-1991, 25-1-1993, 7-6-1993, 649/1996, 489/1998 y

1176/1998 entre otras muchas, enseña que la vigencia y efectividad del principio acusatorio, del que forma parte inescindible el derecho a ser informado de la acusación, es una de las garantías sustanciales del proceso penal y, en su virtud “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria” —STC 277/1994, con cita de las SSTC 17/1988, 168/1990 y 47/1991— pues “el derecho a ser informado de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa en el proceso penal”. La efectividad del principio acusatorio exige —se dice en la STC 134/1986— “que el hecho objeto de la acusación y el que es la base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la Sentencia”. A cuya condición incorpora la doctrina de esta Sala —SS. de 10-10-1986, 28-2-1987, 10-4-1989, 25-6-1990, 7-3-1991 entre otras— y también la del TC en algunas de las sentencias ya citadas, que el delito por el que se condena no esté castigado con pena más grave que el que fue objeto de acusación y que, aun estando castigado con pena igual o menor, exista homogeneidad entre uno y otro. En relación con esta última exigencia, se ha dicho que “no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la Sentencia, siendo inocuo el cambio de calificación si existe homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido, en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la Sentencia”.

A la luz de la doctrina que hemos resumido, no puede decirse que en la Sentencia recurrida haya sido infringido el principio acusatorio por no haber sido informado el sentenciado de la acusación formulada contra él. El hecho declarado probado en la

Sentencia recurrida, en el que descansa el pronunciamiento condenatorio, coincide sustancialmente con el relatado por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación con la única salvedad de que éste consideró que el propósito del acusado era obtener un beneficio patrimonial y el Tribunal de instancia lo descarta, de forma que la modificación del hecho, con independencia de que afecta a un “hecho de conciencia” que es pura inferencia de quien analiza los datos percibidos por los sentidos, no ha podido crear indefensión al acusado en tanto no ha incorporado cosa alguna que no estuviese en el hecho de la acusación sino que precisamente ha suprimido una y de indiscutible relevancia. Podría pensarse, en una primera aproximación, que pese a la identidad del hecho objeto de la Sentencia con el de la acusación, sí existe, ya que no una mayor gravedad, sí una falta de homogeneidad entre el delito de robo en grado de tentativa de que acusó el Ministerio Fiscal y el delito de allanamiento de morada por el que se ha condenado en la Sentencia recurrida, toda vez que el primero atenta contra el patrimonio ajeno y el segundo contra la inviolabilidad del domicilio. Tal heterogeneidad, sin embargo, es sólo aparente en el caso hoy sometido a censura casacional. Porque el Ministerio Fiscal calificó los hechos como una tentativa de robo con fuerza en las cosas en casa habitada, delito pluriofensivo que atenta simultáneamente contra la propiedad y la inviolabilidad del domicilio, lo que explica que al Tribunal de instancia, para calificar los hechos como un delito de allanamiento de morada, le haya bastado con eliminar del relato de la acusación el ánimo de lucro.

(...)

Tercero.—Más difícil parece, a primera vista, la respuesta a la otra denuncia de vulneración de un derecho fundamental contenida en el único motivo del recurso: la de que, condenando el Tribunal de instancia por un delito de allanamiento de morada previsto en el art. 202 CP, comprendido en el listado de los que se encuentran reservados al co-

nocimiento del Tribunal del Jurado —art. 1.2.d) LOTJ— ha resultado infringido el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley a que todos tienen derecho por mandato del art. 24.2 CE. El problema, como decimos, no es de fácil solución porque la situación creada por la decisión del Tribunal de instancia, de cambiar la calificación jurídica de los hechos con respecto a la mantenida por el Ministerio Fiscal y condenar por un delito que, en principio, está sustraído a su competencia objetiva, no está expresamente resuelta en nuestro ordenamiento jurídico. El art. 789.3, párrafos tercero y cuarto, LECr, que reproduce para el procedimiento abreviado el precepto contenido en el art. 309 bis de la misma Ley, establece los trámites a seguir cuando de cualquier actuación procesal resultare contra persona o personas determinadas la imputación de un delito cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, pero dichos trámites, que se resuelven en la incoación de un nuevo procedimiento con arreglo a la LOTC, no pueden servir para afrontar la situación a que nos referimos, ni fueron seguidos por el Tribunal de instancia en el caso que estamos resolviendo, porque aquí no se había producido la imputación de un hecho nuevo como consecuencia de una actuación procesal, sino que el Tribunal, en la deliberación de la Sentencia, llegó a la conclusión de que la calificación correcta de los hechos probados era la de que constituían un delito de allanamiento de morada. Según el orden lógico de los procesos mentales que se suceden en la génesis de una resolución judicial, la calificación jurídica de los hechos que se están enjuiciando se produce después de alcanzar el Tribunal la convicción que le lleva a declarar probados tales hechos y probada asimismo la participación del acusado en ellos, lo que quiere decir que, en ese momento, el acusado ya ha sido juzgado en lo que concierne a su culpabilidad —en el sentido no dogmático de participación— respecto a determinados hechos. Situado en semejante coyuntura, no puede ya el Tribunal, evidentemente, impulsar la incoación de un nuevo

procedimiento, que en este caso sería, el regulado por la LOTJ, porque ello abocaría a un nuevo enjuiciamiento de quien ya está juzgado aunque su juicio no haya culminado todavía en un formal pronunciamiento. Descartado, pues, que el problema pueda ser resuelto con la previsión ya mencionada del art. 789.3 LECr, esta Sala se ha preguntado si la solución puede encontrarse en la aplicación analógica del art. 48.3 LOTJ. En dicha norma se dice que “aun cuando en sus conclusiones definitivas las partes calificasen los hechos como constitutivos de un delito de los no atribuidos al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, éste continuará conociendo”. Admite de esta forma la Ley, en favor del Tribunal del Jurado, una excepción a las reglas que delimitan objetivamente su competencia, excepción inspirada seguramente por el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y por razones de economía procesal. Y no parece en modo alguno descaminado fundar en aquella norma, aplicable analógicamente puesto que las razones que la justifican son las mismas, una excepción de sentido contrario en cuya virtud pueda un órgano de la jurisdicción técnica continuar conociendo de un hecho inicialmente calificado como delito del que dicha jurisdicción deba conocer —téngase en cuenta que la competencia del Tribunal viene determinada por los términos en que se formula la acusación— y, en conclusiones definitivas, calificado como delito reservado al conocimiento de la jurisdicción popular. Ciertamente, en el caso debatido no fueron las partes —concretamente no fue el Ministerio Fiscal— el que modificó su primitiva calificación de los hechos y los conceptuó como un delito —el de allanamiento de morada previsto en el art. 202 CP— de los atribuidos al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado. Fue la propia Audiencia Provincial la que, en el curso de su deliberación previa al dictado de la Sentencia, llegó a la conclusión de que así era. Pero no se alcanza ninguna razón de peso para que, si se admite que la Audiencia Provincial —o, en su caso, el Juez de lo Penal— pueda continuar conociendo, en vir-

tud de la aplicación analógica del art. 48.3 LOTJ, de unos hechos que la acusación ha calificado en sus conclusiones definitivas como delito de los que están reservados al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, no se admita también que pueda cambiar la calificación, en el sentido cuestionado, la propia Audiencia, al momento de resolver, si el cambio no supone quebrantamiento de las garantías inherentes al principio acusatorio.

Como es esto precisamente lo que hizo el Tribunal de instancia, debemos entender que su decisión estaba amparada por la competencia objetiva que, en aquel caso, le era conferida excepcionalmente por el art. 48.3 LOTJ, por lo que la Sentencia dictada no infringió tampoco el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. El recurso en consecuencia, debe ser desestimado en su globalidad.

Sentencia 311/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 25 de marzo de 2000

COAUTORÍA.

Art. 28 Código Penal (Art. 14 Código Penal de 1973)

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

SÍNTESIS

Extensión del concepto de coautoría en un delito de lesiones realizadas en grupo a todos los que agreden, con independencia de que uno de ellos, específicamente armado, las causara de propia mano.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El concepto de coautoría que hoy define con claridad el art. 28 del CP vigente, estableciendo que “son autores quienes realizan el hecho (...) conjuntamente”, se deducía de forma igualmente diáfana del art. 14.1.º del CP de 1973 en que se consideraban autores a “los que toman parte directa en la ejecución del hecho”. El elemento objetivo de la coautoría —llámese realización conjunta o toma de parte directa en la ejecución del hecho— que aparece en una y otra definición, no consiste en la ejecución de los actos que integran el tipo por todos y cada uno de los coautores, sino en la aportación por éstos, durante la fase de ejecución, de

actos esenciales para la consecución del propósito común. En el caso de la coautoría que se produce por la agresión de un grupo contra una persona con la finalidad de ocasionarle un daño corporal de alcance y gravedad no precisados de antemano, las lesiones que resulten son imputables a todos los agresores de acuerdo con el principio de “imputación recíproca”, en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno haga contra la integridad física del agredido. Si uno de los agresores es el que materialmente ocasiona la lesión de que deriva la concreta tipicidad del hecho, ese “será” autor y los demás “se considerarán” —según la dicción del CP de 1973— autores en concepto de “cooperadores ejecutivos”

por haber tomado parte directa en la ejecución, es decir, por haber ejercido actos de violencia sobre el sujeto pasivo que han confluído con los del primero y reforzado su eficacia. Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, acogida por la doctrina de esta Sala en numerosas sentencias, como las de 12 de febrero de 1986, 24 de marzo de 1986, 15 de julio de 1988, 8 de febrero de 1991, 4 de octubre de 1994 y 24 de septiembre de 1997, la conclusión a la que se llega es la misma. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria de la ejecución del plan colectivo aunque sus respectivas aportaciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que éste llegue a ser un hecho de todos porque a todos pertenece. En la agresión en grupo, cuando todos sus miembros emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad aunque utilicen instrumentos de distinta

peligrosidad —tan instrumento lesivo es un “puño inglés” como una bota de las que llevaban los procesados— de todos debe ser predicado el codominio funcional del hecho porque, de un lado, la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia del agredido y, de otro, la iniciativa de cualquiera de ellos podría determinar el cese de la agresión. Por lo que se refiere al elemento subjetivo de la coautoría —que inevitablemente ha sido mencionado varias veces en la descripción del elemento objetivo que acabamos de hacer— consiste, como tantas veces ha dicho la jurisprudencia, en el acuerdo entre los coautores. Acuerdo que puede ser el producto explícito de una deliberación pero también el mero dolo compartido del acuerdo tácito que es el que se da normalmente en los supuestos de coautoría adhesiva y en los hechos en que apenas transcurren unos segundos entre la ideación criminal y su puesta en práctica.

Sentencia 458/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 27 de marzo de 2000

FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL Y ESTAFA.

Arts. 250.1.3.º y 392 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia, que contiene numerosos aspectos relevantes, algunos no considerados aquí (por ejemplo en relación al alcance del principio acusatorio o de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo), señala que entre el uso de cheque falsificado (art. 392) y la estafa valiéndose del mismo (art. 250.1.3.º), la relación existente no es de concurso de normas, sino de delitos, en forma de concurso medial o instrumental.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El cuarto motivo del recurso se articula y formaliza por el cauce casacio-

nal del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del art. 250.1.3.ª del Código Penal. Se alega por el autor del recurso que con dicho subti-

po agravado el legislador ha pretendido castigar con una pena superior a la del tipo básico de estafa aquellas conductas en las que el sujeto activo del delito comete el engaño aparentando una solvencia o crédito inexistentes por medio de la emisión de cheques sin fondos, de pagarés que “ab initio” no tiene intención de pagar o de letras vacías o que no responden a ningún negocio causal subyacente; sin embargo, agrega, en el caso enjuiciado el uso de un cheque falsificado aparece ya previsto y penado en el delito de falsedad en documento mercantil, por lo que puede producirse un “bis in idem” por la aplicación a los hechos, junto con el delito de falsedad, del mencionado subtipo agravado de la estafa. Para la recta solución del problema planteado, hemos de partir, como primera interpretación, de la literalidad del aludido subtipo agravado, cuyo número tercero, del art. 250.1 del Código Penal, incluye en su redacción las siguientes palabras: cuando “se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio”. Esta agravación procede, como ha expuesto la doctrina, de la supresión del tipo de emisión de cheque sin fondos, clarificando la utilización de esos títulos como medios de estafa, reduciéndolos al supuesto, ya destacado por la jurisprudencia anterior a la reforma, de que su entrega fuera la contrapartida engañosa para obtener la disposición patrimonial del engañado (SSTS de 20 de octubre de 1986 o 10 de febrero de 1987). Ahora bien, para que se produjese el invocado “bis in idem”, el tipo delictivo comentado debería reducirse en todo caso a los supuestos en que la estafa se realiza mediante cheque falso o falsificado, y no a aquellas otras conductas delictivas en las cuales puede producirse el engaño mediante un cheque, en descubierto o sin fondos, que, sin contener los elementos típicos de la falsedad documental, pueda servir de cobertura para la obtención del desplazamiento patrimonial mediante engaño. En definitiva, el negocio cambiario ficticio a que alude el precepto comentado, que no necesariamente se tiene que identificar por falso (con relevancia penal autónoma). De ahí que supone también un mayor desvalor de la

acción la concurrencia de utilizarse, para obtener el engaño, un pagaré o una letra de cambio en blanco, no necesariamente por tanto “falsos”, pero que integra el subtipo agravado analizado, ya que el legislador ha partido de la idea que utilizando tales mecanismos en el tráfico mercantil, dotados de poder ejecutivo y que generalmente gozan de apariencia de seguridad en la vida comercial, se refuerza la antijuridicidad de la acción y se integra consiguientemente la agravación referida. El problema puede resolverse o bien entendiendo que nos encontramos ante un concurso aparente de normas penales, a solucionar por el principio de “consunción”, a favor del tipo de la estafa agravada, o bien aplicando las normas del concurso ideal medial del art. 77 del Código Penal, entendiendo que la falsificación del medio de pago no puede ser absorbida por el tipo defraudatorio, ni siquiera por el agravado, aun cuando se haga un uso posterior del documento mercantil con fines defraudatorios. Inclinarsé por la primera postura supone desconocer que en la descripción del tipo, al mencionarse la palabra “cheque” sin más especificaciones, estaríamos incluyendo todos los supuestos de falsificación del mismo, presentando el inconveniente, como apunta el Ministerio fiscal con cita de doctrina científica, de equiparar a efectos penológicos supuestos en los que se ha falsificado el medio de pago con otros en los que, no mediando falsificación alguna, sólo se ha hecho un mal uso de dicho instrumento. Si se entiende que la cualificación encuentra justificación porque es necesario dotar de una especial protección a los instrumentos mercantiles de pago y crédito frente a su mal uso (repárese que esto significa “negocio cambiario ficticio”), la falsificación de dichos medios constituye un injusto distinto, cuya punición en concurso con el tipo cualificado no conculca el principio “non bis in idem”. Por consiguiente, nada dificulta apreciar un concurso medial de delitos entre la falsificación en documento mercantil (art. 392) y el tipo cualificado de estafa, descrito en el art. 250.1.3ª del Código Penal. Por lo demás, la jurisprudencia de esta Sala ha mantenido un criterio opuesto al preten-

dido por la parte recurrente al haber declarado reiteradamente que la estafa, realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que los dos son tipos penales compatibles, produciéndose un concurso de delitos sin perjuicio de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto en el art. 71 del CP 1973 (v. SS. 17 de noviembre de 1986, 6 de julio de 1988, 16 de enero de 1990 y 25 de septiembre de 1991, citadas en la de 8 de marzo de 1993). En definitiva, el problema de la falsificación de un documento de comercio como medio necesario para perpetrar una estafa, debe resolverse conforme a las reglas del concurso ideal-instrumental que dirime el artículo 71 del Código Penal de 1973, hoy art. 77 —Sentencias 21 de marzo, 20 de octubre y 21 de noviembre de 1981; 10 de mayo y 14 de octubre de 1982; 21 de mayo de 1984, y 17 de septiembre de 1985—. La jurisprudencia de esta Sala, posterior a la vigencia del Código Penal, aun sin haber analizado abiertamente este problema se inclina igualmente por esta solu-

ción, entendiendo que se atacan bienes jurídicos diferentes (que es la postura tradicional). Así, la Sentencia de 3 de diciembre de 1998, resolviendo un problema penológico, da por supuesto que, como aquí concurre, el autor es responsable de sendos delitos continuados de falsedad en documento mercantil y estafa, en relación de concurso medial, y ello tratando un caso en que el sujeto activo había tomado un talonario de cheques correspondiente a la cuenta de su hermano, con el cual convivía, rellenando en las fechas indicadas en dicha resolución (en doce ocasiones) por las cantidades que se citan, e imitando la firma de aquél, consiguió su cobro presentándolos en las sucursales del Banco librado (hechos producidos una vez entró en vigor el nuevo Código Penal); y la Sentencia de 14 de diciembre de 1998, con idéntico análisis, llega igualmente a la misma conclusión, entendiendo que en el supuesto contemplado el autor es responsable de dos delitos, uno de falsedad documental y otro de estafa, y ambos en la modalidad de delitos continuados. Por las razones expuestas, se desestima el motivo.

Sentencia 458/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 27 de marzo de 2000

MEDICIÓN DE LA PENA EN EL DELITO CONTINUADO.

Art. 74 Código Penal

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

SÍNTESIS

Expone la sentencia cómo debe procederse para determinar la pena en los casos de dos series de delitos continuados (falsedad en documento mercantil y estafa) situados en conexión medial o instrumental.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Ahora bien, la estimación de los motivos indicados no alterará la solución

penológica aplicada por la Sala sentenciadora, y ello porque, aun suprimido el subtipo agravado del art. 250.1.7.^a, quedan los hechos subsumidos en el art. 250.1.3.^a, co-

mo hemos razonado en el fundamento jurídico anterior, aplicándolo así también la Sala sentenciadora, y consiguientemente, con la propia penalidad, de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses, que por su carácter de continuado, y por aplicación del art. 74 (mitad superior), la pena se impondrá entre tres años y medio a seis años de prisión y multa de 9 a 12 meses. La Sentencia impugnada individualiza la pena en tres años y seis meses de prisión y multa de diez meses, con una cuota diaria de mil pesetas, pero lo hace aplicando incorrectamente la penalidad correspondiente al concurso medial de dos delitos continuados (ver fundamento jurídico tercero de la misma), ya que, como a continuación veremos, procedería una mayor sanción punitiva, que obviamente no podemos corregir en esta vía casacional en perjuicio del reo, no habiendo sido combatido este aspecto por parte procesal alguna. En definitiva, al tratarse de dos delitos continuados, por aplicación del apartado primero del art. 74 del Código Penal, se impondrá la pena en su mitad superior. Conforme al art. 392 del CP de 1995, la pena base por la falsedad es la prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses (al ser continuado, art. 74: de un año y nueve meses a tres años, y multa de nueve a doce meses). Por aplicación del art. 250.1.3.^a del CP de 1995, la pena básica será, como dijimos, de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses, que por su carácter de continuado, y por aplicación del art. 74 (mitad superior), la pena se impondrá entre tres años y medio a seis años de prisión y multa de 9 a 12 meses. Ahora

bien, conforme al art. 77, por la existencia de un concurso medial, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente ambas infracciones, ya que, en ese caso, se sancionarán las infracciones por separado. Por decirlo en otras palabras, la mitad superior de la mitad superior. Luego, como la pena más grave es la estafa cualificada, la mitad superior abarca desde los cuatro años y nueve meses a seis años de prisión y multa de diez meses y medio a doce meses (inferior a la suma por separado de ambos delitos, que arrancarían en cinco años y tres meses de prisión, como mínimo), es evidente que la pena impuesta por la Sala sentenciadora es inferior a la que le hubiera correspondido de aplicarse correctamente las normas penológicas del Código Penal, por lo que debe mantenerse, por las razones expuestas, la penalidad aplicada, no obstante la estimación de algunos motivos del recurso. En todo caso, como dice la Sentencia de esta Sala de 3 de diciembre de 1998, una vez determinada la pena que legalmente corresponde al concurso medial de los dos delitos continuados apreciados en la Sentencia recurrida, llegará el momento de aplicar la regla segunda del art. 66 del Código Penal, sin que pueda rebajarse la penalidad inferior establecida, por lo que, conforme a lo razonado, ninguna trascendencia penológica tendrá la apreciación de la atenuante más arriba estimada, cuando ya ha sido aplicada la pena por debajo de los parámetros anteriormente estudiados.

Sentencia 576/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 3 de abril de 2000

ATIPICIDAD Y TRÁFICO DE DROGAS.

Art. 168 Código Penal (Art. 344 Código Penal de 1973)

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

SÍNTESIS

La sentencia expone los requisitos que conducen, de manera excepcional, a la atipicidad de conducta de facilitación de droga a persona adicta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) En síntesis, la argumentación de la recurrente en favor de la atipicidad de su conducta estriba en la afirmación de que su actividad se limitó a facilitar un consumo concreto con persona adicta a las drogas sin que tal labor de intermediación pusiera en peligro el bien jurídico protegido por el tipo —la salud pública— ni puede estimarse que la cantidad de droga que se le ocupó estuviese destinada a la venta a terceras personas por tratarse de pequeñas dosis para su propio consumo. (...)

Los delitos de tráfico de drogas, tratan de proteger la salud pública —de ahí el título bajo el que se encuentran en el Código Penal— habiéndose determinado que la protección de dicho bien jurídico, por los efectos devastadores que produce la ingesta de drogas, merece la más enérgica y adelantada protección que el sistema penal otorga a determinados bienes jurídicos, y por ello se trata de infracciones de peligro en abstracto porque el legislador presume que las conductas incriminadas entrañan siempre peligro, de manera que su realización es siem-

pre peligrosa y siempre debe estimarse tipificada y por tanto punible.

Partiendo de esta posición y de esta categoría que asigna a los delitos contra la salud pública la naturaleza de infracciones de peligro abstracto, esta Sala Segunda ha venido elaborando una doctrina que hoy puede estimarse ampliamente consolidada, por la que rechazando “sic et simpliciter” la penalización de toda conducta relativa a tráfico de drogas, admite de forma excepcional supuestos en los que la conducta examinada no roza ni alcanza la aptitud para generar el peligro abstracto que fundamenta y da vida al tipo penal del delito de tráfico de drogas.

Los diversos supuestos contemplados y que quedan extramuros de la sanción penal tienen como señas de identidad justificadoras de la atipicidad y exteriorizadoras de la naturaleza esencialmente individualizadora del quehacer judicial, el referirse a la entrega de cantidades pequeñas de droga para un uso personal e inmediato del receptor que por la propia dinámica de la acción carece radicalmente de la capacidad de generar peligro alguno de difusión de la droga a terceros, no pudiendo considerarse como tal el

receptor de la dosis, precisamente por ser ya adicto. En tal sentido, y sólo en referencia al año 1998, pueden citarse las sentencias de esta Sala de 7 de enero, 15 de enero, 11 de marzo, 31 de marzo, a las que puede añadirse en referencia al pasado año de 1999, la sentencia de 25 de mayo.

Los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la atipicidad de la acción son los siguientes:

a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos pues de no serlo se corre el riesgo de potenciar en alguno de ellos su adicción.

b) El consumo proyectado ha de realizarse en un lugar cerrado, y ello en evitación

de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o el consumo, evitándose al mismo tiempo la contemplación de tal consumo por terceras personas.

c) La cantidad de droga destinada al consumo ha de ser pequeña y capaz de ser consumida en el mismo acto, es decir se requiere una cierta secuencia cronológica sin fracturas integrada por la entrega y el subsiguiente consumo.

d) La acción de compartir el consumo ha de ser esporádica y sin trascendencia social.

Un examen de los hechos enjuiciados desde la doctrina expuesta lleva a la conclusión de encontrarnos ante un acto atípico.

Sentencia 566/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 5 de abril de 2000

DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA.

Art. 739 LECrim.

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

SÍNTESIS

Después de exponer con detalle la doctrina general sobre el derecho a la última palabra regulado en el art. 739 LECrim. expresando su significado y alcance constitucional, la Sala declara que el hecho de no haberse concedido el uso de este derecho al acusado por el Tribunal de instancia produce el efecto inmediato de anulación del juicio oral y la consiguiente contaminación de los Magistrados que intervinieron en su celebración lo que da lugar a que el nuevo juicio se celebre por unos Magistrados distintos con objeto de garantizar la imparcialidad objetiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo primero se ampara en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Po-

der Judicial, por estimar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio con todas las garantías, contemplados en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución, en

relación con el artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no haberse concedido el derecho a la última palabra al acusado conforme dispone dicha norma.

1. Después de citar jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional en relación con el extremo que es el objeto del presente motivo, pone de relieve que, en el acto del juicio oral, no figura ninguna referencia sobre la concesión de la última palabra al recurrente ni al otro coimputado, lo cual hubiera sido oportuno y necesario en un caso, como el presente, en el que la Audiencia ha basado la condena no en pruebas documentales y objetivas, sino en las declaraciones del coimputado y en una serie de débiles indicios obtenidos de la declaración de un miembro de la Guardia Civil. Estas manifestaciones, por su naturaleza, son más susceptibles de ser sometidas a crítica, sobre todo por el propio imputado en el trámite final de la última palabra.

Finalmente señala que el hecho de que el letrado del recurrente en la instancia, no hiciera constar la oportuna protesta, por la no concesión del derecho a la última palabra, no puede ir en detrimento de la efectividad de un derecho fundamental.

(...)

3. Los artículos 688 al 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, marcan las diferentes secuencias por las que pasa la celebración del juicio oral, desde el comienzo de la actividad probatoria hasta que se dicta sentencia. En el artículo 739 de dicho texto legal, se regula lo que, en términos procesales, se ha denominado el derecho a la última palabra. Esta diligencia tiene lugar a continuación de que las acusaciones y las defensas hubieran terminado sus respectivos alegatos. Se trata de un derecho potestativo, que se ejercitará en el caso de que el acusado, a preguntas del Presidente del Tribunal, manifieste su deseo de hacer uso de esta facultad. Como es lógico su utilización debe realizarse en términos razonables y admisibles, sin que pueda aprovecharse el trámite para ofender, en expresión de la ley procesal penal, a la moral, ni faltar al respeto debido

al Tribunal, ni a las consideraciones correspondientes a todas las personas. El precepto que venimos examinando, se limita a señalar que los que utilicen el derecho a la última palabra se ceñirán a lo que sea pertinente. Esta referencia abstracta e indeterminada a su contenido, debe ser administrada con generosidad y amplitud por el Presidente del Tribunal, permitiendo, sobre todo, aquellas intervenciones que traten de matizar o de impugnar las manifestaciones de carácter inculpatario que se hayan verificado a lo largo del juicio o que se realicen para desvirtuar el contenido de cualquier prueba que se haya utilizado en su contra. Incluso se puede aprovechar el trámite para solicitar una pena más leve o para poner de relieve la existencia de circunstancias personales, que permitan una más acertada individualización de la pena. Para su debida constancia, sería conveniente que se levantase acta, lo más extensa posible, de todo lo manifestado.

4. Durante muchos años esta posibilidad de hacer uso de la última palabra, sólo tenía un valor ritual y formulario sin mayor trascendencia sobre la validez del juicio oral, de tal manera que es difícil encontrar jurisprudencia preconstitucional, que se haya pronunciado anulando su celebración, por omisión del derecho a la última palabra.

No se trata de satisfacer, con ello, el derecho de todo acusado a ser oído ya que el juicio se habrá iniciado con su interrogatorio, lo que le permite hacer las manifestaciones que estima pertinentes en defensa de sus intereses. Ahora bien, en ese momento desconoce cuál va a ser el comportamiento de los demás coimputados que declaren a continuación, de los testigos de cargo y de descargo y el resultado de las pericias practicadas. Incluso desconoce cuál va a ser la vía argumental de las acusaciones y las defensas en sus respectivos alegatos, por lo que su inicial postura puede verse reafirmada o, por el contrario, necesitada de actualización y matización.

Lo que realmente necesita el acusado es tener la oportunidad de contradecir o some-

ter a contraste todo el proceso probatorio, añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa, por lo que también tenemos que señalar que, esta facultad, se encuadra dentro del derecho de defensa que, en estas circunstancias se realiza de manera personal y directa por el interesado.

5. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3.d) atribuye al derecho de defensa una dimensión desconocida en nuestros ámbitos procesales tradicionales, al establecer, como garantía mínima de toda persona acusada de un delito, el derecho de presencia y defensa personal, sin perjuicio de que pueda valerse de la debida asistencia técnica. Por su parte y en nuestro ámbito regional, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su artículo 6.3 c), ya en el año 1950, contemplaba el derecho de todo acusado a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección. La Constitución, al recoger en su artículo 24.2, un catálogo de los derechos que asisten a toda persona involucrada en un proceso, establece por un lado el derecho a la defensa y, por otro, el derecho de asistencia letrada, distinguiendo perfectamente sus dos facetas sin que, pueda afirmarse que la una sea excluyente de la otra.

A pesar de que el derecho de autodefensa no tiene un desarrollo legislativo expreso, no por ello se puede negar su existencia en el ámbito de nuestro derecho interno. Debemos tener en cuenta que esta defensa personal, se puede llevar a efecto en los juicios de faltas y que, por otro lado, el derecho a la última palabra al que venimos refiriéndonos se integra también en el ejercicio del derecho a la autodefensa, todo ello sin olvidar que a lo largo de los trámites de la fase de investigación existen varias diligencias que pueden ser solicitadas directamente por el imputado, sin necesidad de asistencia letrada o representación procesal.

A la vista de las referencias internas e internacionales, debemos convenir que se trata de un derecho fundamental cuya vigen-

cia no puede quedar supeditada al desarrollo legislativo interno. Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos de sus sentencias emblemáticas (Casos Pakelli y Artico), las legislaciones internas deben respetar su plena recepción y abrir las posibilidades de aplicación práctica cuando sea necesaria, como sucede con el derecho a la última palabra. Esta apreciación viene a confirmar, que es perfectamente compatible el derecho a autodefenderse, con la debida asistencia técnica y representación mediante Abogado y Procurador.

El Tribunal Constitucional (STC 6 de febrero de 1995, 16 de julio de 1984 y 181/1994), ha destacado la importancia del derecho a la última palabra, con independencia de otras expresiones del derecho a la autodefensa recogidas en nuestro sistema procesal. El artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ofrece al acusado el derecho a la última palabra, por sí mismo, no como una mera formalidad, sino por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa, que tiene todo acusado, al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones, las de los coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa técnica o completarla de alguna manera. La raíz profunda de todo ello, radica en el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, audiencia personal, que aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio.

6. Es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario, la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate, público y contradictorio que constituye la esencia del juicio oral. El acusado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes, que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la ba-

se de la acusación. Su derecho, como se ha dicho, tiene carácter de fundamental y constituye una formalidad esencial del procedimiento, cuya omisión produce una incuestionable indefensión. En consecuencia, su efecto inmediato es la anulación del juicio oral, fase en la que se comete el defecto o vulneración del derecho, y la retroacción de las actuaciones al momento de la iniciación

del plenario. Ello produce la consiguiente contaminación de los Magistrados que han intervenido en su celebración, lo que da lugar a la necesidad de que el nuevo juicio se celebre por unos Magistrados distintos, con objeto de garantizar la imparcialidad objetiva exigible a todo órgano jurisdiccional.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

Sentencia 588/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 6 de abril de 2000

DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.

Art. 174 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel**

SÍNTESIS

Sentido de la previsión del art. 174 CP y aplicación del mismo a unos hechos que incluso para el Ministerio Fiscal eran sólo calificables como falta de coacciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Un solo motivo conforma el recurso interpuesto por la representación del condenado como autor de un Delito Contra la Integridad Moral para, con amparo en el art. 849.1 de la LECrim., denunciar infracción, por aplicación indebida, del art. 175 del C. Penal.

La tesis recurrente cuenta con el apoyo del Ministerio Público, el que, al igual que quien recurre, entiende, aunque no exista identidad argumental en sus planteamientos, que el hecho enjuiciado no reviste la gravedad exigida para ser considerado Delito, por tanto, debe ser calificado como una Falta de Coacciones del art. 620.2 del C. Penal.

Pues bien, dicha propuesta impugnativa no puede ser aceptada ya que, inalterado el relato fáctico, el respeto integral debido al mismo en razón del cauce casacional elegido, inviabiliza tal pretensión. (...)

Segundo.—(...) Al margen de las críticas que desde la perspectiva de una ortodoxa técnica legislativa merece la sistemática, epigrafiado y contenido del Título VII del C. Penal en el que se ubica el que se invoca como infringido art. 175, no cuestionamos la justificación de la opción legislativa a la que aquél se acomoda en tanto que su última razón de ser responde a la necesidad de rellenar una secular imprevisión normativa generadora de un vacío de protección frente

a agresiones o actuaciones arbitrarias de funcionarios o autoridades no acompañadas de lesión para las que, en ocasiones como la presente, dada la especificidad del ataque a la probidad moral de la víctima, circunstancias periféricas de la acción y la cualificación profesional de los sujetos activo y pasivo, la calificación como falta resultaría insuficiente.

Si bien es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral, no lo es menos que las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos (los Europeos de 1950 y 1987; y de las Naciones Unidas del 84 y la Universal de 1948) y en el art. 15 de la Constitución Española, permiten, a nuestro entender, acotar sin quebranto para la seguridad jurídica y para el principio de Taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de Integridad Moral, dado que ésta —como manifes-

tación directa de la dignidad humana— comprende tanto las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, de suerte que cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutado por funcionario público abusando de su cargo que, —sin causar lesión y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad, causa humillación, quebranto degradante de tales componentes personales a través de dichos efectos y con finalidades distintas de las comprendidas en el art. 174 predisponga, fuerce o compela al agredido o sufridor de aquéllos a actuar en una determinada dirección contra su voluntad o conciencia, encajaría en el precepto cuestionado dado que, aunque lo sea con carácter residual, en el mismo se tipifica un Delito especial impropio, implícitamente definido en las determinaciones precedentes y, concurrente en el supuesto enjuiciado, dadas sus circunstancias. En su consecuencia, ratificamos la anunciada desestimación del Recurso.

Sentencia 590/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 8 de abril de 2000

EXPLORACIONES RADIOLÓGICAS Y ASISTENCIA LETRADA.

Arts. 18.1 y 24.2 CE

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

SÍNTESIS

Se declara por la Sala que no es preceptiva la asistencia de letrado para la práctica al detenido de una exploración radiológica autorizada judicialmente y a la que el detenido ha decidido someterse voluntariamente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El Pleno, Sala de lo Penal de este Tribunal, por Acuerdo de 5 de febrero

de 1999, resolvió que “cuando una persona se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su

organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de Letrado ni la consiguiente previa detención con instrucción de sus derechos”.

Ahora bien, lo que sucede en el presente caso es que el hoy recurrente se hallaba en situación de detenido y por ello se trata de determinar si esto modifica la solución señalada e implica la violación del derecho fundamental (artículo 17.3 CE, que debe ser considerado, habida cuenta el ánimo impugnativo, aun cuando las citas del recurrente se refieran al 24.2 y al 18.1), con los efectos determinados en el artículo 11.1 LOPJ.

Ante todo debe despejarse cualquier duda en relación con el derecho a ser informado de forma inmediata de sus derechos y las razones de su detención, no pudiendo ser obligado a declarar, pues de los antecedentes consignados más arriba se deduce que dicha diligencia fue practicada y así consta en el expediente. La cuestión se refiere por lo tanto, como señala el segundo inciso del artículo 17.3 CE, a “la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establece”, y todo ello en relación con la exploración radiológica acordada que, habiendo sido autorizada judicialmente, excluye cualquier vulneración relativa al derecho a la intimidad como parece sostener el recurrente cuando señala la infracción del artículo 18.1 CE.

Dado los términos del Acuerdo del Pleno de la Sala que hemos transcrito, se refiere a supuestos en los que el examinado se somete voluntariamente a una medida administrativa sin que previamente se haya procedido a su detención por la Policía Judicial ex artículo 492 LECrim.

Es doctrina del Tribunal Constitucional (S.T.C. 252/1994 de 19 de septiembre), que recuerda la S. de este Alto Tribunal de 30 de septiembre de 1998, que “no es posible interpretar unitariamente, como dotado de un mismo contenido, el derecho a la asistencia

Letrada reconocido en los artículos 17.3 y 24.2 CE, dada la diversa función que esta garantía cumple en cada uno de ellos, en atención al bien jurídico protegido. Y, desde esta perspectiva, se ha mantenido que “el artículo 17.3 CE reconoce este derecho al detenido en las diligencias policiales y judiciales, como una de las garantías del derecho a la libertad protegido en el número primero del propio artículo, mientras que el artículo 24.2 CE lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido y por tanto, en relación con el acusado o imputado”. En consecuencia, y en atención a la diversidad de los derechos tutelados en cada uno de los referidos preceptos constitucionales, debe valorarse el alcance de la garantía de la asistencia Letrada que nuestra Constitución reconoce al detenido”, que funcionalmente implica asegurar el respeto de los derechos constitucionales del detenido, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad, libertad de declaración, asesoramiento técnico en los interrogatorios, incluido guardar silencio, su derecho a comprobar la fidelidad de la transcripción, concluyendo que “la garantía de la libertad personal que subyace al artículo 17.3 CE no alcanza a imponer la asistencia Letrada en los términos y en la intensidad propios de un proceso en curso”.

Cuarto.—El artículo 17.3 es desarrollado en materia de asistencia letrada al detenido y al preso por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, que modifica los artículos 520 y 527 LECrim. El primero de los artículos citados, en su apartado 2.c), determina que todo detenido será informado del derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales “de declaración e intervengan en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto”, refiriéndose el apartado 4.2, también del artículo 520 LECrim, “a la práctica de la declaración o del reconocimiento de aquél”, si transcurrido el plazo de ocho horas no compareciese injustificadamente Letrado alguno, y el apartado 6

acota el contenido de la asistencia del Abogado en los tres apartados que lo integran. Pues bien, ciertamente el indicado precepto no exige la asistencia de Letrado en la diligencia controvertida, cuya naturaleza no equivale a “una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos”. Por ello, al igual que sucede con otras diligencias, entrada y registro (S.T.S. citada de 30 de septiembre de 1998 y las referidas en la misma) o prueba de alcoholemia, no es preceptiva la presencia de Letrado, siempre y cuando se respeten los requisitos establecidos por la legislación para la práctica de las mismas. Si en el presente caso, además del reconocido sometimiento voluntario a la exploración radiológica, concurre autorización judicial fundada para su práctica, no es de apreciar conculca-

ción del derecho del recurrente a la asistencia Letrada que determine la nulidad del acto investigatorio consistente en la exploración radiológica previa a la imputación de un hecho constitutivo de delito (el artículo 492.4 LECrim establece la obligación de detener a la Autoridad o agente de Policía Judicial, “aunque todavía no se hallase procesado” el detenido, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1.º que la Autoridad o agente tenga motivo racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.º que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él. Ello en relación con el caso en el número anterior).

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

Sentencia 628/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 11 de abril de 2000

MEDIDAS DE SEGURIDAD Y CORRECCIÓN.

Arts. 21.2 y 104 Código Penal

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

SÍNTESIS

Entiende la Sala 2.ª del Tribunal Supremo que la medida de internamiento, en centro de deshabitación prevista en el art. 102 CP y aplicable, en virtud de lo dispuesto en el art. 104 CP a los semiimputables, esto es, a quienes se aprecie la eximente incompleta del art. 21.1 CP en conexión con el art. 20.2, debe ser de aplicación también en los casos en que se aprecie la circunstancia atenuante prevista en el art. 21.2 CP: obrar a causa de la grave adicción a las sustancias mencionadas en el art. 20.2 CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) 4. Conviene señalar en este apartado que el legislador del Código

Penal de 1995, que contiene una regulación importante del sistema vicarial en la regulación de las consecuencias jurídicas correspondientes al hecho delictivo, ha olvidado

contemplar una respuesta específica para el autor de un hecho delictivo bajo la concurrencia de una grave adicción que se integra en la atenuante del art. 21.2 del Código Penal. En efecto, los arts. 101 a 104 del Código Penal prevén específicas medidas de seguridad para adecuar la consecuencia jurídica correspondiente al delito con la culpabilidad del autor, estableciendo, con la amplitud necesaria para la multiplicidad de situaciones que pueden concurrir, un abanico de medidas tendientes a procurar la rehabilitación y reinserción del autor con su culpabilidad extinguida o reducida. Sin embargo, el Código no lo prevé, específicamente, para la situación de atenuación derivada de una adicción grave causal al delito cometido.

La jurisprudencia de esta Sala, con anterioridad a la vigencia del Código de 1995, había declarado que las medidas de seguridad previstas para las situaciones de exención o de exención incompleta eran también aplicables a los supuestos de atenuante de análoga significación del antiguo art. 9.10 en relación con el art. 9.1 y 8.1 del Código de 1973 (SSTS 13 de junio de 1990; 15 de septiembre de 1993), pues los mecanismos previstos por el legislador para atender situaciones de exención o de menor culpabilidad por situaciones de intoxicación, crisis carencial a sustancias tóxicas dirigidas a la rehabilitación y reinserción del toxicómano deben poder ser aplicadas, también, a los supuestos de disminución de la culpabilidad por una situación equiparable, aunque con una menor afectación de las facultades psíquicas.

La ausencia de una específica previsión normativa con relación a estimaciones en las que se encuentran personas cuya culpabilidad aparece reducida por una grave adicción, respecto a las que hemos declarado tienen sus facultades psíquicas deterioradas y a las que el tratamiento rehabilitador adecuado se presenta, desde los estudios científicos realizados, como la única alternativa posible para procurar su rehabilitación y reinserción social conforme postula el art. 25 de la Constitución nos obliga a interpretar la norma penal desde las finalidades de la pena y desde

las disposiciones del legislador teniendo en cuenta que, como señalamos en la STS 13 de junio de 1990 “sería absurdo renunciar a alcanzar las finalidades constitucionales de la pena a la reinserción y resocialización que la Ley penal específicamente prevé para la situación de menor culpabilidad a causa de la drogadicción”. Este criterio, que los estudios realizados siguen corroborando, debe rellenar la aparente laguna legislativa existente y declarar que la atenuante de grave adicción del art. 21.2 del Código Penal puede suponer el presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad en los términos del art. 104 del Código Penal.

La posibilidad de aplicar las medidas de seguridad a la atenuante de grave adicción resulta de una interpretación lógica de las disposiciones reguladoras de las medidas de seguridad a un supuesto ontológicamente semejante y, también, del art. 60 del Código Penal que al prever la posibilidad de sustituir la pena por la asistencia médica y, en su caso, de declarar extinguida o reducida la pena tras la curación, presenta como presupuestos la existencia en el condenado de una situación duradera de trastorno mental que le impide conocer el sentido de la pena, presupuestos que en el grave adicto concurren dados los daños psíquicos que produce la grave adicción y ser el tratamiento de deshabitación la única actividad sociosanitaria eficaz para alcanzar la recuperación del adicto.

Esta aplicación de las medidas de seguridad a situaciones de grave adicción, requiere unas previsiones de aplicación específicas, toda vez que la reducción de la culpabilidad no se presenta con la intensidad de la aplicación de la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el 20.1 y 20.2 del Código Penal. En este sentido, la resolución judicial debe valorar el cumplimiento de las finalidades de la pena, retribución, prevención general y especial, y las posibilidades, y garantías, de rehabilitación en cada caso concreto. En orden a su aplicación será preciso su adopción en un proceso contradictorio en el que se deberá partir de la voluntariedad en el tratamiento.

Sentencia 679/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 14 de abril de 2000

NEGATIVA A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR.

Art. 604 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia sintetiza la reciente línea jurisprudencial que entiende que la simple negativa en el momento de incorporación a filas no colma el tipo pues supone una tácita opción por la objeción de conciencia, que debió tramitarse.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Una nueva línea jurisprudencial que se apuntó ya en algunas resoluciones de esta Sala (como la de 11 de marzo de 1998), tras el Pleno no Jurisdiccional de 27 de febrero de 1998, en la cual se examinó el tratamiento penal que debe darse a la negativa a la prestación del servicio militar formulada en el momento de la presentación en el establecimiento militar donde había de prestarse el servicio, alegándose por el recluta objeción de conciencia, ha cristalizado en las recientes Sentencias de esta Sala de 28 de enero y 6 de abril de 2000, particularmente en esta última, en donde se trata de un caso idéntico al ahora sometido a nuestra consideración, ya que en dicha resolución el acusado manifestó su rechazo al cumplimiento de servicio militar forzoso por contradicción con sus ideas religiosas, como testigo de Jehová, expresando su negativa tanto a la prestación civil como militar. El delito por el que ha sido condenado quien ahora recurre, por cierto sin motivación alguna por la Sala sentenciadora, es el que

consiste en manifestar explícitamente, en el expediente incoado por la autoridad castrense, la negativa a cumplir el servicio militar “sin causa legal alguna” (art. 604 del CP 1995); sin embargo, en el caso enjuiciado no puede decirse que la negativa la hiciese “sin causa legal alguna” sino con una causa —la objeción de conciencia— que no solamente está reconocida en la ley, sino por el art. 30.3 de la Constitución española. No puede decirse que el acusado no presentó una solicitud (al menos, implícita) para ser declarado objetor de conciencia, pues ésta se admite hasta el momento mismo de su incorporación a filas, y hubiese sido razonable interpretar la manifestación de quien se negaba a realizar el servicio militar como una solicitud de que se le declarase objetor. En todo caso, los delitos de negativa a prestar el servicio militar (art. 604) y el de negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria (art. 527) son dos tipos penales distintos que requieren, para su integración, elementos también diversos. El primero se comete no presentándose a cumplir el servicio militar sin causa justificada o negándose

explícitamente a cumplirlo sin causa legal alguna, siendo en esta segunda modalidad delictiva de la que se ha considerado culpable al recurrente en la Sentencia de instancia. El segundo, por su parte, se comete, a tenor de lo dispuesto en el art. 527 CP 1995, cuando el objetor de conciencia, sin justa causa, deja de incorporarse al servicio social sustitutorio a que es llamado, lo abandona, o se niega al cumplimiento de la prestación. Pero, como dice la Sentencia citada en último lugar, “por el mero hecho de que quien se define como objetor anuncie, al tiempo que rechaza el cumplimiento del servicio militar, que tampoco aceptará la prestación

social sustitutoria, no queda integrado el delito previsto en el art. 604 CP”. Por ello, como señala la Sentencia de 28 de febrero de 2000, no podemos ahora plantearnos la aplicación del art. 527 del Código Penal, por ser un delito respecto al cual no se formuló acusación, sin perjuicio de que incoado en su día el oportuno expediente de objeción de conciencia, con asignación de destino, pueda integrarse dicho tipo penal si se dan los elementos normativos del mismo. Por consiguiente, procede estimar el motivo, casar la Sentencia recurrida y dictar otra absoluta, en base a las consideraciones que se dejan expuestas.

Sentencia 663/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 18 de abril de 2000

ROBO CON VIOLENCIA. ATENUACIÓN DE LA PENA.

Art. 242.3 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia ofrece una amplia consideración en torno a los criterios que deben regir la apreciación de la disminución de la pena del robo violento, prevista en el número 3 del art. 242 CP, en virtud de la “menor entidad de la violencia o intimidación ejercida” y “las restantes circunstancias del caso”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—Llegamos al motivo 5.º que, como ya hemos anticipado, tuvo el apoyo del Ministerio Fiscal y ha de estimarse.

Con amparo procesal en el n.º 1.º del art. 849 LECr, se alega infracción de ley por no haberse aplicado al caso el art. 242.3 CP.

Tal art. 242.3 permite sancionar los robos con violencia o intimidación en las personas con la pena inferior en grado a la prevista en el art. 242.1, “en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercitada y valorando además las restantes circunstancias del hecho”.

Esta norma constituye una interesante novedad del CP 95 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.

Lograr una mejor adaptación de la pena a las concretas circunstancias del caso es la razón de ser de este precepto, y ello nos conduce a la estimación de este motivo 1.º del recurso de casación que estamos examinando.

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, como 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. Entendemos que tal forma de expresarse hace posible la aplicación de este art. 242.3 en los casos en que concurre la circunstancia agravante de reincidencia, 8.ª del art. 22.

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 imprescindibles 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 básica a imponer (la del 242.1.º o la del 242.2.º) 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) A la hora de aplicar estos criterios al caso presente, en primer lugar hay que entender que el hecho de abalanzarse sobre la víctima para lograr su caída al suelo y aprovechar esta circunstancia para quitarle el dinero que llevaba en la mano (la empujó y le quitó el dinero, dijo M.^a del Mar en su única declaración, la prestada en el juicio oral) encaja perfectamente en ese concepto de “menor entidad de la violencia” que recoge literalmente el art. 242.3. Y en cuanto a “las restantes circunstancias del hecho”, la única digna de tenerse en cuenta a los efectos aquí examinados es la relativa a la escasa cuantía de lo sustraído, 4.870 pts., que es un dato más en favor de la aplicación de esta norma penal.

El Ministerio Fiscal en el acto de la vista, al apoyar este motivo, solicitó expresamente la pena de un año de prisión, que constituye el mínimo legalmente posible y es la que hemos de imponer.

Sentencia 729/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 24 de abril de 2000

ROBO EN CASA HABITADA. ESCALAMIENTO.

Arts. 238 y 241 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se califica de robo con fuerza en las cosas, modalidad de escalamiento, con aplicación del subtipo agravado relativo a la realización del hecho en casa habitada o sus dependencias, un supuesto en el que una persona sube a hombros de otro, accediendo así a una terraza de la que se lleva una jaula con dos canarios. Dada la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, la pena se eleva a tres años, seis meses y un día, si bien la Sala sentenciadora solicita indulto parcial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El art. 241.3 del Código Penal dispone que “se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física”. Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente al respecto, objetivando esta circunstancia, al no exigir para su apreciación que el agente conozca que está habitada o incluso que en la ocasión del robo no hay moradores en la vivienda —Sentencias 20 de junio de 1988, 6 de octubre de 1988—. El fundamento de la agravación consiste no sólo en la peligrosidad del robo en casa habitada ajena (incluso aunque el delincuente se haya cerciorado de la ausencia de los moradores), sino también en la mayor antijuridicidad que acompaña el ataque suplementario a lo que constituye marco de intimidad merecedor de

protección añadida —Sentencias 5 de julio de 1988, 9 de febrero de 1988—. Por otra parte, como señalan las sentencias de 11 de mayo de 1988 y 6 de octubre de 1988 y otras en sentido análogo, es totalmente irrelevante a los efectos penados, el que se halle real y permanentemente habitada o sirva tan sólo a dichos fines en épocas indeterminadas e inconcretas. En cuanto a dependencias de casa habitada, deben considerarse como tales las terrazas o balcones, por ser contiguos al edificio y en comunicación interior con él, sino en realidad por formar una unidad física con la propia vivienda, ya que, cuando existen tales terrazas, son parte integrante de los pisos, tienen comunicación propia, no son accesibles sino mediante la entrada a la vivienda y a través de una de sus habitaciones, y se reseñan registralmente como parte de un piso o finca, habiendo, incluso, la jurisprudencia de esta Sala considerado como tales dependencias los garajes, cuando no son de libre acceso, sino de limitada entrada

(Sentencia de 28 de abril de 1998). De modo que en el caso enjuiciado en estos autos, se declaró probado por la Sala sentenciadora que los acusados treparon “hasta la terraza”, “apoderándose así en dicha terraza” de los objetos sustraídos, lo que significa que estaban “dentro de” ella. Como dice el Ministerio fiscal, al impugnar este recurso, si bien el relato fáctico es escueto, no lo es menos que es claro e irreprochable, máxime si se toma en consideración la apreciación directa de la Sala sentenciadora de las manifestaciones del perjudicado referidas al lugar donde se encontraban los efectos, de lo que deja constancia en el primero de sus fundamentos jurídicos (“... lograron alcanzar dicha terraza”), valorando el Tribunal Provincial la declaración testimonial de José Manuel A. B., que “presenció cómo los acusados y por el procedimiento indicado, accedían a la terraza de referencia”, y del testimonio del propietario de la vivienda, Sebastián L.B., que concretó el sitio en donde fueron sustraídos los objetos.

Cuarto.—En relación con el escalamiento (art. 238.1 CP 1995), esta Sala viene utilizando un concepto amplio de escalamiento que enlaza con los precedentes históricos que definieron el escalamiento expresamente con la expresión siguiente: “cuando se entre por una vía que no sea la destinada al efecto”, concepto legal que desde 1848 se ha venido repitiendo en los diferentes Códigos Penales españoles hasta que desapareció en 1944, considerándose el escalamiento como una de las modalidades que permiten calificar un hecho como delito de robo con fuerza en las cosas y no como delito o falta de hurto. No obstante tal desaparición de la definición legal, la jurisprudencia de esta Sala ha venido haciendo uso reiterado de ese concepto, de tal modo que en los casos de entrada por una ventana, abierta o cerrada, cualquiera que sea la altura a que esté situada, se considera que concurre esta particular circunstancia constitutiva del robo con fuerza en las cosas. Véanse las Sentencias de esta Sala de 20 de mayo de 1992, 22 de septiembre de 1992, 28 de octubre de

1992, 25 de marzo de 1993 y las muchas que en éstas se citan (STS 28 de diciembre de 1998). En alguna Sentencia de esta Sala (cfr. STS 20 de marzo de 1990), se ha afirmado que el escalamiento “sólo se debe apreciar cuando en la utilización de vías no destinadas al efecto, el autor exterioriza, en el caso concreto, una energía criminal equiparable a la que caracteriza a la fuerza en las cosas, es decir, que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad”. En definitiva, la doctrina de este Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que escalar no equivale a su significación gramatical de trepar, ascender o subir, ni siquiera entrar por vía no destinada al efecto, sino que implica llegar a las cosas muebles ambicionadas por el agente, por vía insólita o desacostumbrada, distinta al acceso natural y a la que el titular de los bienes utiliza de ordinario (SSTS, entre otras muchas, de 31 de mayo y 28 de junio de 1985; 22 de enero de 1988, 22 de septiembre de 1992, etc.). De lo expuesto, se deduce que la acción conjunta de ambos acusados, entrando por vía insólita o desacostumbrada, subiéndose uno encima del otro, para así trepar hasta la terraza en donde se encontraban los objetos sustraídos, es acción constitutiva de escalamiento, aspecto éste, por lo demás, ni siquiera combatido por el recurrente.

Quinto.—De todo lo expuesto no cabe sino concluir la desestimación del recurso de casación, en cuanto es función de este Tribunal Supremo, entre otras, la de controlar la legalidad en la aplicación de la ley por los Tribunales, unificando la doctrina para garantizar la seguridad jurídica, lo cual no significa que, como apunta la Sala sentenciadora, dada la escasa trascendencia económica de lo sustraído, y de la pena a imponer por el juego de la circunstancia agravante de reincidencia, se solicite, en los mismos términos que se disponen en el fallo recurrido, el indulto parcial por vía de lo disciplinado en el art. 4.3 del Código Penal, aspecto éste que esta Sala plenamente comparte.

Sentencia 715/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 27 de abril de 2000

RECOGIDA DE HUELLAS Y DICTAMEN PERICIAL DACTILOSCÓPICO.

Arts. 282, 326 y 786.2.º LECrim. y Real Decreto 769/1987, de 17 de junio, regulador de la Policía Judicial

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

SÍNTESIS

La interpretación racional de los arts. 326 y concordantes de la LECrim. es la de que la labor especializada de búsqueda de vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito en el lugar de los hechos compete al personal técnico especializado de la Policía Judicial, bajo la superior dirección del Instructor pero sin necesidad de su intervención personal. Se pronuncia igualmente la Sala sobre la efectividad probatoria del dictámen pericial dactiloscópico, como prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el tercer y cuarto motivo de recurso se impugna la validez y eficacia probatoria de la prueba dactiloscópica, fundamentándose la presunta invalidez en no haberse recogido las huellas por la Autoridad Judicial, como según el criterio de la parte recurrente impone el art. 326 de la L.E.Criminal, y en cuanto a su efectividad probatoria en el hecho de que dicha prueba únicamente acredita la presencia del acusado en el vehículo pero no su participación en el asesinato.

En relación con la primera alegación ha de recordarse, siguiendo el criterio expresado en la sentencia número 267/99 de 24 de febrero, que los arts. 326 y concordantes de la L.E.Criminal han de ponerse en relación

con los arts. 282 y 786.2.º de la misma ley y con el Real Decreto 769/1987, de 17 de junio, regulador de las funciones de la Policía Judicial, de cuya combinada aplicación se deduce la interpretación racional de la norma en el sentido de que la labor especializada de búsqueda de vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito en el lugar de los hechos compete al personal técnico especializado de la Policía Judicial, bajo la superior dirección del Instructor pero sin necesidad de su intervención personal, al no constituir la búsqueda, recogida y conservación de huellas dactilares una función que entre en el ámbito de conocimientos y experiencia del Juzgador sino en el de la Policía Judicial. En consecuencia no se ocasiona indefensión alguna por el hecho de que las huellas hayan sido recogidas por los servicios policiales especializados —siguiendo

las instrucciones judiciales (folio 112)— dado que dicha actuación no ha sido valorada en la sentencia como prueba preconstituida —lo que exigiría la intervención judicial— sino como diligencia de investigación, posibilitadora de la práctica de la prueba en sentido estricto, que es la emisión del dictámen pericial sometido a contradicción en el juicio oral.

En relación con la segunda impugnación (motivo cuarto) que niega la eficacia probatoria del dictámen pericial dactiloscópico, ha de recordarse que esta Sala ha reconocido reiteradamente la efectividad probatoria del dictámen pericial dactiloscópico como

prueba hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (Sentencias, entre otras muchas, de 17 de marzo o 30 de junio de 1999), y si bien es cierto que como recuerda la sentencia de 31 de diciembre de 1999, entre otras, únicamente prueba la estancia del acusado en el lugar del hecho pero no su participación en el delito, también lo es que, en el caso actual, y puesta en relación con los demás elementos probatorios concurrentes y las propias manifestaciones del acusado, la presencia no explicada de la huella dactilar del acusado en el vehículo utilizado para la comisión del atentado, confirma racionalmente su participación en el acto terrorista enjuiciado.

Sentencia 732/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 27 de abril de 2000

ALZAMIENTO DE BIENES.

Arts. 257, 258 Código Penal

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

SÍNTESIS

Exposición amplia y clara de los elementos que tienen que concurrir para estimar procedente el delito de alzamiento de bienes, con especial consideración del concepto de “insolvencia”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El delito de alzamiento de bienes aparecía sucintamente definido en el art. 519 del CP anterior. Ahora se encuentra regulado con una mayor extensión en los arts. 257 y 258 del CP vigente. Sin embargo, en ambas regulaciones, obedece a la misma finalidad: la necesidad de mantener íntegro

el patrimonio del deudor como garantía universal en beneficio de sus acreedores (art. 1911 del Código Civil).

Pese a la mencionada mayor extensión de su regulación actual, las diversas figuras de este delito que aparecen recogidas en tales arts. 257 y 258 responden a la definición que nos daba el art. 519 del CP anterior y

que ahora recoge el n.º 1 del apartado 1 del art. 257 del CP actual que sanciona al “que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores”.

Prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentra dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse.

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore dónde se encuentra, o de modo más sofisticado, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen 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 utiliza el mencionado artículo 257.1.1. 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 ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.^a La intención de perjudicar constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.^a Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal al incluir todos ellos el mismo Capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación “De las insolencias punibles,” de modo semejante al CP 73.

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 ningún otro requisito para la existencia del delito del artículo 257.1.1.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de

otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo 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. En definitiva, algo que se encuentra insito en el mismo concepto de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y que no puede constituir un elemento del tipo nuevo a añadir a la definición del artículo 257.1.1 del Código Penal, salvo que se entienda en la forma antes expuesta.

Sentencia 744/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de abril de 2000

DROGADICCIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL.

Arts. 20.2, 21.1 y 21.2 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia ofrece una clara síntesis de los distintos efectos de la drogadicción sobre la responsabilidad penal de conformidad con los criterios acuñados por la jurisprudencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.—(...) 2. El nuevo Código Penal aborda la incidencia de las drogas tóxicas o estupefacientes desde distintas situaciones a las que se corresponden distintas consecuencias.

El examen de las causas de exención o de atenuación de la responsabilidad criminal permite comprobar que son dos los presupuestos que deben ser comprobados. De una parte, la existencia de un presupuesto biopatológico que debe concretarse en un estado de intoxicación, en un síndrome de abstinencia resultante de la carencia, o en una grave adicción. En su determinación las pruebas periciales son básicas para afirmar la existencia de su necesaria concurrencia. De otra parte, el presupuesto psicológico, que se concreta en la imposibilidad de comprender la ilicitud del acto, la de actuar conforme a esa comprensión, o la de actuar a causa de la grave adicción, esto es, en este supuesto la adicción se relaciona con la actuación delictiva. También en su acreditación, la prueba pericial es determinante. En

el supuesto de la atenuante del número 2 del art. 21 “actuar el culpable a causa de su grave adicción”, lo determinante es la constatación de la grave adicción, presupuesto biopatológico, y la relación de causalidad que predica el tipo de la atenuación.

En esta situación que genera la atenuación el legislador ha dado carta de naturaleza a la jurisprudencia de esta Sala que señalaba que el adicto a sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud de larga duración, por el hecho de padecerla, ya presenta unas graves alteraciones psíquicas “en la medida en que esa adicción genera una actuación delictiva que se realiza sobre una concreta dinámica comisiva”. El legislador contempla en este supuesto a la denominada delincuencia funcional en el que la adicción prolongada y grave lleva a la comisión de hechos delictivos, normalmente contra el patrimonio, con la finalidad de procurar medios con los que satisfacer las necesidades de la adicción. De alguna manera el presupuesto biológico y el psicológico convergen en la declaración de grave adicción pues hemos declarado que la grave adicción daña y

deteriora las facultades psíquicas del sujeto que la padece, se integra como una alteración psíquica de la personalidad con entidad suficiente para la aplicación de la atenuación, pues esa grave adicción incorpora en su propia expresión una alteración evidente de la personalidad merecedora de un menor reproche penal y de la aplicación, si procede, de las medidas que el Código contempla para potenciar la deshabitación, bien como sustitutivos penales, bien en ejecución de la penalidad impuesta.

Acorde a lo anteriormente expuesto, el Código contempla la incidencia de la drogadicción en la responsabilidad penal bajo las siguientes alternativas: eximente, cuando el sujeto, por intoxicación plena o bajo los

efectos del síndrome de abstinencia, carezca de capacidad para comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. De eximente incompleta, bajo los mismos presupuestos de la eximente si no concurren los requisitos para la exención, es decir, si el presupuesto psicológico determina una merma o reducción importante de las capacidades para comprender la ilicitud o actuar conforme a esa comprensión. La simple atenuante contempla los supuestos de grave adicción, afectante en los términos vistos de las facultades psíquicas del sujeto que ve compelida su voluntad a la producción de determinados hechos delictivos. (Cfr. SSTS 31 de julio de 1998, 23 de noviembre de 1998; 27 de septiembre de 1999; 20 de enero de 2000).

Sentencia 758/2000, Sala de lo Penal del T.S., de 28 de abril de 2000

APROPIACIÓN INDEBIDA: ABUSO DE RELACIONES PERSONALES.

Arts. 250.7 y 252 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia se ocupa con el problema de en qué medida se lesiona el “non bis in idem” apreciando, en un delito de apropiación indebida, la agravación prevista en el art. 250.7 CP: abuso de relaciones personales, por lo que pudiera tener de inherente a la comisión de aquel delito. Concluye que la agravación citada sólo puede venir en consideración en supuestos excepcionales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En el tercer motivo, también formalizado por error de derecho, denuncia

la indebida aplicación del art. 250.1.7 del Código Penal, la agravación derivada de su comisión con abuso de relaciones personales, afirmando que esta agravación es inhe-

rente al delito de apropiación indebida. Con cita jurisprudencial y doctrinal destaca la vulneración del principio “non bis in idem” al aplicar el tipo penal de la apropiación indebida y la agravante específica del abuso de relaciones personales, al contemplar desde una doble norma jurídica un mismo hecho, el abuso de confianza.

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina cuando han razonado sobre la estructura típica del delito de apropiación indebida han destacado como elemento la existencia de un abuso de confianza “de tal modo que la infracción de la obligación adquirida no constituya tan sólo un incumplimiento contractual sino también una defraudación de la confianza depositada, conducta por ello merecedora de una reprochabilidad penal” (STS 11 de octubre de 1995, 4 de octubre de 1996, 21 de abril de 1999, por todas en sentido análogo). En el mismo sentido, se ha declarado que la antigua agravante genérica del abuso de confianza era incompatible con aquellos delitos en los que el abuso de confianza estaba implícito en su estructura, como la estafa y la apropiación indebida (STS 28 de junio de 1989).

Pero el Código Penal de 1995 recoge como agravación específica del delito de apropiación indebida una figura, que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza, el abuso de relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o el aprovechamiento de su credibilidad empresarial o profesional, caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza que se

quebranta en la apropiación indebida. Si cada apropiación indebida supone un quebranto de una confianza depositada en el sujeto activo, la aplicación del tipo agravado supone un “plus” en esa relación de confianza “distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cobija la relación de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo” (STS 3 de enero de 2000).

La aplicación del tipo agravado por el abuso de relaciones personales o de credibilidad empresarial o profesional quedará reservada a aquellos supuestos, ciertamente excepcionales, en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico del delito de apropiación indebida, se realice la acción típica desde la situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones, previas y ajenas, a la relación jurídica subyacente, en definitiva, un “plus” que hace de mayor gravedad el quebranto de confianza de la apropiación indebida.

En el supuesto objeto de la censura casacional, la relación de amistad existente entre las perjudicadas y una de las autoras de la apropiación, a la que se ha aplicado el tipo agravado, fue, precisamente, la que generó la relación de confianza de la dinámica comisiva de la apropiación, por lo que no es de aplicación la agravación aplicada en la sentencia y el motivo debe ser estimado, sin que esa relación de amistad integre el presupuesto de la agravación, sin perjuicio de que el tribunal de instancia, atendiendo precisamente a esa amistad la tenga en cuenta en la individualización de la pena.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 4 de enero de 2000

DERIVACIÓN DEL PROBLEMA DE LA CONCURRENCIA CONCAUSAL DE CULPAS A LA APLICACIÓN DE LA ATENUANTE DE ANÁLOGA SIGNIFICACIÓN DE LAS ANTERIORES.

Art. 21.6 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Rosa Fernández Palma**

SÍNTESIS

En estos casos nos encontramos más bien ante un supuesto de confluencia de riesgos o de responsabilidad múltiple que, aunque no permiten deschar por completo la responsabilidad del autor por imputación objetiva, sí ha de tener consecuencias en la determinación de la pena, modulando la misma mediante la atenuante del art. 21.6 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) En materia de compensación de culpas en el ámbito penal se ha observado en las últimas décadas una mar-

cada evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En un primer momento el criterio jurisprudencial era de total rechazo a la apertura del ámbito punitivo a las tesis civilistas de la compensación de culpas.

Desde este punto de vista la contribución de la víctima a la producción del resultado lesivo sólo podía ser objeto de valoración en la fijación del "quantum" indemnizatorio (vid. SSTs de 19 de junio de 1972, 28 de marzo de 1985 y 6 de febrero de 1987). Hacia mediados de los años ochenta se observa una importante evolución en la que el Tribunal Supremo comienza a utilizar la llamada concurrencia concausal de culpas para destacar la aportación de la víctima al suceso, planteándose básicamente la cuestión en el ámbito de la relación de causalidad (cfr. SSTs de 27 de enero de 1984, 6 de febrero de 1987, 28 de marzo de 1985, 16 de mayo de 1988, 25 de octubre de 1988 y 24 de mayo de 1991). La asunción por parte del Tribunal de criterios de imputación objetiva, ofrece el último estrado de evolución en esta materia, perfilándose la cuestión como participación de la víctima en el riesgo generador o incrementador del riesgo, cuyos efectos se hacen sentir dogmáticamente en sede de imputación objetiva, pudiendo significar, en su caso, la declaración de atipicidad del comportamiento del autor, o, al menos una disminución de injusto, bien por la vía de llamada degradación de la imprudencia, bien a través de la aplicación de una atenuante analógica (vid. de 4 de julio de 1984 y SSTs de 17 de julio de 1990).

(...) Se ha afirmado que para que resulte plausible la imputación del riesgo al ámbito de la víctima es necesario: que la actividad generadora del riesgo permanezca dentro de los márgenes de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, esto es, dentro del margen de riesgo asumido por la víctima en ejercicio de su autonomía personal, sin que se traspasen los límites de la organización conjunta; que la víctima no carezca de responsabilidad o padezca defectos cognitivos que hayan sido instrumentalizados por el autor; y que el autor no tenga encomendados deberes jurídicos de protección en relación con los bienes de la víctima.

En el presente caso, y en relación con el primero de los elementos mencionados debe

precisarse que solo aquéllos factores de riesgo que se presenten como inevitables, inherentes, a la actividad —elegida por la víctima en función de su autonomía—, pueden entenderse incluíbles dentro de lo organizado conjuntamente. Dicho de otro modo, en el supuesto actual la elección de la actividad de riesgo de la víctima se circunscribe a los factores derivados de la circulación a velocidad inadecuada al terreno, así como de los derivados del uso de la motocicleta por más de una persona (...)

(...) si resulta adecuado plantear la cuestión no como un problema de compensación de culpas, sólo viable en el ámbito civil, sino, utilizando terminología del Tribunal Supremo, como concurrencia concausal de culpas (...) de acuerdo con el informe técnico obrante en autos, puede afirmarse que dos son las causas que contribuyen a la producción del resultado final, la excesiva velocidad de la motocicleta y la presencia del obstáculo en la vía, determinándose en aquél que, si bien ambas aportaciones contribuyen al resultado, la segunda resulta decisiva, teniendo en cuenta la falta de iluminación y señalización del mismo, así como ausencia de advertencias sobre el acceso a propiedad privada, por cuanto, se afirma, el accidente se hubiera producido igualmente si la velocidad hubiese sido adecuada a las características del terreno, si bien de menores consecuencias y lesividad. Planteada así la cuestión, debe valorarse si, pese a todo puede negarse en este supuesto la imputación objetiva del resultado, esto es, se trata de verificar si pese a que se ha determinado la tipicidad de la conducta del autor, es posible imputar el resultado acaecido al comportamiento de aquél. Sin embargo, y entrando ya en esta última cuestión, no puede afirmarse que exista desconexión entre el riesgo creado por el autor y el resultado final producido, ni que el factor aportado por la víctima posea tal autonomía como para neutralizar el generado por aquél. Nos encontramos más bien ante un supuesto de confluencia de riesgos, de responsabilidad

múltiple en el que existían deberes de control recíprocos de uno y otro, que, si bien no permite desplazar por completo la responsabilidad del suceso al ámbito de la víctima, y en consecuencia la negación de la imputación objetiva, sí ha de tener consecuencias en la modulación de lo ilícito del hecho, y por tanto en la fijación de la pena, mediante el recurso a la aplicación de la circunstancia atenuante de análoga significación del art. 21.6.^a

(...) aun cuando el art. 638 C.P. releva a los Tribunales de ajustarse en la individualización de la pena a las reglas establecidas en los arts. 61 a 72 del Código Penal, lo cierto es que éstas tienen un indudable valor orientador, dado que, de cualquier manera, la pena, por imperio de los principios de proporcionalidad —art. 1 C.E.—, y de culpabilidad (art. 10 C.E.) debe ser adecuada a la gravedad del hecho.

Sentencia 1/2000, AP MADRID, Sec. 6.^a, de 7 de enero de 2000

LA CONFORMIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO, UNA VEZ FIJADA FECHA PARA EL INICIO DEL JUICIO ORAL PERO ANTES DE SUS SESIONES.

Art. 50.2 y 3 LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Jesús Serrano Gassent**

SÍNTESIS

La Ley sobre el Tribunal del Jurado prevé que la conformidad del acusado con la calificación y la pena solicitada por el Ministerio Fiscal (o la más grave de las partes acusadoras, si las hubiere) se produzca bien al evacuar su escrito de conclusiones provisionales (art. 29.2 LOTJ), bien al sostener oralmente ante el jurado sus conclusiones definitivas (art. 50 LOTJ). No se prevé por la Ley el proceder cuando la conformidad se manifiesta una vez fijada fecha para el inicio del juicio oral, pero con anterioridad a las sesiones del mismo, que es el supuesto del que trata la sentencia. Mediante una interpretación sistemática —fundamentalmente teleológica— de los preceptos análogos de la LOTJ y de la LECrim., la sentencia, alegando razones de economía procesal, opta por no constituir un jurado que, de hecho, se vería privado en la práctica de conocer de la causa y opta, tras oír al acusado y a su defensa, por dictar la sentencia conformada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Segundo.—Tras la personación de las partes ante (la) Audiencia (...), se fijaron los hechos justiciables, se efectuó declaración sobre la pertinencia de las pruebas propuestas por las partes, se señaló (...) la vista del juicio oral (...) y se ordenó la celebración del sorteo para designación de los miembros del Tribunal de Jurado.

Tercero.—Realizados los trámites correspondientes y antes del día señalado para la celebración del Acto del Juicio, por la defensa del acusado se realizó una comparecencia solicitando la celebración de una vista previa a efectos de una posible conformidad. Por providencia (...) se señaló (...) día (para) la celebración de dicha comparecencia, en cuyo acto el M. Fiscal modificó sus conclusiones y calificó los hechos como constitutivos de un delito de amenazas del art. 169.1.º inciso final, del Código Penal (...) sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, procediendo la imposición de la pena de seis meses de prisión y pago de costas.

En dicho acto, y por el Magistrado Presidente, ante la posibilidad de sustituir en sentencia la pena solicitada por el Ministerio Fiscal por la de multa, se solicitó de las partes el correspondiente informe, a lo que no se opuso el Ministerio Fiscal, solicitando la Defensa dicha sustitución.

A continuación el Magistrado Presidente preguntó al acusado si se confesaba autor del delito que se le imputaba y se mostraba conforme con la pena solicitada por el Ministerio Fiscal y sustituida por la pena de multa de 360 días, con una cuota diaria de doscientas pesetas, a lo que contestó afirmativamente y como la Letrado defensora no estimó necesaria la celebración del juicio de jurado, se declaró el mismo concluso para sentencia (...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Plantea esta causa, en la forma en que ha discurrido, un problema procesal que requiere análisis previo a cualesquiera otras cuestiones relativas a la fundamentación de la presente Resolución.

En efecto, carece la norma reguladora del Tribunal del Jurado de previsión específica, cuando menos expresa, acerca de situaciones como la que aquí se nos presenta, es decir, para el supuesto de conformidad del acusado y su defensa con la tesis acusadora, cuando ésta se produce una vez recibidas las actuaciones en el Órgano encargado del enjuiciamiento y antes de la constitución del Jurado.

(...) el art. 29.2 de la LOTJ, al remitir, en cuanto al posible contenido del escrito de calificación de la defensa en contestación al correspondiente de la acusación por el que se solicita la apertura del juicio oral, a lo dispuesto en el art. 652 de la LECrim. está abriendo la posibilidad de que en el mismo se manifieste si se está conforme con las conclusiones acusatorias, lo que permite, a su vez, que el Tribunal, sin más trámites, de cumplirse el resto de los requisitos previstos en el art. 655 del mismo cuerpo legal, pueda dictar “la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada”. Lo que suscita, por otra parte, en el procedimiento que nos ocupa, ciertas interrogantes respecto de los pasos a seguir tras esa conformidad, toda vez que aquí, a diferencia de lo que ocurre en el Ordinario, el trámite de conclusiones provisionales no se produce ante el órgano Juzgador, sino en fase de instrucción. Interrogantes que, en todo caso, no nos afectan en este momento.

Asimismo el art. 50 de la mentada LOTJ, alude, como causa de disolución del Jurado, a fin de que el Magistrado-Presidente pueda dictar, sin más, la Resolución pertinente, si concurren el resto de condiciones que en ese mismo precepto se enumeran, a aquella oca-

sión en que las partes “...interesaren que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que presentaren en el acto, suscrito por todas...”

Se contemplan, pues, dos momentos, para la posible concurrencia de la conformidad del acusado, a saber: 1.º al tiempo de la contestación al escrito de solicitud de juicio oral y calificación acusadora provisional (art. 29.2 LOTJ); o 2.º una vez concluida la práctica de la prueba, en el Juicio oral ante el Tribunal del Jurado, tras las conclusiones definitivas de la acusación y en la contestación a la misma (art. 50 LOTJ), lo que conlleva a la disolución del Jurado, sin alcanzarse la fase de Veredicto.

Omitiéndose, por tanto, en la Ley reguladora del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, referencia directa al mecanismo contemplado en la Ley de ritos, en sus arts. 688, para el Procedimiento Ordinario, y 793.3, para el Abreviado, para la conformidad del acusado, al inicio del Juicio Oral y antes de la práctica de las pruebas. Aunque no habría dificultad alguna en aceptar con base en el art. 42.1 de la LOTJ, que dispone que “Tras el juramento o promesa, se dará comienzo a la celebración del juicio oral siguiendo lo dispuesto en los arts. 680 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, la posibilidad de prestar la conformidad, ante el Jurado, en el momento a que se refiere el ya mencionado art. 668, lo que conduciría también, obviamente, caso de

proceder dictar Sentencia acogiendo esa conformidad, a la inmediata disolución del Jurado, antes de la práctica de prueba alguna.

Pero carecería, en ese caso, de sentido, a nuestro Juicio, que, conocida, antes del comienzo del Juicio Oral y de la Constitución del Jurado, como en nuestro caso ocurre, la voluntad de conformidad del acusado, se proceda a esa constitución con el exclusivo objeto de escuchar la conformidad para, seguidamente, sin mayor intervención, pasar a su Disolución, a fin de que se dicte Sentencia, por el Magistrado Presidente, de acuerdo con la conformidad entre las partes. Ello iría contra la más elemental economía procesal y, lo que es más, contra la esencia misma de la institución del Jurado, ante la segura inutilidad de su presencia en un acto que no va a requerir de pronunciamiento alguno de su parte, ya que la Ley reserva, en el único lugar en el que aborda esta cuestión (art. 50.1, 2 y 3 de la LOTJ.), tan sólo al Magistrado Presidente y no al Jurado, la facultad de comprobación y censura de la pertinencia y viabilidad de la conformidad manifestada.

Es por ello que se ha optado, en este caso, por eludir, una vez cumplidos los requisitos propios de toda conformidad, que garantizan, especialmente, la voluntariedad de la misma, por parte del propio acusado, y la aquiescencia de quien, como Letrado defensor, le asiste, el trámite de Constitución del Jurado, pasando directamente a dictar la presente Resolución condenatoria.

Sentencia 28/2000, AP VALENCIA, de 18 de enero de 2000

PRESCRIPCIÓN.

Art. 131.2 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Pilar Manzana Laguarda**

SÍNTESIS

En este supuesto, a diferencia de otro recogido en este mismo número de la revista, la Audiencia no aplica el plazo de prescripción de los delitos sino el de las faltas. Sin embargo, uno y otro supuestos de hecho son distintos. En el caso de la Sentencia 632/99 de la Sección Octava de la Audiencia de Barcelona, el procedimiento se siguió por delito inicialmente, aunque la sentencia definitiva penó por falta. En la hipótesis que ahora consideramos, cuando se presenta la querrela, la falta ya estaba prescrita, no tratándose de que el plazo de prescripción transcurra durante la tramitación del procedimiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La sentencia recurrida (...) declaró probados los hechos siguientes: El día 16 de febrero de 1996 Justo N.N., José María F.C. e Ignacio de L. interpusieron querrela por desacato, calumnias, acusación y denuncia falsa contra Teófilo D.C.A. y Ferrán B.P. quedando transformado el procedimiento en juicio de faltas por injurias (...).

Segundo.—El Fallo de dicha sentencia apelada absolvía libremente a Teófilo D.C.A. y Ferrán B.P. de la falta de injurias imputada.

Tercero.—Notificada dicha sentencia a las partes, por Justo N.N., José María F.C. e Ignacio de L. se interpuso contra la misma recurso de apelación ante el órgano judicial que la dictó, en el que sustancialmente alegó

error en la apreciación de la prueba e incongruencia de la sentencia (...).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Ante la alegación y prosperabilidad de la prescripción de la falta objeto de imputación, en su día, y hoy de revisión a través del presente recurso, alegada por la dirección letrada de la segunda parte apelada, procede, en primer término pronunciarse acerca de ella. Y ello por cuanto aun cuando si bien es cierto que el recurso de apelación viene delimitado objetivamente al conocimiento de las pretensiones que deducen las partes apelantes sin otras limitaciones que la “reformatio in peius” no menos cierto es que el instituto de la prescripción es de orden público lo que supone que pueda y deba ser apreciada de oficio y sin que el “onus

probandi” deba recaer en la parte que la invoca a su favor (...).

Segundo.—Pues bien debe declararse la prescripción de la falta objeto de imputación y en consecuencia no entrar a conocer del recurso de apelación interpuesto acerca de si fueron bien o mal valoradas las pruebas en las que el Juzgador de instancia formó su convicción, en la medida en que la presunta injuria se produjo el día de la publicación en el diario L. en fecha 20 de junio de 1995 del mencionado artículo, y de que la querrela se dedujo en fecha 22 de diciembre, y ello aplicando la doctrina emanada de la sentencia del TS de fecha 21 de mayo de 1996 ratificada por otras posteriores que establece que debe estarse a los efectos de la prescripción al título de imputación y no a la calificación posterior de los hechos con estas palabras que a continuación se transcriben: “es cierto que la doctrina de esta Sala —no sin ciertas excepciones— mantiene el criterio de que cuando lo que se está persiguiendo es un delito, aunque en el último

momento las acusaciones o el propio Tribunal estimen más correcta la calificación de los hechos como falta, la seguridad jurídica y el propio principio de confianza imponen estimar que el plazo de paralización del procedimiento determinante de la prescripción sea el del delito perseguido y no el de la falta... dicha doctrina no es aplicable a supuestos como el actual en el que no se trata de valorar a efectos de prescripción de la relevancia de una paralización procesal producida en un procedimiento por delito sino de un supuesto en el que el plazo prescriptivo de la infracción materialmente cometida ya había transcurrido totalmente cuando se inició el procedimiento penal, es decir, que la falta ya estaba prescrita cuando se formuló la querrela (...).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Magistrada ha decidido desestimar el recurso de apelación interpuesto por Justo, José María e Ignacio.

Sentencia 18/2000, AP MADRID, Sec. 6.ª, de 21 de enero de 2000

EL SUJETO ACTIVO DE LA FALTA DE REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES SIN SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Art. 636 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Serrano Gassent**

SÍNTESIS

La imposibilidad del acceso a la casación de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales está llevando en algunos supuestos como el presente a una disparidad incongruente en la aplicación de algunos tipos penales, fundamentalmente en aquéllos que se introducen por primera vez en nuestro Derecho Penal por el Código de 1995. Tal es el caso del art. 636 Código Penal. La sentencia seleccionada considera que sólo puede ser

sujeto activo de esta infracción penal el conductor que realiza la actividad, sabedor de que el vehículo carece de seguro obligatorio. No obstante, como ya advertimos, este criterio no es el único y en este mismo número de la Revista incluimos otra sentencia que adopta diferente criterio de interpretación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El tercero de los motivos del recurso interpuesto invoca que el art. 636 del Código Penal sanciona al que realizare actividades careciendo del seguro obligatorio, por lo que es responsable de la falta el que cometa el acto no estando asegurado, responsabilidad que no puede recaer en el recurrente en cuanto que no conducía el vehículo.

(...) el artículo 636 del Código Penal, al castigar al que “realizare actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran reglamentariamente”, referida a la circulación de vehículos de motor, sanciona al conductor del automóvil, única que realiza la “actividad” para cuyo ejercicio se requiere la previa suscripción de un seguro obligatorio de responsabilidad civil.

La acción típica no consiste, pues, en incumplir la obligación de suscribir un contrato de seguro para el vehículo; obligación que, según el artículo 2 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de Vehículos a motor corresponde al propietario del automóvil y cuyo incumpli-

miento constituye un ilícito administrativo contemplado y sancionado en esta misma Ley (art. 3). Sólo incurre en esta infracción penal el que, conociendo la carencia de seguro obligatorio, conduce el automóvil, sea o no el propietario del mismo, de modo que, cuando éste no sea el conductor, la extensión a él de la responsabilidad penal, a falta de la autoría directa del párrafo primero del artículo 28 del Código Penal, únicamente podría construirse —con independencia de las evidentes dificultades probatorias— a través de la inducción, si hubiera determinado directamente a otra persona a conducir el vehículo carente de aseguramiento.

Aplicando lo expuesto al caso de autos resulta que se ha condenado al propietario del vehículo cuando lo conducía otra persona, de manera que el recurrente no era la persona que estaba realizando la “actividad” para cuyo ejercicio se requiere la previa suscripción de un seguro obligatorio de responsabilidad civil. Y dado que tampoco existe prueba alguna que permita afirmar que hubiera inducido al conductor a conducir el vehículo carente de aseguramiento, sólo es factible el dictado de una sentencia absoluta.

Sentencia 632/1999, AP BARCELONA, Sec. 8.^a, de 24 de enero de 2000

PRESCRIPCIÓN.

Art. 131.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Orti Ponte**

SÍNTESIS

Cuando los hechos son indiciariamente calificados como delito y se sigue un procedimiento de esta índole, aunque la sentencia definitiva condene por falta, no es de aplicación el plazo de prescripción de las faltas sino el del delito. La sentencia sigue la línea jurisprudencial marcada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) cabe preguntarse ¿Habiéndose iniciado y tramitado las actuaciones como Diligencias Previas, el hecho de ser calificadas en sentencia como falta, permite aplicar el plazo de prescripción de éstas o por el contrario ha de estarse al plazo de prescripción del delito? La respuesta no puede ser otra que la segunda y ello en aplicación de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo en esta materia de la que destaca la Sentencia de fecha 17-10-1999 núm. 1241/1997 la cual declara que es muy frecuente en la práctica que hechos calificados inicialmente como delitos y tramitados por los procedimientos (ordinario o abreviado) establecidos por la Ley, sean considerados finalmente como constitutivos de falta, de-

clarándose así en la Sentencia correspondiente. (...) La acción ha permanecido viva durante toda la tramitación de la causa y así se mantiene hasta el momento mismo de dictar sentencia. El beneficio obtenido por el que ve su condena rebajada a la consideración de una falta no puede ahora extenderse a la prescripción del hecho, retrotrayendo la acción válidamente ejercitada al momento inicial en que se produjo la denuncia o intentando proyectar el plazo sobre cualquier incidencia procesal que haya dejado sin actuación judicial enervadora de la prescripción. La certeza y seguridad que se exige al ordenamiento jurídico, exige que lo que se tramitó y acusó como delito, sea el módulo que nos lleve al cómputo de los plazos legales para la prescripción de los hechos delictivos.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 1 de febrero de 2000

EL DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE ES DELITO DE PELIGRO.

Art. 347 bis Código Penal de 1973

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joan Francesc Uría Martínez**

SÍNTESIS

La prueba ha de centrarse no en resultados perjudiciales concretos, sino en si la actividad contaminante, en este caso vertidos al río, causó graves perjuicios a las condiciones de la vida piscícola allí donde se producía el vertido, y ello con independencia que haya otras empresas que también contaminen y puedan considerarse cocausantes del riesgo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) Ciertamente, hubiera sido una forma más idónea para tomar muestras de las aguas en los diferentes puntos, el tomarla en un solo frasco en cada punto (salida de fábrica, aguas arriba y aguas abajo), y dividir luego el agua de cada frasco para efectuar los distintos análisis, ya que de otro modo podría darse el caso de recoger aguas de no exactamente el mismo contenido, pues cabría la posibilidad, por ejemplo, de que entre toma y toma variara el volumen del vertido con relación al caudal del río. Pero que no se hiciera así no significa que los análisis practicados carezcan de objetividad, y todo lo más podría cuestionarse qué muestra, de las analizadas, es más representativa de los efectos de los vertidos en el cauce.

Cuarto.—(...) quien contamina de modo penalmente relevante, realizando por ello un delito contra el medio ambiente, debe ser condenado a la pena correspondiente, aun-

que haya otros que también contaminen y consigan eludir el correr la misma suerte (...).

Esto conduce a la alegación de que no llegó a determinarse de manera científica la causa de la mortandad de los peces. El delito de que se trata no es de resultado material, sino de peligro concreto (peligro grave a la salud de las personas o potencial perjuicio grave de un determinado ecosistema), por lo que, con relación a los peces, lo que interesa no es saber si la actividad contaminante (...) causó la muerte de peces, sino si tal actividad causó grave perjuicio a las condiciones de la vida piscícola allí donde se producían los vertidos; y no vale la excusa de que las aguas ya no llegaban a ese sitio en condiciones óptimas para la vida piscícola, para negar la responsabilidad por vertidos al cauce que perjudiquen gravemente las condiciones de esa vida, del mismo modo que, en el ejemplo a que antes hemos hecho mención, no sirve la excusa de que como los demás conductores ebrios ya ponen en peligro la

seguridad del tráfico no puede reprocharse a ninguno por separado el poner en peligro el bien jurídico protegido, porque el que haya más sujetos que pongan en peligro el bien jurídico protegido sólo significa que cada uno de ellos incrementa la situación de peligro resultante de la conducta de los otros.

(...) en el caso que nos ocupa todo indica que la actividad (...) desarrollada de modo estable, no estacional, requería de un proceso productivo de estas mismas características, cuyo proceso, por ausencia de los ade-

cuados mecanismos correctivos, generaba sistemáticamente elementos altamente contaminantes que eran expulsados al cauce del río; de modo que no estamos ante una actividad generadora de vertidos contaminantes en momentos o períodos puntuales, sino ante una actividad constante que, de modo permanente, por déficit en las instalaciones aplicadas al proceso productivo, generó vertidos de esa naturaleza, cuyos vertidos, realizados sin solución de continuidad a lo largo del proceso productivo, dieron lugar a un delito único y permanente.

Sentencia 88/2000, AP BARCELONA, Sec. 7.ª, de 4 de febrero de 2000

EL “ANIMUS INIURIANDI” SE PRESUME “IURIS TANTUM” CUANDO SE VIERTEN EXPRESIONES OBJETIVAMENTE INJURIOSAS.

Arts. 208, 209 y 211 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús María Barrientos Pacho**

SÍNTESIS

Aunque el delito de injurias es, según una muy consolidada línea jurisprudencial, eminentemente circunstancial, cuando, como en el caso de autos, las expresiones vertidas son objetivamente injuriosas, se presume que han sido realizadas con la intención de injuriar que exige, desde el plano subjetivo, la aplicación del tipo penal. Corresponde entonces al acusado probar que emitió tales expresiones con un ánimo diferente, lo que no sucedió en el supuesto enjuiciado en la sentencia, por lo que la Audiencia, revocando la sentencia del juicio “a quo”, condena al autor de las frases como responsable de un delito de injurias.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el Juzgado de lo Penal (...) se dictó sentencia en el Procedimiento

Abreviado (...) cuya parte dispositiva (...) dice: “Que debo de absolver y absuelvo a Antonio C.A. de los delitos de calumnias e injurias graves con publicidad de que viene

siendo acusado, con declaración de oficio de las costas causadas. Condeno a dicho acusado como autor penalmente responsable de una falta de injurias leves, ya definida, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad (...)."

Segundo.—Notificada dicha resolución contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación del acusador privado (...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los hechos que han sido declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de injurias graves proferidas con publicidad, previsto y penado en los artículos 208 y 209 en relación con el 211, todos ellos del Código Penal vigente, de aplicación más favorable que la legalidad vigente en la fecha en que fueron llevadas a cabo, pues también en aquella legalidad la conducta descrita se nos aparece como típica y delictiva a tenor de lo dispuesto en los artículos 457, 458.3 y 459 del Código Penal entonces vigente (...).

Tercero.—Aunque en la jurisprudencia de nuestros tribunales no se ha llegado al reconocimiento del "dolus in re ipsa" sí se admite la presunción "iuris tantum" del referido ánimo injurioso en supuesto en que las frases empleadas manifiesten objetivamente y revistan trascendencia difamatoria (SSTS de 15 de julio de 1988, de 16 de marzo de 1989 y de 20 de junio de 1990, entre otras). A los mismos fines presuntivos, nuestro Tribunal Supremo ha venido a sostener que ciertos vocablos y expresiones son

de tal modo insultantes que el "animus iniuriandi" se encuentra ínsito en ellos, de modo tal que cuando son utilizados, corresponde al presunto ofensor demostrar un ánimo diferente (SSTS de 12 de mayo de 1987 y 2 de diciembre de 1989, entre otras). En el caso de autos, basa el Juzgador de primer grado la existencia de un ánimo distinto al injurioso en su autor a partir de las declaraciones ofrecidas por éste en el plenario, sin otro fundamento; de modo y manera que, mostrándonosos aquellas manifestaciones en línea con la más común de las finalidades autoexculpatorias, común y frecuente, decimos, cuando no existe otra posible vía justificadora, carente como está tal manifestación de cualquier soporte y, en todo caso, insuficientes para destruir el propósito revelado del solo tenor, alcance y sentido de las frases y epítetos utilizados en la publicación, hemos por ello de negar eficacia alguna liberadora o minoradora de la intensidad injuriosa de la publicación, pues, si la finalidad perseguida era la aludida de denuncia, información, advertencia o incluso crítica, como se pretende, bien pudieron escogerse alusiones, calificativos o epítetos con aquella buscada significación, pero que no viniesen a suponer el menoscabo denigrador para la fama, crédito y honra de la persona a la que iban referidos. Como ha venido a declarar nuestro Tribunal Supremo en sentencias como la de 4 de octubre de 1988 y la de 25 de noviembre de 1989, "cuando los juicios racionales y ponderados, y los cauces jurídicos de crítica y de denuncia se sustituyen por el improperio y la difamación escandalosa y desmesurada, no pueden invocarse ni la libertad de expresión ni el derecho de crítica, y sólo queda el propósito de vituperar, con todas sus consecuencias".

Sentencia 42/2000, AP MADRID, Sec. 2.ª, de 8 de febrero de 2000

DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS EN ACCIDENTE DE TRÁFICO COMO DEUDA DE VALOR.

Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Susana Polo García**

SÍNTESIS

En aplicación del principio “restitutio in integrum” para fijar la cuantía indemnizatoria que corresponde al perjudicado por accidente de tráfico hay que utilizar las tablas vigentes al momento de la determinación y no las vigentes al momento del accidente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) el débito indemnizatorio es una deuda de valor, así lo entiende la doctrina: Mariano Medina Crespo (“La valoración Legal del Daño Corporal. Análisis Jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95”), Santos Briz (“Responsabilidad Civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal”), Clemente Auger (“Posición de los Jueces ante el Daño Corporal”, Revista de Derecho de la Circulación n.º 4/89), Jesús Fernández Entralgo (“Valoración y Resarcimiento Corporal”) propiamente y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que establece que las obligaciones indemnizatorias son auténticas “deudas de valor” en las que el dinero no constituye propiciamente el objeto de la prestación debida, sino el medio con el que se trata de lograr el resarcimiento de un determinado valor (STS 25-1-1990 Sala 2.ª),

el mismo criterio recoge la sentencia de 17-2-1994.

Incluso más recientemente la Sala Primera del TS en sentencia 21-11-1998 se ha pronunciado en el mismo sentido apuntado: “En el tercero de los motivos se ataca la sentencia ‘a quo’ arguyendo que ha sido infringido el art. 2.3.º del Código Civil así como aplicado erróneamente el artículo 4.1 del mismo Texto Legal o infringido el art. 9.3 de la Constitución Española; tales infracciones resultan, en el sentir del recurrente, al aplicar en la determinación de la cuantía indemnizatoria los criterios de valoración que se recogen en los baremos establecidos en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995/3046), siendo así que el accidente origen de las lesiones ocurrió el 19 de octubre de 1998.”

“En el caso la determinación de la cuantía indemnizatoria ha tenido en cuenta las lesiones y secuelas así como los días que el

actor invirtió en su curación que resultan probados en autos y al seguir en su valoración, aplicándolos analógicamente, los criterios contenidos en el anexo de la Ley 30/1995 no ha hecho una aplicación retroactiva de la misma; ha de tenerse en cuenta que las deudas indemnizatorias por daños y perjuicios son deudas de valor para cuya cuantificación ha de tenerse en cuenta el momento del pago o resarcimiento y en este sentido la Sentencia de 15 de abril de 1991 dice: 'y así cabe afirmar que, en general, emerge como un predicado de justicia satisfactiva, que el perjudicado por el daño sea resarcido del quebranto inferido en su valoración dineraria no por la suma en que se

evaluó el mismo cuando se produjo, sino por la equivalencia al momento del pago o resarcimiento colmado de correcta compensación el quebranto devaluatorio de la moneda o instrumento dinerario, en particular, cuando entre ambos actos, el de producción del daño y el del pago ha transcurrido un cierto lapso de tiempo' (...)

(...) en el momento del accidente lo que ha contraído el responsable del mismo, frente a los perjudicados es una deuda indemnizatoria; a lo que debemos añadir la aplicación del principio "restitutio in integrum" contenido en el Baremo (DA 8.ª Ley 30/95 y Exposición de Motivos de la Resolución 13-3-1997 de la DGS).

Sentencia 843/1999, AP BARCELONA, Sec. 3.ª, de 9 de febrero de 2000

INTERPRETACIÓN DEL VERBO "SUSTRAJERE" EN LOS DELITOS DE ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS.

Arts. 244.1 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Fernando Martínez Zapater**

SÍNTESIS

Comparando el vigente art. 244 del Código Penal, que recoge los delitos de robo y hurto de vehículos con el anterior art. 516 bis del Código Penal de 1973, que recogía el delito análogo de utilización ilegítima de vehículo de motor, razona la sentencia aquí seleccionada que la delimitación de la autoría del delito debe partir del núcleo del tipo, constituido, en el anterior Código Penal, por la expresión "utilizare", y en el vigente por la de "sustraere". Ello conduce a la sentencia de apelación a estimar que no cometen el delito quienes, sin haber sustraído el vehículo, se desplazan en él como acompañantes, pero, por el contrario, el reproche penal sí que alcanza a quienes, conociendo la sustracción del vehículo por otro, lo conducen, siendo autores del delito. La Sala estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y condena al acusado como autor del delito de hurto de uso de vehículo, al no constar que empleare fuerza en las cosas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Impugna el Ministerio Fiscal la absolución del acusado del delito de robo de uso de vehículo de motor que venía imputado a Miguel M. F. La absolución se dicta con fundamento en que la única conducta tipificada en el art. 244 es la sustracción del vehículo de motor, por lo que la circulación posterior a dicha sustracción, sin acreditarse que el conductor hubiera participado en ésta, no puede considerarse penalmente típica.

Tal pretensión no puede tener acogida. La interpretación del Tribunal Supremo con relación al art. 244 del Código Penal ha sido constante. La sustitución de la palabra “utilizarse”, empleada por el art. 516 bis CP de 1973, por la palabra “sustrajere”, preferida por el legislador de 1995, supone sin duda una cierta descriminalización, pero ésta solo alcanza a quienes simplemente ocupan el vehículo y se desplazan en él sin haberlo sustraído ni haber participado en su sustracción, no a quienes habiendo hallado un vehículo abandonado, que presenta todos los signos de haber sido objeto de un robo y

constándole, en consecuencia, que no se trata de una “res nullius”, puesto que nunca lo es, un vehículo de motor por el hecho de haber sido sustraído, lo toman en una ulterior sustracción que sólo se diferencia de la primera en que, por la ausencia del empleo de fuerza, debe ser jurídicamente considerada hurto (...).

En este supuesto, de la testifical (...) aparece con claridad que Miguel M.F. conducía el vehículo sustraído (...) constando asimismo que, entre los daños que presentaba el vehículo, se encontraba el puente eléctrico realizado para poner en marcha el motor y poder circular. No consta que imputado sustrajera el vehículo pero ha sido plenamente acreditado que lo conducía y, de esta circunstancia, no puede sino inferirse, como único resultado racional y lógico de tal hecho, que se apoderó del mismo aun cuando dicho apoderamiento se efectuara en un momento posterior a la sustracción y no conste que para ello utilizara fuerza penalmente relevante. Los hechos deben considerarse constitutivos del delito de hurto de uso previsto en el art. 244.1 del Código Penal vigente.

Sentencia 67/2000, AP SEVILLA, Sec. 7.ª, de 10 de febrero de 2000

REQUISITOS DE LA PRUEBA ALCOHOMÉTRICA.

Art. 379 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Gil Merino**

SÍNTESIS

Para que la medición del índice de alcohol en aire espirado sea válida en juicio han de observarse en su práctica las formalidades legales prescritas en la normativa de circulación y que el etilómetro que se emplee esté debidamente homologado por el Centro Español de Metrología.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Basta, pues, para la comisión de este delito contra la seguridad del tráfico la simple conducción de uno de aquellos vehículos con las facultades para hacerlo mermadas por la ingestión de alguna de dichas sustancias, consumándose por tanto aunque el agente no llegue a crear una situación de riesgo para terceras personas e incluso aunque no realice maniobras anti-reglamentarias. Así se infiere también de la comparación del artículo 379 con el 381 CP, precepto este último que sanciona al que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas: la referencia a una situación de peligro en el artículo 381 y no en el artículo 379 obedece a que el legislador exige que se haya producido cuando se conduzca con temeridad manifiesta, pero no cuando estén disminuidas las facultades del agente por la ingestión de bebidas alcohólicas o de drogas. El mayor reproche social que estas últimas conductas merecen justifica que constituyan sin más delito. Son diversas las pruebas idóneas para determinar si el agente condujo bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Entre ellas están los testimonios de quienes lo vieran conducir o inmediatamente después y le apreciaran síntomas inequívocos de embriaguez (SSTC 24/1992 y 254/1994); y la alcohométrica, esto es, la medición de la tasa de alcohol en el aire espirado mediante etilómetros o en la sangre mediante alcoholímetros. Esta última tiene especial relevancia, estando su validez supeditada al cumplimiento de dos requisitos.

El primero, que se observen en su práctica las formalidades legales prescritas por la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial (texto articulado aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 339/1990 de 2 de marzo, en adelante LT) y por el Reglamento General de Circulación (aprobado mediante el Real Decreto 13/1992 de 17 de enero, en adelante RGC). Por tanto, e etilómetro que se emplee ha de estar oficialmente autorizado (artículo 12 LT y artículo 22 RGC) y homologado por el Centro Español de Metrología del Ministerio de Obras Públicas, porque este organismo es el competente para la homologación de los instrumentos que sirvan para pesar, medir o contar (Ley 3/1985 de 18 de marzo, Real Decreto 1616/1985 de 11 de septiembre, y Orden del Ministerio de Obras Públicas de 27 de julio de 1994). No será válida, pues, la medición si se llevó a cabo con utilización de etilómetro no homologado por el Centro Español de Metrología (...) Por otra parte importa señalar que constituyendo infracción administrativa la conducción con una tasa de alcohol superior a la máxima legalmente autorizada (artículo 12 LT y artículo 20 RGC), si así ocurre no es de aplicación siempre el artículo 379 CP. Ya que para ello se precisa la evidencia de que las facultades del agente resultaron disminuidas por la ingestión de bebidas alcohólicas, evidencia que no obstante puede resultar de lo elevado de dicha tasa (...) Carece por cuanto antecede en nuestro caso de relevancia que fuera preventivo el control establecido por la Guardia Civil y que antes de llegar al mismo no hubiera realizado el acusado maniobras anti-reglamentarias.

Sentencia 50/2000, AP MADRID, Sec. 4.^a, de 12 de febrero de 2000

POSTURA ANTIFORMALISTA ANTE EL REQUISITO DE DENUNCIA PREVIA.

Art. 621.6 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Pilar de Prada Bengoa**

SÍNTESIS

Para entender cumplida la formalidad de la denuncia previa, requisito de perseguibilidad en la falta de lesiones en accidente de tráfico, resulta suficiente que la víctima exteriorice algún acto que demuestre su voluntad de que actúe la justicia. En estos casos la denuncia también tiene valor de acusación, y se entiende que si no califica el hecho ni pide pena, remite ambos extremos a criterio del Juez.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) la postura del Tribunal Supremo es antiformalista al entender que para la existencia de la denuncia no es necesario que la ofendida exteriorice su voluntad persecutoria a través de alguna fórmula determinada, sino que es suficiente con la existencia de “actos que demuestren la voluntad de la víctima para que actúe la justicia” (SSTS 27 de mayo de 1981, 27 de noviembre de 1982, 14 de noviembre de 1983), contemplando al mismo tiempo supuestos de denuncia tácita (SS. de 30 de mayo de 1978 y 12 de febrero de 1986). Estableciendo la Sentencia de 14 de noviembre de 1983 que esta Sala ha venido reiteradamente interpretando el citado precepto en el sentido de que, para la iniciación del procedimiento, no se precisa la presentación de una querrela o denuncia escrita o formal, sino que basta la comunicación verbal a la Policía o a la Guardia Civil por parte de las personas allí designadas (SS. de 29 de mar-

zo de 1955 y 27 de mayo de 1981, entre otras), siendo válida incluso la comparecencia posterior a la iniciación del proceso de tales personas, para que éste quede válidamente constituido (SS. de 25 de junio de 1960, 31 de marzo de 1979, 13 de noviembre de 1981 y 17 de febrero y 20 de noviembre de 1982).

Si bien el contenido del acta no recoge con claridad la reclamación que efectuó la referida perjudicada en el acto del juicio, salvo la cuantía de indemnización que recabó por lesiones, el contenido del artículo 969 LECrim. en lo relativo a las faltas cuya persecución exija la denuncia del ofendido o perjudicado, recoge (sin distinción ni restricción alguna) “En estos casos la denuncia tendrá valor de acusación, sin perjuicio de entender, si el denunciante no califica el hecho denunciado o no señala la pena con que deba ser castigado, que remite ambos extremos al criterio del Juez...”. Precepto cuya constitucionalidad ha sido declarada por STC 56/1994.

Sentencia 24/2000, AP SEVILLA, de 18 de febrero de 2000

EL SUJETO ACTIVO DE LA FALTA DE REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES SIN SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Art. 636 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel de Paúl Velasco**

SÍNTESIS

A diferencia de otros criterios sentados por diferentes Audiencias Provinciales, la sentencia que examinamos interpreta la falta del art. 636 del Código Penal en el sentido que sólo puede ser sujeto activo de esta falta la persona en quien concurra la doble condición de conductor y propietario del vehículo. En este mismo número de la Revista recogemos otra sentencia que, con distinto criterio, considera que el simple conductor no propietario sí es autor del delito. Existen, en fin, sentencias que penan indistintamente a uno u otro estimando que ambos “realizan actividades”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...) la falta del artículo 636 no es una infracción de pura omisión que sancione a quien estando obligado a concertar un seguro obligatorio no lo hubiere hecho; pero tampoco una infracción formal que castigue a quien conduzca un vehículo de motor no asegurado por el solo hecho de circular en tales condiciones. Los términos de la descripción típica, afortunados o no, son claros: cometen la falta quienes “realizarán actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente para el ejercicio de aquéllas”. Dos corolarios fluyen claramente de esta definición: por un lado no basta con carecer de seguro, sino que es preciso realizar además la actividad para la que se exige

el aseguramiento; por otro, es el sujeto activo el que carece del seguro, y no la actividad que realiza o el objeto con que lo hace. A su vez, de este segundo corolario se deduce que sólo puede ser sujeto activo de la infracción la persona sobre la que recae la obligación legal de asegurarse; pues sólo de ella puede decirse que carece de seguro. “Carecer”, en efecto, según el Diccionario de la Academia, es “tener falta de alguna cosa” y “falta”, según el mismo Diccionario, es “defecto o privación de alguna cosa necesaria o útil”. Decir que carece de seguro quien no está obligado a asegurarse es tan inadecuado semánticamente como decir que los vehículos terrestres “carecen de remos”.

Proyectando la anterior exégesis del precepto sobre el seguro obligatorio del automóvil, habrá de convenirse en que para in-

currir en la falta del artículo 636 el sujeto activo ha de reunir una doble condición: a) circular con el automóvil (pues la actividad asegurada es precisamente la circulación de vehículos de motor, y no su mera propiedad o posesión); y b) ser el propietario del vehículo, pues sólo el propietario está legalmente obligado a suscribir el contrato de seguro, conforme al artículo 2.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en la redacción dada a la misma por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. En este sentido, la infracción que nos ocupa puede considerarse como un tipo especial de propia mano, del que sólo pueden ser autores en sentido estricto los que reúnan la doble condición expuesta; que, justamente por ser doble, hace sumamente difícil que en los supuestos de disociación entre la propiedad y la circulación del vehículo puedan apreciarse formas de participación equiparadas a la autoría. La interpretación que aquí se propone resulta,

por lo demás, reforzada por el hecho de que la infracción administrativa correlativa, tipificada en el artículo 2.3 de la Ley vial arriba citada, no venga referida a la “circulación sin seguro”, sino al “incumplimiento de la obligación de asegurarse”, que sólo afecta, como dijimos, al propietario del vehículo.

Tercero.—Trayendo al caso de autos las consideraciones generales efectuadas en el fundamento anterior, es llano concluir que el denunciado apelante no reúne las características típicas que para ser autor de la falta imputada exige el artículo 636 del Código Penal, toda vez que, aunque fuera el conductor de la motocicleta, la sentencia no le atribuye la propiedad de la misma y, con ella, la obligación legal de aseguramiento; mientras él niega tal titularidad dominical y la administrativa corresponde a persona distinta, según el oficio policial del folio 5, sin que se haya practicado prueba alguna para acreditar este esencial extremo.

Sentencia 139/2000, AP BARCELONA, Sec. 7.ª de 18 de febrero de 2000

EL TITULAR DE UN VEHÍCULO NO ASEGURADO NO ES COOPERADOR NECESARIO DE LA FALTA DE CONDUCCIÓN SIN SEGURO COMETIDA POR CONDUCTOR DIFERENTE DE AQUÉL.

Art. 636 Código penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús María Barrientos Pacho**

SÍNTESIS

La sentencia estudia las diversas formas teóricas de participación del titular de un vehículo no asegurado en la falta de conducción sin seguro llevada a cabo por persona distinta, eliminando la punibilidad de la mayoría de las conductas, puesto que el derecho penal no debe entrar a sancionar meros incumplimientos contractuales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Sólo la descrita actividad de conducción al volante de un vehículo a motor, realizada sin la cobertura aseguradora preceptiva, resulta típica; de tal forma que, no habiéndose dirigido la acción penal contra la única persona que fue denunciada como conductora del vehículo aludido en el momento en que fue interceptado por la fuerza policial, el debate introducido por el Juez de instancia resulta en el caso de autos tan estéril como desatinado (...) No es función del derecho penal sancionar incumplimientos legales referidos al ámbito contractual, por lo que el hecho de que el obligado legal a concertar un seguro resulte ser el titular del mismo es una circunstancia irrelevante para la sanción penal de la conducta descrita en el artículo 636 del Código Penal.

Tercero.—(...) hemos ya establecido los únicos supuestos en los que sería posible reclamar responsabilidad por aquel ilícito al titular del vehículo que incumple su obligación de concertar el seguro obligatorio, cual sería el supuesto de la inducción, que podría concurrir en los supuestos en los que exista entre titular y conductor relación de dependencia de cualquier índole o análoga ascendencia psicológica; ello sin despreciar los supuestos de autoría mediata, para aquellos casos en los que el conductor resulte ajeno al conocimiento de la situación de aseguramiento del vehículo, lo cual pasaría, lógicamente, por la previa exoneración del conductor por apreciación de cualquier tipo de error sobre la situación, típica, de difícil prueba, al menos en condiciones de invencibilidad; o bien para supuestos en los que el conductor actúe de forma justificada (...) No podemos admitir, sin embargo, responsabilidad para el titular del vehículo ni por la vía

de la coautoría, ni tampoco por la de la cooperación necesaria, tal y como se articula en la fundamentación del fallo recurrido (...) resulta imposible atribuir responsabilidad al titular, por el mero hecho de serlo, a título de autor, y por tanto también de coautor, pues no realiza ninguna aportación positiva de las exigidas por la actividad nuclear del tipo, la conducción; la eventual responsabilidad del titular sería de origen y naturaleza omisiva, por no concertar el seguro obligatorio dispuesto en la normativa reguladora de la actividad, pero el tipo descrito en el artículo 636 del Código Penal tampoco admite posibilidad alguna de comisión por omisión, dado que (...) tiene la conceptualización de una infracción de mera actividad (...) tampoco la aportación que se concreta en el no concierto del seguro obligatorio puede venir a constituir forma alguna de cooperación al delito, menos necesaria, pues si partimos del presupuesto, ya aludido para negar la coautoría, de no poder atribuir al titular acto alguno de contribución a la realización de la actividad nuclear del ilícito, tampoco en este tipo de conductas la omisión por el titular de su obligación de concierto asegurador puede ser estimada como una omisión necesaria para la comisión de la infracción, pues, si bien es cierto que es el titular del vehículo el obligado legalmente al concierto del seguro, ello no quiere decir que aquél haya de ser necesariamente, con exclusión de otros, la persona que concierte dicho contrato; (...) y si el seguro puede ser concertado por tercero, también podrá serlo por quien lleve a cabo la actividad de conducción, y en tal orden de consideraciones, habremos de concluir en que la omisión del titular no pueden ser en todo caso necesaria para la perpetración de la infracción que se sanciona en el artículo 636 del Código Penal.

Sentencia 85/2000, AP MADRID, Sec. 7.^a, de 3 de marzo de 2000

ESTAFA.

Art. 623.4 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio Alonso Suárez**

SÍNTESIS

La falta (al igual que el delito) de estafa requiere que el sujeto activo engañe al sujeto pasivo para que éste, errado, realice un acto de disposición perjudicial. Cuando el acto de disposición lo realiza una máquina no puede existir estafa, al no existir una voluntad humana susceptible de ser engañada. Tal es el caso de la sentencia de instancia, en la que se condenaba a los denunciados como autores de (falta de) estafa al utilizar unas líneas públicas de teléfono con una tarjeta clonada. La sentencia de la apelación aquí recogida revoca la del juicio de faltas, por los argumentos expuestos. Sin embargo, al no ser objeto de acusación, no pondera la posibilidad de que los hechos denunciados integren el tipo de defraudación de telecomunicaciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el Juzgado (...) se dictó sentencia (...) en la que se establecen como hechos probados que: “(...) Ricardo A.S.C. y Carlos H.G.M. se encontraban en un poste de teléfonos (...) efectuando reiteradas y continuas llamadas, siendo observados por los policías municipales (...) comprobando que los denunciados estaban efectuando las llamadas con una tarjeta, que resultó ser un emulador o tarjeta clonada de la teletarjeta (...)”.

Su Fallo (...) es del tenor literal siguiente: “Que debo condenar y condeno a Ricardo A.S.C. y a Carlos H.G.M. como autores responsables de una falta prevista y penada en el art. 623.4 del C.P. a la pena para cada uno

de ellos de dos fines de semana de arresto, condenándole asimismo al pago de las costas de esta instancia por mitades”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(La sentencia de la Audiencia razona que) la falta de estafa (como el delito de tal especie) se construye sobre la existencia de un engaño que el sujeto activo dirige al sujeto pasivo del ilícito. Tal engaño, que debe ser previo al error del sujeto pasivo y al desplazamiento patrimonial, supone una maquinación fraudulenta y, en consecuencia, una confrontación intersubjetiva de voluntades. Tal confrontación puede estar mediada, pero en todo caso exige la presencia de dos sujetos, sin duda alguna. No es posible, en consecuencia, cuando nos

hallamos ante una exclusiva relación hombre-máquina, que es justamente el supuesto analizado. De hecho, la sentencia de la instancia no razona, en absoluto, por qué con-

curre, según ella, tal elemento vertebrador del tipo que aplica. No existe el engaño, y por lo tanto no existe la falta aplicada en la instancia.

INDICE ANALITICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abuso sexual:

— STS 456/2000, de 21 de marzo 188

Agresión sexual:

— STS 381/2000, de 10 de marzo 179

Alevosía:

— STS 118/2000, de 4 de febrero 140

Allanamiento de establecimiento mercantil:

— STS 244/2000, de 15 de febrero 148

Alzamiento de bienes:

— STS 732/2000, de 27 de abril 213

Amenazas:

— STS 1678/1999, de 24 de enero de 2000 130

Apertura judicial de paquete postal:

— STS 382/2000, de 8 de marzo 171

Apropiación indebida:

— STS 98/2000, de 3 de febrero 136

— STS 413/2000, de 17 de marzo 184

— STS 758/2000, de 28 de abril 217

Asesinato:

— STS 118/2000, de 4 de febrero 140

Asistencia letrada:

— STC 38/2000, de 14 de febrero 76

Asistencia letrada (en exploración radiológica):

— STS 590/2000, de 8 de abril 202

Auto de archivo:

— STS 488/2000, de 14 de marzo 182

Autoría y participación:

— STS 142/2000, de 28 de enero 135

C

Casa habitada (dependencia):

— STS 729/2000, de 24 de abril 210

Circunstancias agravantes (comunicabilidad) (disfraz):

— STS 207/2000, de 18 de febrero 153

Circunstancias agravantes (reincidencia):

— STS 429/2000, de 17 de marzo 186

Circunstancias atenuantes (analógica):

— SAP BARCELONA, de 4 de enero 219

Circunstancias atenuantes (tóxico-dependencia):

— STS 628/2000, de 11 de abril 204

— STS 744/2000, de 28 de abril 216

Coautoría:

— STS 311/2000, de 25 de marzo 192

Competencias sobre administración de justicia:

— STC 105/2000, de 13 de marzo 92

Conformidad:

- STS 239/2000, de 14 de febrero 147
- SAP MADRID 1/2000, de 7 de enero 221

Consumación:

- STS 1704/1999, de 24 de enero de 2000 132

D

Delito continuado:

- STS 458/2000, de 27 de marzo 195

Delito contra la integridad moral:

- STS 588/2000, de 6 de abril 201

Delitos contra el medio ambiente:

- SAP BARCELONA, de 1 de febrero 228

Delitos relativos a la protección de la flora y fauna:

- STS 1302/1999, de 8 de febrero de 2000 143

Denuncia previa:

- SAP MADRID 50/2000, de 12 de febrero 235

Derecho a la última palabra:

- STS 566/2000, de 5 de abril 198

Derecho a utilizar los medios de prueba:

- STC 81/2000, de 27 de marzo 102

Derecho al honor:

- STC 21/2000, de 31 de enero 63

Derecho al juez legal:

- STC 35/2000, de 14 de febrero 74

Derecho de defensa:

- STC 38/2000, de 14 de febrero 76

Dolo eventual:

- STS 245/2000, de 18 de febrero 159

E

Ensañamiento:

- STS 118/2000, de 4 de febrero 140

Estado de necesidad:

- STS 71/2000, de 24 de enero 129

Estafa:

- STS 458/2000, de 27 de marzo 193
— SAP MADRID 85/2000, de 3 de marzo 239

Extradición:

- STC 71/2000, de 13 de marzo 89

Extradición (del condenado en ausencia):

- STC 91/2000, de 30 de marzo 106

Extradición (del nacional):

- STC 87/2000, de 27 de marzo 104

F

Falsedad en documento mercantil:

- STS 458/2000, de 27 de marzo 193

I

Imprudencia simple:

- STC 120/2000, de 10 de mayo 118

Imputación objetiva:

- STS 270/2000, de 26 de febrero 166
— SAP BARCELONA, de 4 de enero 219

Incongruencia omisiva:

- STC 34/2000, de 14 de febrero 73

Injurias:

- SAP BARCELONA 88/2000, de 4 de febrero 229

L

Legítima defensa:

- STS 332/2000, de 24 de febrero 162

Lesiones:

- STS 245/2000, de 18 de febrero 159
 — STS 311/2000, de 25 de marzo 192

Lesiones (Delimitación delito-falta):

- STS 213/2000, de 18 de febrero 156

M

Medidas de seguridad y corrección:

- STS 628/2000, de 11 de abril 204

Miedo insuperable:

- STS 332/2000, de 24 de febrero 162

N

Negativa a la prestación del Servicio Militar:

- STS 679/2000, de 14 de abril 206

O

Obstrucción a la justicia:

- STS 267/2000, de 29 de febrero 170

P

Prescripción:

- SAP VALENCIA 28/2000, de 18 de enero 224
 — SAP BARCELONA 632/1999, de 24 de enero de 2000 227

Prevaricación administrativa:

— STS 444/2000, de 20 de marzo 187

Principio acusatorio:

— STC 59/2000, de 2 de marzo 84

— STS 512/2000, de 23 de marzo 189

Principio “non bis in idem”:

— STS 213/2000, de 18 de febrero 156

Prisión provisional:

— STC 47/2000, de 17 de febrero 80

— STC 71/2000, de 13 de marzo 89

Procedimiento abreviado:

— STS 1703/1999, de 8 de marzo de 2000 174

Proceso militar:

— STC 31/2000, de 3 de febrero 70

Prueba alcohométrica:

— SAP SEVILLA 67/2000, de 10 de febrero 233

Prueba pericial:

— STS 290/2000, de 23 de febrero 160

Prueba pericial (dictamen dactiloscópico):

— STS 715/2000, de 27 de abril 212

Psicopatías:

— STS 15/2000, de 19 de enero 127

R

Recurso de amparo:

— STC 121/2000, de 5 de mayo 115

Recurso de anulación:

— STS 1703/1999, de 8 de marzo de 2000 174

	Página
Recurso de apelación:	
— STC 79/2000, de 27 de marzo	99
— STC 133/2000, de 16 de mayo	121
Recurso de casación:	
— STS 208/2000, de 18 de febrero	155
Recurso de revisión (cambio jurisprudencial):	
— STS 1699/1999, de 26 de enero de 2000	134
Refundición de condenas:	
— STS 109/2000, de 4 de febrero	138
Reincidencia:	
— STS 224/2000, de 17 de febrero	152
Responsabilidad civil:	
— STC 181/2000, de 29 de junio	123
— SAP MADRID 42/2000, de 8 de febrero	231
Retroactividad de la ley mas favorable:	
— STS 224/2000, de 17 de febrero	152
Robo con fuerza en las cosas:	
— STS 244/2000, de 15 de febrero	148
Robo con fuerza en las cosas (escalamiento):	
— STS 362/2000, de 10 de marzo	177
— STS 729/2000, de 24 de abril	210
Robo con violencia:	
— STS 1704/1999, de 24 de enero de 2000	132
— STS 213/2000, de 18 de febrero	156
— STS 663/2000, de 18 de abril	207
Robo con violencia (uso de armas):	
— STS 355/2000, de 28 de febrero	168
Robo y hurto de uso de vehículos:	
— SAP BARCELONA 843/1999, de 9 de febrero de 2000	232

S

Seguro obligatorio de responsabilidad civil:

— SAP MADRID 18/2000, de 21 de enero	225
— SAP SEVILLA 24/2000, de 18 de febrero	236
— SAP BARCELONA 139/2000, de 18 de febrero	237

Sobrescimiento (libre):

— STS 488/2000, de 14 de marzo	182
--------------------------------------	-----

Suspension condicional de la pena:

— STC 25/2000, de 31 de enero	68
— STS 208/2000, de 18 de febrero	155

T

Tentativa:

— STS 379/2000, de 13 de marzo	180
--------------------------------------	-----

Tentativa (desistimiento):

— STS 197/2000, de 16 de febrero	150
--	-----

Tentativa (inidónea):

— STS 150/2000, de 10 de marzo	176
--------------------------------------	-----

Tráfico de drogas:

— STS 142/2000, de 28 de enero	135
— STS 379/2000, de 13 de marzo	180
— STS 576/2000, de 3 de abril	197

Tribunal del jurado:

— SAP MADRID 1/2000, de 7 de enero	221
--	-----

Tribunal del jurado (competencia):

— STS 512/2000, de 23 de marzo	189
--------------------------------------	-----

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

**CONSULTA 1/2000, DE 14 DE ABRIL,
DECLARACIÓN DEL YA CONDENADO EN
EL ENJUICIAMIENTO POSTERIOR
DE OTROS COPARTÍCIPES**

I. INTRODUCCIÓN

Los hechos que motivan la consulta pueden sintetizarse del modo siguiente: al acto del juicio oral comparece sólo uno de los acusados, acordándose la celebración del juicio únicamente respecto del mismo, quien al inicio muestra su conformidad al amparo del art. 793.3, párrafo 1.º de la LECrim. Queda pendiente de celebración el juicio respecto de los restantes acusados.

La Fiscalía consultante, partiendo de esta situación, somete a la consideración de la Fiscalía General dos cuestiones en orden a la declaración que haya de prestar el condenado conforme en el juicio pendiente respecto del otro u otros acusados.

La primera de ellas es la relativa al momento procesal en que deba prestarse esa declaración y en este sentido abre dos posibilidades: primera, aprovechar el acto del juicio oral en el que se produjo la conformidad para, con la presencia del Letrado del incomparecido, interrogar al conforme respecto de la participación del acusado ausente, dejando así documentada una prueba preconstituida válida; o, segunda, citar al juicio que se señale para el otro acusado al ya condenado por conformidad para que preste su declaración.

La segunda cuestión es la relativa a la naturaleza y garantías de la declaración que ha de prestar el condenado en relación a la participación de los restantes acusados en los mismos hechos.

II. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA EL ENJUICIAMIENTO POR SEPARADO

Las cuestiones sometidas a consulta aconsejan una breve reflexión acerca de cuáles sean los requisitos imprescindibles para que pueda procederse al enjuiciamiento por separado de los acusados o a la prestación de conformidad

de sólo alguno de los acusados, presupuesto desencadenante de la cuestión que nos ocupa.

Como es sabido, en el sumario ordinario la no citación de algún coacusado, cuya rebeldía no haya sido declarada, impide que pueda celebrarse el juicio para los restantes (art. 746 *in fine*, introducido por la Ley 28/1978, de 28 de mayo). A la misma solución conduce en el procedimiento abreviado el art. 793.1 LECrim. No obstante, la praxis —a la que tan difícil resulta sustraerse por la inercia respecto de procedimientos ya derogados— ofrece algunos casos de incorrecta admisión de celebración para los acusados comparecidos a pesar de la incomparecencia por motivo legítimo (sin duda cuando faltare la citación) de algún otro coacusado.

En definitiva, para el posible enjuiciamiento de algún acusado separadamente del resto, fuera de los casos de rebeldía o de formación de piezas separadas del art. 784.7.^a LECrim, deberá haberse citado y ser injustificada la incomparecencia de éstos. Si alguno de los acusados incomparecidos no hubiere sido citado, el juicio no podrá celebrarse para ninguno de los comparecidos (cfr. STS 163/2000, de 11 de febrero).

Lo expuesto conlleva igualmente una serie de consecuencias en materia de conformidad.

La conformidad sólo será posible si el acusado se hallare presente, así lo exige expresamente el art. 793.3 LECrim.

De otra parte, habiendo varios acusados por un mismo hecho, en virtud del art. 697 LECrim, sólo cabe la conformidad si todos los acusados se muestran conformes y sus respectivos defensores reputan innecesaria la continuación del juicio, pues ante la disconformidad de uno solo de los acusados o de su defensor será obligado celebrar el juicio para todos (inclusive para los que pretendieron eludir el juicio mediante la conformidad). En este sentido se ha pronunciado la STS 971/1998, de 27 de julio, al establecer en su F.J. 3 que “una sentencia de conformidad viene siempre condicionada por la unánime prestación de la conformidad por todos los acusados de un delito...”. Distinto de lo anterior —pero ajeno al supuesto fáctico objeto de la consulta— es que se trate de distintos hechos imputados a distintos acusados, en cuyo caso la regla del art. 784.7 LECrim, y alguna resolución jurisprudencial (STS 26-6-1985) parecen orientarse en favor de admitir la posible conformidad por separado.

De lo anterior se desprende que si hubiere varios acusados por un mismo hecho y alguno no se presenta al juicio:

— si el ausente consta citado correctamente o si ha sido declarado en rebeldía, no existe inconveniente alguno para aceptar la conformidad de los restantes acusados comparecidos.

— si el ausente no fue citado a juicio o si citado consta la existencia de una causa justificativa de la incomparecencia, debe impedirse la conformidad de los restantes acusados, por cuanto que la presencia del ausente en el juicio hubiera podido impedir dicha conformidad traducida en sentencia condenatoria, que cabe sostener que le afecta cuando menos indirectamente, y no siendo imputable a él tal incomparecencia no debe privársele de la posibilidad de rechazar la propuesta de conformidad y forzar el enjuiciamiento conjunto de todos los coparticipes. En apoyo de tal solución, que se funda en la repercusión de la conformidad de un acusado en la posición de los restantes coacusados, cabe citar la STS 453/2000, de 14 de marzo, que tras señalar que el instituto de la conformidad afecta a los acusados que han reconocido los hechos y no a los restantes, sin embargo, indica que el reconocimiento por los coacusados conformes con la imputación fáctica no deja de tener su repercusión en el coacusado no conforme, de manera que, cuanto menos, el reconocimiento del hecho por algunos es valorable por el juzgador en lo que se refiere al acaecimiento de lo sucedido y, al menos indiciariamente, a la participación de un tercero.

Sentados así los presupuestos en que será posible darse el supuesto fáctico del que parte la consulta, se analizan en los apartados siguientes las cuestiones relativas al momento y a la naturaleza de la declaración del condenado en el juicio oral para los restantes partícipes en los mismos hechos.

III. MOMENTO EN QUE DEBE PRESTARSE DECLARACIÓN POR EL ACUSADO QUE RESULTÓ CONDENADO A FIN DE QUE SURTA EFECTOS EN EN EL ULTERIOR JUICIO PARA LOS RESTANTES ACUSADOS

La declaración por la cual el acusado presta, al amparo de los arts. 688 y 793.3, al inicio del juicio oral, su conformidad con los hechos que se le imputan y acepta la pena más grave de las que se le solicitan, ha sido entendido como un acto procesal suficiente para enervar la presunción de inocencia de quien lo emite. La sentencia condenatoria de conformidad, pese a que el juicio no se llega a celebrar, no vulnera dicho derecho fundamental.

Ahora bien, dicha declaración de conformidad no puede ser admitida como prueba en el enjuiciamiento posterior de los restantes acusados. No debe confundirse la prestación de conformidad del acusado, que implica una declaración de voluntad tendente a truncar el proceso, con la declaración del acusado sobre los hechos en la fase probatoria del juicio oral, que se trata de una declaración de conocimiento con verdadero alcance probatorio.

Tampoco, como se razona infra, será prueba válida en un juicio ulterior la declaración que, de no haber mediado conformidad, hubiera prestado en el

desarrollo del primer juicio tal acusado, aun cuando hubiera reconocido su participación y la de los restantes acusados pendientes de juicio.

Es cierto que la declaración de un coimputado, autoinculpatoria y a la vez inculpatoria para el resto, podría ser considerada en abstracto prueba de cargo para los restantes coacusados. Sin embargo, la razón de la inadmisión de la misma como prueba en el ulterior juicio para los acusados aun no enjuiciados radica en el hecho de que, tanto si se emitió como declaración de voluntad soporte de una conformidad cuanto si se prestó como prueba en el juicio celebrado para un acusado, su importación sin más al juicio para los restantes acusados implicaría la admisión en el mismo de una prueba obtenida sin el respeto a los principios de contradicción, inmediación y concentración.

Tal declaración, si se intentara hacer valer como documental en el juicio para los acusados restantes, vulneraría el principio de contradicción, entendido en el sentido de derecho de los coacusados ahora enjuiciados a someter a interrogatorio cruzado aquella declaración ante el órgano judicial que haya de valorarla en su enjuiciamiento, tal y como se reconoce en el art. 6.1 y 3.d) del CEDH y han proclamado las SSTEDH 19-12-1990 (caso Delta), 19-2-1991 (caso Isgro), 29-4-1991 (caso Asch), 20-9-1993 (caso Saïdi).

Por lo expuesto, la declaración del acusado ya enjuiciado, cuando se pretenda utilizar como prueba para el resto de los acusados pendientes de juicio habrá de ser propuesta y practicada en el juicio para tales acusados, permitiendo así el interrogatorio por todos los Letrados de los coimputados y con pleno respeto a los principios del proceso antes citados; sin que sea admisible, a los efectos de su valoración probatoria, la aportación de la anterior sentencia de conformidad o del acta del juicio anterior en la que se contenga la declaración del ya condenado. En este sentido se han expresado, entre otras, las SSTS de 15-9-1989 (Pte.: Delgado García), 29-1-1990 (Pte.: Ruiz Vadillo), 284/1999, de 21 de septiembre y 279/2000, de 3 de marzo.

La segunda de las sentencias citadas señaló que no es admisible “procesal, ni constitucionalmente, condenar por unas declaraciones prestadas en otro proceso por testigos, coimputados, o por pruebas periciales o documentales en él obrantes, porque al hacerlo así se vulnera el derecho de defensa que, está constituido a la vez por un haz de derechos —posibilidades— procesales; entre ellas, la de que toda la prueba pueda ser contradicha y la de que los testigos intervengan personalmente en el juicio oral...”.

A la vista de lo anterior cabe concluir que lo correcto procesalmente será practicar la declaración del ya condenado en el acto del juicio que haya de celebrarse para los otros acusados que resten.

No obstante, la Fiscalía consultante sugiere, como posibilidad alternativa a la citación al ulterior juicio oral del ya condenado para declarar, la de aprove-

char la vista del juicio celebrado para él a fin de que, con la intervención de los Letrados de todas las partes (incluyendo a los de los acusados incomparecidos), se practique la prueba consistente en la declaración del co-acusado presente respecto de la intervención en los hechos de los acusados ausentes. De esta manera —se razona— en el ulterior juicio oral para aquellos bastará que dicho testimonio sea aportado por vía documental, a modo —en expresión de la Fiscalía consultante— de “prueba preconstituida válida”.

Como quiera que la única prueba válida es la que se practica en el acto del juicio oral, la regla general ha de ser la de practicar el interrogatorio del ya condenado en el acto del juicio para los restantes partícipes. El significado de la prueba que se anticipa o preconstituye ya ha sido suficientemente elaborado por la dogmática y la jurisprudencia. Su excepcionalidad está fuera de duda y así se ha proclamado de forma insistente. De ahí que sólo se podrá acudir excepcionalmente a la solución que se propugna cuando existan razones que lo justifiquen. Tales razones, a la vista de lo dispuesto en los arts. 448, 449 o 657 LECrim, habrán de fundamentar el temor de que dicha declaración no pudiera practicarse en el ulterior juicio oral o de que pudiera provocar su suspensión. Así, llegado el acto del juicio oral para los acusados pendientes, sólo valdrá dicha prueba documentada, lo que se articulará por la vía del art. 730, si efectivamente resulta imposible reproducir dicha declaración en el acto del juicio oral; es decir, si concurre alguno de los supuestos en los que la doctrina del TC y TS admiten la validez de los testimonios que no se prestan en el juicio oral, si es que se realizaron de modo tal que quedaron garantizados los derechos del acusado (cfr. STC 115/1998, de 1 de junio, F.J. 4).

IV. NATURALEZA DE LA DECLARACIÓN QUE HAYA DE PRESTAR EL YA CONDENADO EN EL ENJUICIAMIENTO POSTERIOR DE LOS RESTANTES PARTÍCIPES EN LOS MISMOS HECHOS

La atribución, a quien ya ha sido condenado y comparece a declarar en el juicio por los mismos hechos contra los restantes partícipes, de la cualidad de testigo o, por contra, el mantenimiento de la condición de imputado a efectos de permitir que conserve el haz de garantías constitucionales que se atribuyen en sus declaraciones a éstos, constituye la segunda de las cuestiones suscitadas por la Fiscalía consultante y coincide con una clásica polémica en la doctrina y en la jurisprudencia.

A) Criterio jurisprudencial

Un examen de los pronunciamientos jurisprudenciales no resulta determinante de la solución que deba adoptarse.

Por un lado, la STS 627/1994, de 12 de marzo (Pte.: Ruiz Vadillo), se inclina por la calificación de “testigo”. Ahora bien, dicha sentencia no pone tanto el acento en solucionar la cualidad de quien, condenada por los mismos hechos, hubo de haber declarado en el juicio posterior para otro coimputado, sino en exigir que dicha declaración efectivamente se practique en el acto del juicio. Señala la sentencia:

“...esta manifestación se vertió en el juicio oral que se celebró para otro coimputado y, como no se citó a la declarante de comparecencia en el juicio oral que había de celebrarse para el recurrente ahora, y entonces rebelde, no pudo la testigo ser interrogada...”.

La STS 15-9-1989 (Pte.: Delgado García) parece, por contra, otorgar la cualidad de coimputado en estos casos, al contraponer tal declaración a las de los testigos. Al igual que la anterior, tampoco profundiza en el régimen a que debieron sujetarse tales declaraciones. Señala:

“...Ocurrió en el presente procedimiento que en el primer juicio celebrado el día 9 se practicó como prueba la declaración de los dos coimputados y de un testigo, pero en el segundo, que tenía por objeto el enjuiciamiento del ahora recurrente, tales pruebas, que habían sido propuestas por el M.º Fiscal, no se practicaron, porque, por un lado, **no fueron citados los coimputados y, por otro, los testigos no comparecieron**, limitándose la prueba de este segundo juicio a la declaración del procesado... En el supuesto presente ha existido un grave defecto procesal al no haber sido citados para el segundo juicio oral los dos **coimputados** que ya habían sido juzgados y que habían declarado en el primero (arts. 656 y ss. LECrm). Tales pruebas **habían sido propuestas, junto con la testifical, por el M.º Fiscal y admitidas por el Tribunal**, y, sin embargo, no se hicieron las correspondientes citaciones para dicho segundo juicio, posiblemente porque por error se estimó que ello no era preciso al haberse ya practicado esas declaraciones en el anterior. No obstante era necesario realizar estas pruebas en el juicio que se celebró contra quien ahora recurre para así permitir que su letrado pudiera interrogar sobre su participación en los hechos haciendo posible la debida observancia de los principios de contradicción y defensa...”

La STS 210/1995, de 14 de febrero (Pte.: De Vega Ruiz) distingue, en el caso concreto del tráfico de drogas, entre las declaraciones de los “arrepentidos” y las de los “agentes infiltrados”, atribuyendo a las primeras la cualidad de declaraciones de coimputados y a las segundas de testigos. Ahora bien, el arrepentido-acusado había declarado en el caso concreto en el mismo juicio celebrado para los restantes coacusados, sin que hubiera sido condenado en un juicio anterior.

La STS 971/1998, de 27 de julio (Pte.: Prego de Oliver y Tolivar) parece decantarse por la cualidad de imputado. El caso sometido a casación era el siguiente: cuatro de los seis acusados se muestran conformes al inicio del juicio oral; el Tribunal, en lo que parece fuera una decisión de continuación del juicio —aunque nada se explicitara en el acta—, abre el interrogatorio de los disconformes en calidad de coimputados y seguidamente el de los “conformes” en calidad de testigos. La sentencia citada señala, en primer lugar, que al ser parcial la conformidad debe entenderse que el juicio oral continúa para todos los acusados igual que si ninguno se hubiera mostrado conforme, y, en segundo lugar, que en la fase probatoria del juicio las declaraciones de los acusados no debieron confundirse con las pruebas testificales. Establece la sentencia:

“Como ha dicho esta Sala en Sentencia de 18 de julio de 1996, en consonancia con la doctrina procesal, ‘testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia’. **Testigos no son por tanto ni pueden serlo nunca los imputados**, y especialmente los acusados, amparados por su derecho a no declarar contra sí mismos (artículo 24.2.º de la Constitución Española), que se extiende tanto al aspecto de su personal intervención en un hecho **como a la realidad del hecho mismo imputado**. La declaración de un coimputado, carente de la obligación de decir verdad exigible a los testigos (Sentencia de 20 de febrero de 1996) no puede ser sometida al régimen legal de la prueba testifical practicada bajo juramento y deber de veracidad, con la posibilidad en caso contrario de incurrir en falso testimonio.”

Las SSTS 848/1998, de 23 de junio, y 1045/1999, de 26 de julio, bien expresivas de las dificultades que ofrece el tema y de las vacilaciones jurisprudenciales, resaltan que el coimputado es un sujeto procesal cuya declaración no es exactamente ni testimonio ni confesión aunque participa, en cierto modo, de una y otra, y aluden a la “peculiar” naturaleza de esta prueba.

B) **Reconocimiento del carácter híbrido de la figura y fundamento de la atribución de un determinado régimen jurídico**

Este problema no se resuelve en atención exclusiva a los conceptos de imputado o de testigo.

De una parte, el ya condenado no tiene el *status* de imputado pues la sentencia firme cerró para él el procedimiento. Pero la cuestión no es si tiene o no dicha condición sino si han de mantenerse, pese a no ser ya imputado, pero habida cuenta de que el proceso sigue abierto, algunas de las garantías de éstos en sus futuras declaraciones.

De otro lado, parece que al haber sido ya enjuiciado pierde, una vez firme la sentencia, su carácter de parte y por ello se asemeja al testigo. Sin embargo, no es criterio seguro para reputar testigo el de indagar acerca del carácter de parte o no del ya enjuiciado, pues la atribución del régimen jurídico del testigo es independiente del hecho de ser o haber dejado de ser parte en el proceso. Los requisitos y efectos propios de la declaración de los testigos (juramento o promesa, deber de declarar...) se vienen exigiendo en el testimonio que prestan determinadas personas con independencia de que puedan ser parte en el proceso penal —piénsese en el perjudicado o en la víctima del hecho delictivo que se personan como acusación particular o en quien habiendo presenciado un hecho delictivo decide ejercer la acción popular—. Las declaraciones de estas personas, partes en el proceso, se efectúan bajo el régimen de la testifical, aunque el TS en varias resoluciones, de la que es exponente la sentencia 1029/1997, de 29 de diciembre, haya advertido del riesgo que se produce para el derecho constitucional de presunción de inocencia cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito.

La cuestión, en todo caso, no ha de ser tanto la atribución de una etiqueta (“coimputado” o “testigo”) presuntamente configuradora de la naturaleza de tal declaración, sino el establecimiento con perfiles nítidos, al margen de calificativos y partiendo de la peculiar naturaleza de esta prueba, de los efectos derivados del régimen jurídico de tal declaración atendiendo a la vigencia o no del fundamento de la atribución al imputado de una serie de garantías en su declaración.

Se trataría, pues, de superar un criterio puramente nominalista y anteponer a éste razones ligadas al genuino fundamento de los preceptos que, en uno u otro caso, disciplinan la comparecencia y la declaración prestada en juicio.

Lo relevante será determinar aquellos aspectos de la declaración de los coimputados o de los testigos que hayan de afectarles. En definitiva, se trata de indagar en aquellas especialidades de la declaración como imputado que han de mantenerse en su ulterior declaración.

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla expresamente esta cuestión, a diferencia de la solución ofrecida por el ordenamiento italiano en el que se regula que el coimputado no puede pasar a la condición de testigo por el hecho de que se dicte para él sentencia, entendiéndose por tal la resolución de no haber lugar a proceder, la condenatoria o inclusive la absolutoria salvo que, en este último caso, fuere firme [art. 197.1.a) del Código de Procedimiento Penal Italiano].

La indagación de la concurrencia, en cada caso, del fundamento de las garantías establecidas en las declaraciones de los acusados o de los testigos ha de servir de guía para trazar el régimen a que ha de sujetarse dicha declaración.

C) Algunos aspectos relativos al régimen jurídico de la declaración del ya enjuiciado

Podemos diferenciar en este punto una serie de cuestiones:

1. Proposición de la prueba.

La declaración del condenado en el juicio ulterior para los restantes acusados ha de ser propuesta por las partes. Ahora bien, es de tener en cuenta que existiendo escrito de conclusiones provisionales o de acusación respecto de todos los acusados, en realidad la proposición de tal prueba ha de entenderse que ha sido efectuada en dicho escrito bajo la usual fórmula “interrogatorio de los acusados”, sin que haya por qué reiterar la proposición nuevamente para el juicio pendiente por el hecho de que el juicio oral se haya desarrollado fraccionadamente para distintos acusados.

En todo caso, a fin de evitar los problemas que pudieran derivarse de la falta de citación del imputado ya enjuiciado, parece conveniente recordar del órgano judicial que no se renuncia a dicha prueba, lo que puede hacerse constar en el acta del primer juicio.

2. Incomparecencia del declarante.

La incomparecencia injustificada y voluntaria del ya condenado que hubiere sido citado con arreglo a las prescripciones del art. 175 LECrim no podrá determinar las consecuencias que conlleva la incomparecencia de un acusado, por la sencilla razón de que ya no es acusado. Resulta obvio señalar que no se podrán adoptar contra él las medidas cautelares previstas para los imputados, ni interesar órdenes de busca y captura.

Por contra, dicha incomparecencia dará lugar a las consecuencias que se establecen en nuestro ordenamiento jurídico para la incomparecencia de testigos (art. 420 LECrim). Así, si se tratare de causa sin preso se le impondrá la corrección disciplinaria de multa y si, a pesar de ello, persistiere en su resistencia incurrirá en el delito de obstrucción a la Justicia del art. 463 CP, y podrá ser conducido a presencia del Juez. A ello debe añadirse que tal incomparecencia, si se produjere en causa con preso preventivo y provocare la suspensión del juicio, determinará directamente la comisión del delito de obstrucción a la Justicia conforme al primer inciso del núm. 1 del art. 463 CP.

3. Derecho a no declarar. Exigencia de juramento o promesa de decir verdad.

La cuestión más delicada de cuantas se presentan en este trazo del régimen jurídico del declarante es la de si el ya enjuiciado conserva en su ulterior decla-

ración el derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; y si, por otra parte, está excluido de la obligación de prestación de juramento o promesa de decir verdad.

En la polémica suscitada en nuestra doctrina acerca de esta cuestión se ha sostenido con razón por algún autor que las garantías reconocidas por el art. 24 CE al imputado en su declaración, que constituyen una manifestación del derecho de defensa, han de mantenerse aún después de la sentencia condenatoria “con fundamento —se señala— en la permanencia del interés personal a la defensa que subsiste a lo largo de todo el proceso, también durante la fase de ejecución de la sentencia condenatoria”.

En línea con lo anterior cabe señalar que el derecho de defensa del ya enjuiciado y condenado no termina completamente con la sentencia condenatoria. Se extiende, aunque no con el mismo contenido y perfiles, con posterioridad a la misma. Aunque el derecho de defensa del penado adquiera en la fase de ejecución una modulación especial, un contenido diferente al que tenía antes de la sentencia, sus manifestaciones consistentes en el derecho a no declarar contra sí mismo y a no ser requerido bajo juramento o promesa a narrar los hechos verazmente, se deben considerar vigentes también en la fase de ejecución de la sentencia.

El mantenimiento del derecho a no declarar y a no prestar juramento o promesa por quien ya ha sido condenado se justifica en virtud del principio de no exigibilidad de otra conducta. Resultaría cuando menos chocante que a una persona, después de haber sido condenada en sentencia, pueda exigírsele bajo la amenaza del delito de falso testimonio que se ajuste a la verdad en la declaración que haya de prestar en el juicio para otro copartícipe, obligándola así tal vez a reconocer lo que en el juicio propio tuvo derecho a negar.

Esta especie de reconocimiento de culpa ulterior del ya condenado no sólo es inexigible humanamente sino que, desde el punto de vista jurídico, podría acarrearle consecuencias contrarias a su derecho de defensa en fase de ejecución (baste reparar en las posibles consecuencias negativas de una paladina confesión de hechos de quien habiendo sido condenado con una prueba no muy contundente hubiere solicitado el otorgamiento de la suspensión condicional de la pena o un indulto siquiera parcial...).

Además, como argumento que refuerza lo anterior, en estos casos de fragmentación del juicio oral en tantos actos como partícipes en el hecho, no debe perderse de vista la idea de que el objeto del proceso es único. La relación que cada uno de los sujetos del proceso mantiene con dicho objeto, lo que le confiere un determinado *status*, no puede ser alterada por la concurrencia o no de eventos imprevisibles determinantes de la necesidad de fragmentación del juicio oral en varios actos. El *status* de las partes se adquiere y se mantiene en el proceso con independencia de aquellas circunstancias condicionantes de la ne-

cesidad de dividir o no el juicio oral en sucesivos actos para los diferentes acusados.

Cabe argumentar, además, que existe apoyo para sostener la no obligación de declarar en la interpretación analógica del art. 418 LECrim. A tenor de este precepto “ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa o importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el art. 416”. Si el perjuicio se deriva para sí mismo, como sucede en el caso que se examina, el fundamento de la no obligación de declarar resulta evidente. En este sentido conviene recordar que, como señala la STS 971/1998, de 27 de julio, el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos se extiende tanto al aspecto de su personal intervención en un hecho, *como a la realidad del hecho mismo imputado*. Este último aspecto parece difícil que no pueda verse afectado por las preguntas que se le formulen.

Por todo lo expuesto cabe concluir que el condenado que sea citado a prestar declaración en el juicio ulterior para los restantes acusados conserva los derechos que tuvo en la declaración que prestó en el juicio celebrado entonces para él. Podrá negarse a declarar y, de otra parte, no incurrirá, aun cuando no se ajustara a la verdad, en el delito de falso testimonio.

La exigencia de juramento o promesa de decir verdad conduciría a situaciones inaceptables. No cabe admitir la hipótesis de un condenado que resultara posteriormente acusado de falso testimonio por las declaraciones, negando los hechos objeto de condena, vertidas en el juicio celebrado posteriormente para los restantes partícipes.

Por último, aunque se trata de una cuestión no directamente relacionada con el supuesto fáctico objeto de la consulta, cabe señalar que incluso respecto del acusado que hubiere sido absuelto en sentencia firme o favorecido por un auto firme de sobreseimiento libre no resulta fácil admitir —tal como hace el Derecho italiano— que pase a ostentar plenamente la condición de testigo en sus futuras declaraciones respecto de tales hechos. Cuando sea llamado a declarar en el juicio ulterior para los restantes acusados no cabe conminarle a decir verdad bajo la amenaza del falso testimonio si ésta contraría el pronunciamiento absolutorio que le fue favorable. El principio de no exigibilidad de dicha conducta podría extraerse, para justificar su negativa a declarar o el sostenimiento de una versión exculpatoria, de la interpretación analógica del art. 418 LECrim antes citado.

4. Valoración de la prueba.

Efectuada la declaración del coacusado ya enjuiciado en tales términos, su régimen valorativo por el Tribunal habrá de ser el que se preconiza por la

jurisprudencia para las declaraciones de los coimputados y no el propio de las declaraciones de los testigos.

La reiterada jurisprudencia recaída acerca del valor de las declaraciones de los coacusados coincide en la admisión de tales declaraciones como medio importante de prueba al tiempo que advierte sobre su peligro.

En ese sentido, la admisibilidad de tales declaraciones como medio probatorio constituye un problema no de legalidad sino de credibilidad. Ha señalado la jurisprudencia que si bien los jueces no deben de forma rutinaria fundar una resolución, *sic et simpliciter*, en la mera acusación del coimputado, tampoco ha de desdeñarse su versión, que ha de ser considerada en función de los demás factores concurrentes, singularmente la propia personalidad de quien declara y sus relaciones con la persona a quien acusa. Los móviles espurios, tales como el odio, la venganza, la enemistad, la autoexculpación, el soborno, el resentimiento o el deseo de obtener ventajas y beneficios penales o carcelarios, se constituyen en causas de invalidación aunque no absolutas. (Cfr: SSTS 9-7-1984, 19-4-1985, 12-5-1986, 210/1995, de 14 de febrero y 146/1996, de 20 de febrero, entre otras muchas.)

Finalmente es de resaltar que la STS 279/2000, de 3 de marzo, en relación con aquellos casos en que el imputado reconoce su participación y emite una declaración inculpatoria para sus correos, establece que tal declaración no podrá ser valorada cuando tal imputado se hubiere negado a contestar a las preguntas de las Defensas de los así acusados, ya que entonces la ausencia de contradicción se erige en obstáculo para la valoración inculpativa de tal declaración, máxime cuando la negativa a declarar a las preguntas de las defensas no pueda basarse en el temor a ver comprometido su derecho de defensa o su posición en el proceso puesto que previamente hubiera reconocido paladinamente la propia participación en los hechos.

5. Aplicación del art. 704 LECrim.

Frente al régimen de las declaraciones de los coimputados que, salvo que el Tribunal acuerde lo contrario, se producen en presencia los unos de los otros, el art. 704 establece que “los testigos que hayan de declarar en el juicio permanecerán, hasta que sean llamados a prestar sus declaraciones, en un local a propósito, sin comunicación con los que ya hubiesen declarado, ni con otra persona”.

Esta regla de incomunicación de los testigos tiene su fundamento en la consecución de declaraciones espontáneas, no viciadas en su contenido por el conocimiento de lo declarado por otros —acusados, testigos, peritos— sobre los mismos hechos. En todo caso, su inobservancia acarreará diferentes efectos en función de las consecuencias que haya podido tener en cada caso concreto, tal y como ha señalado la STS 32/1995, de 19 de enero.

Dicha norma, que implicaría que quien, habiendo sido ya enjuiciado y en trance de declarar en el juicio para los restantes coacusados, haya de prestar su declaración después de las declaraciones de los enjuiciados y sin conocimiento de las mismas al no haber estado presente durante su realización, ha de estimarse de aplicación en el presente caso por cuanto no vulnera el derecho de defensa del ya enjuiciado —que queda satisfecho mediante el reconocimiento a no declarar o a no prestar juramento o promesa— y se erige, por contra, en un medio válido y útil para el Tribunal en la tarea de valorar las declaraciones de unos y otros.

6. Derecho a indemnización.

El art. 722 LECrim recoge el derecho de los testigos a ser indemnizados de los gastos de viaje y jornales perdidos por su comparecencia, si lo reclamaren.

Cabe preguntarse si dicha declaración es extensible a los ya enjuiciados que hubieren de asistir a prestar declaración al juicio ulterior para los restantes acusados.

La respuesta afirmativa no ofrece duda si el declarante resultó absuelto en el juicio celebrado para él.

Sin embargo, si fue condenado como partícipe en los hechos por los que comparece ahora a declarar la cuestión no parece tan sencilla. La respuesta negativa se impone ante la consideración de la relación de dicho sujeto con tales hechos. Su responsabilidad en los mismos, a diferencia de la posición del testigo, justifica la obligación de soportar la carga que conlleva la comparecencia a declarar.

V. CONCLUSIONES

Primera.—La declaración de quien ya ha sido enjuiciado, cuando pretenda ser utilizada como prueba en el enjuiciamiento de los demás acusados, habrá de ser practicada en el acto del juicio oral que se celebre para éstos. No es admisible, a los efectos de su valoración probatoria, la aportación de la sentencia de conformidad o del acta del juicio anterior en la que se contenga aquella declaración.

No obstante, cuando concurren razones que hagan imposible practicar la declaración del ya enjuiciado en el acto del juicio que haya de celebrarse para los otros acusados, se podrá hacer valer aquella, por la vía del art. 730 LECrim, si se llevó a cabo anteriormente de modo tal que quedaron garantizados los derechos de todas las partes.

Segunda.—La declaración del ya enjuiciado en el juicio ulterior para otros partícipes ha de ser propuesta como medio de prueba.

No obstante, el empleo de la fórmula “interrogatorio de los acusados” en el escrito de acusación o de conclusiones provisionales conjunto ha de entenderse como propuesta de prueba válida, que no es necesario reiterar, aunque pueda ser útil o conveniente hacerlo, por el hecho de que el enjuiciamiento se haya desarrollado fraccionadamente para aquellos.

Tercera.—La incomparecencia injustificada del ya enjuiciado que fuere debidamente citado a prestar declaración en el juicio oral para los restantes, dará lugar a las consecuencias que se establecen en nuestro ordenamiento jurídico para la incomparecencia de los testigos.

Cuarta.—Quien ya ha sido enjuiciado conserva en su ulterior declaración el derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; y, por otra parte, está excluido de la obligación de prestación de juramento o promesa de decir verdad.

Quinta.—El régimen valorativo de la declaración del ya enjuiciado prestada en el juicio para los restantes partícipes habrá de ser el que se otorga a las declaraciones de los coimputados y no el propio de las declaraciones de los testigos.

Sexta.—Es de aplicación a las declaraciones de los ya enjuiciados la regla prevista en el art. 704 LECrim.

Séptima.—El enjuiciado que resultare absuelto y prestare declaración en el ulterior juicio oral para los restantes acusados tiene derecho a la indemnización prevista en el art. 722 LECrim.

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

TÍTULO: EL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL (ART. 295 CÓDIGO PENAL)

*Autor: Abrahám Castro Moreno
Marcial Pons, 1998.*

En el período inmediatamente posterior a la entrada en vigor del nuevo Código Penal español salieron a la luz varios trabajos que pretendían ofrecer una visión de conjunto de los nuevos delitos societarios ⁽¹⁾. Tras ese período inicial, más recientemente empiezan a aparecer monografías dedicadas al análisis individualizado de cada uno de estos delitos. Eso es precisamente lo que sucede con el trabajo de Abrahám Castro Moreno quien, en lo que constituye su tesis doctoral, afronta un profundo estudio del delito societario de administración fraudulenta, contenido en el art. 295 CP ⁽²⁾.

Tras una breve introducción en la que describe la estructura de la obra (pp. 15 y ss.), dedica el autor un extenso primer capítulo al análisis de los distintos delitos o formas de administración desleal que existen en derecho compara-

(1) FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Dykinson, Madrid, 1998; DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, entre otros.

(2) Artículo 295: Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

do. Así, se estudia en primer lugar el modelo francés, donde se persiguen estas conductas a través del *abus des biens et du crédit* (art. 437.3.º de la Ley de 24 de julio de 1966) y del llamado *abus des pouvoirs sociaux* (art. 437.4.º de la misma ley), para referirse a continuación a la regulación italiana, en la que existen diversas formas de administración desleal dispersas desde un punto de vista normativo. Ambos ordenamientos carecen de una figura autónoma de administración desleal y solamente se sancionan determinadas formas o manifestaciones de la misma.

Especial atención se presta a la regulación de aquellos países que sí poseen figuras autónomas de administración desleal, y dentro de ellos, de un modo especial, a la legislación penal alemana, que sanciona estas conductas a través del delito alemán de la *Untreue* (§266 StGB), auténtico referente para todos los ordenamientos que han incorporado un delito de administración fraudulenta. Analiza el autor con detalle cada uno de los elementos típicos que conforman esta figura delictiva, explicando las dos variantes de la conducta típica, el denominado tipo del abuso (*Mißbrauchstatbestand*), que tiene por objeto proteger al titular del patrimonio administrado en las relaciones externas, esto es, en el poder de obligar en las relaciones con terceros y el llamado tipo de infidelidad (*Treubruchstatbestand*), cuyo objeto es la protección del titular del patrimonio administrado en las relaciones internas, esto es, en las relaciones entre el administrador y el titular del patrimonio administrado. Junto al delito de *Untreue* se hace también explícita referencia al llamado “abuso de facultades jurídico-sociales”, figura delictiva contenida en el §183 del Proyecto Alternativo Alemán; a diferencia de la *Untreue*, se trata de un delito de administración desleal específicamente societario, cuya acción típica consiste en disponer de valores patrimoniales de la sociedad o contraer obligaciones a su cargo, con lo que se aprecia un alto grado de coincidencia con el modelo español. Termina el autor esta parte de derecho comparado dedicando varias páginas al estudio de los delitos de *infidelidade* (Portugal), *Untreue* (Austria) y al contenido en el art. 159 del CP suizo.

El capítulo segundo de la obra (pp. 175 y ss.) se dedica a la determinación del bien jurídico protegido por el delito de administración desleal societaria. Para ello se tienen en cuenta varios factores y entre ellos la específica ubicación del delito en el Título XIII (“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”). Descarta el autor, sin embargo, la protección de denominado *orden económico nacional*, por ser ésta una categoría que carece de contenido conceptual. Concluye entendiendo que el bien jurídico directamente protegido por el art. 295 aparece constituido por el patrimonio de los sujetos enumerados en el precepto (socios, depositarios, cuentapartícipes y titulares de los bienes, valores y capital administrados), a lo que se añade el patrimonio de la propia sociedad.

Se estudia a continuación, en un extenso capítulo (pp. 192 y ss.), la estructura objetiva del tipo comisivo y dentro de ella y en primer lugar los sujetos de

la acción, enumerados expresamente en el precepto, lo que convierte al tipo en un delito especial propio. Respecto a lo que debe entenderse por “administrador de derecho”, basta acudir a la normativa mercantil para extraer su significado. Dentro de esta administración “de derecho” analiza cada una de las situaciones que se plantean en la gestión de las sociedades y su repercusión penal (modalidades del órgano de administración, atribución de representación, el llamado “delito colegial”, supuestos de delegación de funciones, administradores personas jurídicas, etc.). Mucho más complejo se presenta determinar lo que es un “administrador de hecho”. La previsión de esta categoría presenta, según el autor, varias ventajas y algunos defectos, si bien globalmente merece una valoración positiva, ya que permite paliar lagunas que, de no existir, podrían producirse. Considera sin embargo que hubiera sido deseable que el Código ofreciese una definición de lo que se entiende por administrador de hecho, cuyo contenido él mismo sugiere: “A los efectos del presente artículo, se consideran administradores de hecho a quienes sin ser formalmente administradores, sin embargo, aparenten en el tráfico lo contrario y puedan representar a la sociedad con eficacia frente a terceros”. Delimita a continuación diversos supuestos que, según la doctrina mercantil, pueden calificarse como formas de administración de hecho (ejercicio de funciones administrativas sin previo nombramiento; administrador inscrito con designación inválida; ejercicio de funciones administrativas después de expirar el plazo de designación y transcurrido el plazo legal para convocar la siguiente Junta general; administradores que después de cesar en el cargo continúan inscritos como tales en el Registro Mercantil; representantes voluntarios, apoderados, mandatarios o factores; representantes de la persona jurídica designada administradora, que no ostentan la condición de administradores de derecho de la misma; los promotores; los administradores en las crisis societarias: comisarios, síndicos e interventores judiciales; los liquidadores; etc.). Entre estas situaciones presenta particular interés el problema que se plantea con relación a la figura de los apoderados, quienes, no siendo administradores (de derecho), pueden sin embargo obligar (y perjudicar) a la sociedad. No queda otra alternativa que considerarlos administradores de hecho, ya que de lo contrario sus conductas quedarían impunes. Junto a los administradores, el legislador menciona también a los socios, como sujeto activo del delito, situación que aprovecha Castro Moreno para hacer un análisis de los denominados pactos de sindicación y de su incidencia en la determinación de la responsabilidad penal, concluyendo que, aunque las decisiones que pueden resultar delictivas se tomen en el seno del sindicato y el administrador se limite a ejecutar las instrucciones recibidas, será éste el autor del delito, ya que es quien realiza la acción típica.

Se dedican también unas páginas al análisis del concepto de sociedad a efectos de este delito y del resto de los delitos societarios (pp. 205 y ss.), con-

cepto normativo recogido en el art. 297 del Código⁽³⁾. En dicho precepto se contiene una enumeración exhaustiva de distintos tipos sociales, así como una cláusula final que considera aplicables estos delitos cuando las conductas en ellos descritas se lleven a cabo en el seno de “otras entidades que participen de forma permanente en el mercado”, lo que según el autor permite extender la aplicación de los delitos a otros tipos sociales, aunque éstos no revistan carácter mercantil, y ni siquiera constituyan una “sociedad” (comunidades de propietarios, asociaciones, etc.).

El análisis del comportamiento típico es quizá la cuestión más relevante y dificultosa de todas las relativas a los elementos del tipo (pp. 281 y ss.). El art. 295 es un tipo mixto-alternativo, ya que se sanciona al administrador (o socio) que disponga de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a su cargo. Respecto al sentido de la primera expresión (“disponer”), distingue el autor una concepción amplia, según la cual disponer sería usar, utilizar, o servirse de la cosa, la cual, por su excesiva amplitud, no resulta válida a efectos penales. Según una segunda concepción estricta, “disponer”, equivaldría a realizar actos de apropiación o distracción de los bienes sociales, por lo que tampoco resulta válida, ya que plantea enormes dificultades para diferenciar esta figura del delito de apropiación indebida. Entiende el autor que lo correcto es decantarse por una posición intermedia, según la cual “disponer” no equivale a un simple uso ilícito de los bienes sociales, pero tampoco requiere que la conducta consista en un acto de apropiación o distracción. Según esta noción por él defendida quedarían incluidos en la expresión “distraer” sólo aquellos actos dominicales ilícitamente realizados, que no sean de carácter definitivo.

Son precisamente los problemas de delimitación con el delito de apropiación indebida lo que hace que el autor dedique un apartado a establecer las diferencias entre este delito de administración desleal y el de apropiación indebida. En esta labor de escisión, considera que la apropiación indebida constituye el “techo” de la administración desleal y así, a diferencia de lo que sucede con la administración desleal, el delito de apropiación indebida requiere para su existencia un acto de apropiación o distracción. Por contra, no todos los actos de apropiación o de distracción son constitutivos de este delito, sino solamente aquellos que implican, objetiva y subjetivamente, una pérdida o apartamiento de los bienes permanente y definitiva. Con el objeto de delimitar mejor el sentido de dicha interpretación, ofrece a continuación una serie de ejemplos de “supuestos límite”, algunos de los cuales podrían quedar encuadrados en el delito

(3) Artículo 297: A los efectos de este Capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.

societario de administración desleal, otros serían simples formas de apropiación indebida y un tercer grupo no encajarían ni en uno ni en otro. Así, préstamos a los administradores o sociedades controladas o vinculadas a ellos o préstamos para la adquisición de acciones de la propia sociedad, compraventa de bienes a precio distinto del real, el empleo de recursos sociales para atender a gastos personales de los administradores, la entrega de comisiones a los administradores por parte de otras sociedades, la entrega de comisiones por parte de la sociedad administrada a sus administradores o a sociedades vinculadas o controladas por ellos, distribución de dividendos ficticios o no distribuibles, la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas, la falta de ingreso de cuotas retenidas a los trabajadores en concepto de Seguridad Social y de IRPF, el aprovechamiento de información de la sociedad y, por último, la constitución de garantías reales sobre los bienes sociales.

En cuanto a la segunda modalidad de la acción típica “contraer obligaciones a cargo de la sociedad”, distingue también el autor una primera concepción amplia, según la cual se incluiría todo acto de gravamen de los bienes sociales. Comprueba que esta noción amplia plantea serios problemas para distinguir el contenido de esta segunda modalidad de la acción típica de la primera (*disponer*), ya que ambos incluirían actos de enajenación o gravamen de los bienes sociales. Considera por ello que lo adecuado es seguir una concepción estricta, entendiendo que sólo quedan incluidos aquellos actos que sitúan a la entidad en cualidad de deudora. Al igual que hizo respecto al verbo *disponer*, describe algunas conductas concretas que podrían subsumirse dentro de esta modalidad típica, como por ejemplo el afianzamiento de deudas personales de los administradores a cargo del patrimonio social.

Analiza a continuación el significado que debe darse al adverbio *fraudulentamente*, que acompaña a la primera de las modalidades de la acción típica (“dispongan fraudulentamente”) y en tal sentido, considera que la referida expresión no añade nada nuevo al contenido del precepto, por lo que se trata de un elemento superfluo e innecesario.

También se ocupa el autor de los criterios diferenciadores entre la administración desleal societaria y el delito de estafa, cuestión que no plantea grandes problemas desde el momento en que el elemento caracterizador del delito de estafa, esto es el engaño, está ausente en los supuestos típicos del art. 295. Junto a ello se recuerda que en la estafa es la propia víctima o alguien que la representa, la que realiza la disposición patrimonial, mientras que en la administración desleal la disposición la lleva a cabo el sujeto activo.

En tercer lugar, se analiza el objeto material del delito (pp. 373 y ss.). El art. 295 castiga la disposición “de los bienes de la sociedad”, o los supuestos en que se contraen obligaciones a cargo “del patrimonio de la sociedad”. El objeto material queda por tanto conformado por esos bienes patrimoniales de la sociedad

y no, sin embargo, por los “bienes, valores o capital administrados”, citados en el precepto, ya que no es necesario que la acción típica recaiga sobre ellos.

En cuarto lugar, estudia los sujetos pasivos de la acción típica (“los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados”) (pp. 381 y ss.), selección que según el autor se ha realizado de forma arbitraria, al haber quedado excluidas otras categorías que pueden resultar igualmente perjudicadas por la conducta delictiva de los administradores. Respecto a los primeros (los socios) entiende que el perjuicio sufrido debe estar estrechamente vinculado a dicha cualidad de socio. Con la previsión de la categoría de los depositarios se pretende sancionar las conductas delictivas que tienen lugar en las sociedades bancarias y entidades de crédito, si bien se incurre en un error al utilizar el término “depositarios”, en vez del correcto “depositantes”. La inclusión de los cuentapartícipes recibe también una valoración positiva y finalmente la expresión “los titulares de los bienes, valores o capital que administren” debe abarcar a la propia sociedad y junto a ella a los partícipes existentes en los fondos de inversión.

El apartado siguiente se dedica a la determinación del momento en que se entiende consumado el delito (pp. 401 y ss.), para lo que será precisa la causación directa de un perjuicio en el patrimonio de alguno de los sujetos pasivos, lo que, según el autor, impide considerar punibles los denominados “negocios de riesgo”. Dentro del concepto de perjuicio debe quedar incluido el lucro cesante y excluidos sin embargo aquellos daños de índole moral. Frente a una pujante corriente doctrinal, el autor se manifiesta contrario a la conversión del delito de administración desleal en un tipo de peligro.

El capítulo cuarto (pp. 425 y ss.) lo dedica el autor al estudio de la estructura objetiva del tipo omisivo y, en concreto, considera posible la comisión omisiva de las modalidades típicas del delito, en virtud de la existencia de una posición de garante derivada de la ley, en el caso de los administradores de derecho, siendo muy discutible en el caso de los administradores de hecho.

En el capítulo quinto (pp. 441 y ss.) se analiza la estructura subjetiva de los tipos comisivo y omisivo. La exigencia de que el autor actúe “en beneficio propio de un tercero” y de “forma fraudulenta” excluyen la comisión del delito a título de dolo eventual. El tipo contiene también un elemento subjetivo del injusto, ya que reclama que la conducta se lleve a cabo “en beneficio propio o de un tercero”, beneficio que según el autor ha de tener un contenido económico.

El capítulo sexto (pp. 455 y ss.) se dedica al análisis de la penalidad y los problemas concursales que afectan al precepto. Respecto a la primera de estas cuestiones se destaca la benignidad de la pena prevista. En materia concursal, la principal dificultad se plantea con relación al delito de apropiación indebida. Entiende el autor que entre la apropiación indebida y la administración desleal, dado que no existe un marco punitivo común, nunca puede darse un concurso

de normas, siendo la solución correcta acudir al concurso de delitos, cuando se den los presupuestos para ello.

El capítulo séptimo y último (pp. 479 y ss.) está dedicado a la condición objetiva de perseguibilidad que afecta a todos los delitos societarios y que aparece recogida en el art. 296 CP. La misma limita la perseguibilidad de oficio, lo que ciertamente resulta sorprendente.

El trabajo de Abrahám Castro Moreno representa sin duda un importante esfuerzo de clarificación del sentido de una de las figuras delictivas que están llamadas a jugar un papel muy destacado en el cada vez más relevante derecho penal económico.

Javier Gustavo Fernández Teruel

Doctor en Derecho
Profesor de Penal
Universidad de Oviedo

TÍTULO: EL DELITO DE MALVERSACIÓN

*Autor: Rafael Entrena Fabré.
Tirant lo blanch, 1999.*

TÍTULO: LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN (APROPIACIÓN, UTILIZACIÓN TEMPORAL Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE CAUDALES PÚBLICOS)

*Autor: Oscar Morales García.
Aranzadi, 1999.*

I

El delito de malversación es, sin duda, una de las infracciones penales que mayor interés ha despertado en España en estos últimos años. En la mente de todos nosotros están multitud de casos que han tenido como protagonistas a miembros de la clase política y que precisamente por eso han sido objeto de un amplio seguimiento por los medios de comunicación. A este indudable atractivo de carácter social que presenta la malversación, se ha sumado la aprobación en nuestro país —no puede decirse que recientemente, pues hace ya casi un lustro de ello— de un nuevo Código Penal que introduce cambios muy significativos respecto a la anterior regulación de este delito.

Pues bien, al estudio de esta nueva regulación están dedicadas tres recientes monografías, que han venido a enriquecer de forma muy valiosa el, hasta ahora, escaso bagaje doctrinal con que contábamos en este ámbito delictivo ⁽¹⁾.

(1) Entre los trabajos más destacados aparecidos bajo la vigencia del anterior Código Penal, cabe traer a colación el estudio —hito fundamental en esta materia— de Fabio SUÁREZ MONTES, titulado “El delito de malversación de caudales públicos”, publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* en 1966; y más recientemente la monografía de Norberto J. DE LA MATA BARRANCO y Xabier ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, titulada *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación y distracción por funcionario, de caudales públicos*, Bosch, Barcelona, 1995, dedicada exclusivamente al bien jurídico protegido en la malversación.

Estas tres obras, aparecidas en 1999, son las siguientes: la de Rafael ENTRENA FABRÉ, titulada *El delito de malversación*; la de Óscar MORALES GARCÍA, que lleva por título *Los delitos de malversación. (Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos)*; y la de quien suscribe estas líneas, que bajo el título de *El delito de malversación de caudales públicos*, ha sido publicada por Bosch, Barcelona, 1999.

Como se comprenderá, me limitaré a comentar únicamente las dos primeras obras, pues de la que figura en tercer lugar (aunque, por cierto, fue la primera que vio la luz), no soy la persona más indicada para hablar.

II

El trabajo citado en primer lugar es obra de Rafael Entrena Fabré, abogado y profesor asociado de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Esta obra se incluye dentro de la conocida colección *Los delitos* de la editorial Tirant lo blanch, y ocupa el núm. 22 de la misma. El libro está dividido en diez capítulos, acompañados de la bibliografía citada a lo largo del trabajo, y consta de 142 páginas de una lectura muy rápida y ligera, pero sin que esta facilidad de lectura le reste un ápice de profundidad y seriedad a la investigación.

1. La obra comienza acercándonos a la actual regulación de la malversación a través de una completa exposición de sus antecedentes históricos, tanto de los remotos (Derecho Romano, Partidas, Novísima Recopilación), como de los más cercanos en el tiempo (la Codificación: desde el CP de 1822 hasta el CP de 1944).

2. En el capítulo segundo el autor examina una cuestión fundamental como es la del bien jurídico tutelado en el delito de malversación. El autor expone con gran claridad la posición tradicional de la doctrina y de la jurisprudencia sobre esta importante cuestión, que se podría resumir diciendo que la malversación es un delito pluriofensivo, un delito que tiene una naturaleza jurídica dual, “al entender que las conductas típicas comportan una vulneración del deber de fidelidad del funcionario o persona asimilada y, también, una puesta en peligro o lesión del patrimonio público” (p. 26). Ambos aspectos se examinan con cierto detenimiento en este capítulo: el perjuicio patrimonial (p. 30), por un lado, y la vulneración de los deberes del cargo (pp. 31 y ss.), por otro, haciéndose eco el autor en este punto de las críticas vertidas recientemente por un sector de la doctrina española a la teoría del deber del cargo como bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios (pp. 33 y s.). Pero a pesar de estas críticas, Rafael Entrena entiende que el nuevo Código Penal sigue siendo fiel al esquema tradicional y “pese a acentuar sensiblemente el aspecto patrimonial de las distintas modalidades típicas de malversación, no permite abandonar su comprensión como un delito pluriofensivo. Se tutela por un lado el patrimonio de la Admi-

nistración pública (...), pero, también, la infracción de los deberes de aquellos sujetos que tienen a su cargo determinados bienes” (p. 37).

3. La obra continúa con un tercer capítulo dedicado al examen de los elementos comunes a las distintas modalidades de malversación. Se examinan aquí el sujeto activo, el objeto material y la relación que debe existir entre ambos.

El ámbito de estudio relativo al sujeto activo se centra en los conceptos de autoridad y funcionario público. El concepto de funcionario público a efectos penales se encuentra determinado, como es sabido, en el art. 24.2 CP. Pues bien, el autor, partiendo de la inexistencia de vinculación del concepto penal de funcionario con el del Derecho administrativo (p. 40), va desgranando y analizando cada uno de los elementos de esta definición legal. Así, examina los títulos habilitantes (ley, elección y nombramiento) y la participación en el ejercicio de funciones públicas, definiendo éstas últimas como aquéllas “orientadas a la satisfacción de los intereses generales, independientemente, de la forma jurídica a través de que esta se preste” (p. 43). En cuanto al concepto de autoridad, éste viene delimitado legalmente en el art. 24.1 CP. El autor se detiene en las notas definitorias del concepto de autoridad: tener mando o ejercer jurisdicción propia (pp. 45 y s.). Y para concluir el estudio del sujeto activo, el autor indaga sobre la equiparación desvalorativa que se efectúa en el art. 435 CP entre la conducta realizada por determinados sujetos y la realizada por los funcionarios, pese a que aquellos no ostenten tal carácter (pp. 47 y s.).

La exposición relativa al objeto material del delito se ocupa del alcance de la expresión caudales y efectos públicos. En resumidas cuentas, “es caudal —según Entrena Fabrè— cualquier objeto o cosa mueble, dinero o efectos negociables, que tengan un valor económico apreciable, mientras que por efectos públicos deberá entenderse aquellos objetos o bienes (distintos del dinero), igualmente susceptibles de valoración económica, con independencia de su inclusión o no entre los bienes inventariables de la Administración” (p. 49). En cuanto al carácter público de estos bienes, el autor señala que viene determinado por su pertenencia a la Administración pública, y particularmente en este punto, examina cuándo adquieren los caudales tal carácter, mostrándose el autor partidario de cifrar dicho momento desde que un funcionario recibe una cosa para ser ingresada en el Erario Público, “pues tal agente sólo sirve de mediador, de puente provisional en nombre de aquélla y en misión de mero servidor de la posesión” (p. 52). También en este lugar el autor estudia con detenimiento la problemática que plantean algunos supuestos determinados, como los giros postales (p. 54), los intereses devengados por los caudales públicos (p. 55), los fondos de la Unión Europea (p. 55) y especialmente los bienes de las denominadas empresas públicas (pp. 56 y ss.). En este ámbito, el autor entiende que hay que distinguir entre las denominadas entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles de capital público. Las primeras “son Administración”, “forman parte de la Administración institucional, y, por lo tanto, sus cau-

dales tienen el carácter de públicos” (p. 57). En cuanto a las segundas (las sociedades mercantiles de capital público), el autor considera que para afirmar el carácter público de dichos bienes hay que plantearse primero tres cuestiones: 1. La aceptación de la actividad desarrollada en el seno de las mismas como función pública, admitiendo que puede llegar a considerarse una cuestión accidental la forma concreta de gestión a través de la cual se desempeñe (p. 58); 2. La consideración de caudales públicos de los fondos de dichas entidades mercantiles, entendiéndose que en aquellas empresas en las que el capital social es íntegramente de titularidad pública, ésta resulta incuestionable; mientras que en aquellas sociedades en que participen tanto Administraciones públicas como entidades privadas, desde el momento en que se confunden las aportaciones de todas ellas, no podrá afirmarse su carácter público (p. 59); y 3. La consideración de autoridades o funcionarios de los representantes de la Administración pública en tales empresas, no encontrando obstáculo alguno el autor en afirmar dicha condición en los administradores de las empresas públicas, cuando quienes ostentan aquella condición en el seno de una Administración pública, precisamente, en virtud de su cargo, pasan a ser administradores de tales empresas (p. 60). La conclusión que extrae el autor de todo lo expuesto sobre este punto es que habrá que analizar detenidamente cada caso y siempre que se pueda establecer el carácter público de la actividad desarrollada por la empresa de que se trate y sus fondos provengan de entes públicos, podrá afirmarse la posible comisión de los delitos de malversación.

Y como tercer elemento común en los delitos de malversación, el autor analiza la relación que debe darse entre los caudales y el funcionario (pp. 61 y ss.). Como es sabido, el funcionario debe tener los caudales a su cargo por razón de sus funciones, pero la cuestión estriba, tal y como él apunta, en dilucidar si se debe dotar a tal expresión de un sentido estricto o de uno amplio. Por el sentido estricto se decanta la doctrina mayoritaria, exigiendo una competencia específica de conservación, custodia o inversión de los caudales o efectos. Por el contrario, la jurisprudencia mayoritaria interpreta dicha expresión en sentido amplio, de tal manera que dicho requisito equivaldría a tener los caudales con ocasión de o en consideración a las funciones.

4. En los cuatro capítulos siguientes el autor se ocupa, respectivamente, de cada uno de los cuatro artículos que componen el Capítulo VII del Título XIX del Libro II del Código Penal relativo a la malversación.

El capítulo cuarto del libro está dedicado al artículo 432 del Código Penal. Este capítulo comienza con una referencia a la tradicional distinción entre malversación propia (que se correspondería con el actual art. 432) y malversación impropia, pero el autor considera que parece hoy ya de sentido seguir manteniendo dicha distinción, pues “no [le] parece adecuado integrar dentro del cajón de sastre de la malversación impropia figuras tan distintas como las contenidas en el Capítulo VII del Título XIX” (p. 66).

El estudio del artículo 432 lo divide en dos partes. Por un lado, examina las modalidades típicas: activa y omisiva; y por otro lado, analiza los supuestos agravados y atenuados derivados del tipo básico contenido en el apartado 1.º del artículo 432.

Por lo que a la modalidad activa se refiere, el autor destaca, en referencia al tipo objetivo, que la acción de “sustraer” que emplea el legislador resulta incorrecta, pues el funcionario, por definición, tiene la previa posesión o disponibilidad de los caudales en virtud de las competencias derivadas de su cargo, por lo que “ni toma ni sustrae los caudales, sino que, aprovechándose de una posesión inicialmente legítima, separa los caudales o efectos del ámbito público para insertarlos en el propio, realizando actos de dominio incompatibles con su título de posesión” (pp. 67-68). Y en cuanto al tipo subjetivo, el autor entiende que la conducta típica del artículo 432 abarca toda apropiación o disposición definitiva de los caudales, separándolos de su destino con *animus rem sibi habendi*. Pero en el tipo subjetivo habrá que exigir, además, el ánimo por parte del agente de obtener un lucro, en virtud de la nueva redacción del precepto operada por el Código Penal de 1995, si bien el autor entiende, que el ánimo de lucro “ya se encuentra implícito en el ánimo de apropiación con carácter definitivo, por lo que nada nuevo se aporta en este sentido” (p. 69).

Por lo que a la modalidad omisiva se refiere “integra aquellos casos en que un funcionario no evita la apropiación por un tercero de aquellos caudales o efectos sobre los que tiene una obligación de custodia en virtud de su cargo” (p. 70), y en todo caso, el sujeto debe actuar dolosamente y con ánimo de lucro. Según el autor, esta modalidad tiene su fundamento en la “necesidad de sustraer el enjuiciamiento de la conducta del funcionario al régimen general de la participación, como método para evitar una extensión de las reglas de participación lesiva del principio de legalidad o un tratamiento penológico privilegiado” (p. 69).

En cuanto a los tipos agravados, el autor sostiene que en el supuesto de especial gravedad por el valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento al servicio público, cuando la cuantía de lo sustraído sea muy elevada será aplicable la pena prevista para el subtipo agravado, por más que no se produzca daño o entorpecimiento al servicio público (p. 71). En el supuesto de cosas declaradas de valor histórico o artístico, el autor es partidario de sostener una concepción formalista (p. 73). Y por último, entiende que el supuesto relativo a los efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública se apreciará cuando se haya producido una situación de desgracia para muchas personas y que el funcionario sustraiga efectos dedicados a auxiliarlas (p. 74).

5. El capítulo quinto de esta obra, que se ocupa del estudio del artículo 433 del Código Penal, se inicia con una presentación de las diversas modificaciones que la nueva regulación presenta respecto a la anterior (pp. 77 y ss.).

A continuación el autor examina la conducta típica, destacando que puede resultar difícil caracterizar las notas de esta conducta, dado que objetivamente es idéntica a la que se tipifica en el artículo 432. En realidad, el autor sostiene, al igual que hace la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, que la diferencia entre una y otra clase de conductas estriba únicamente en la intención del agente: ánimo de apropiación o *animus rem sibi habendi* en el artículo 432, y ánimo de utilización transitoria con intención de devolver la cosa o *animus utendi* en el artículo 433 (pp. 79 y ss.). No obstante, como destaca el autor, hay que tener en cuenta dos cosas: 1. La literalidad del artículo 433 obliga a que, por más que la intención del funcionario sea el mero uso transitorio de los caudales, además, se tiene que producir el reintegro de los caudales en el plazo de diez días desde la incoación del procedimiento penal, de tal manera que si esto no sucediese así, se impondrían las penas previstas en el artículo 432 (p. 82); 2. Una vez constatado el ánimo de apropiación resulta irrelevante el reintegro, imponiéndose las penas previstas en el artículo 432, o cuanto más, podrá determinar la aplicación de las atenuantes de auxilio y colaboración a la Administración de Justicia y reparación, previstas, respectivamente, en los apartados 4.º y 5.º del artículo 21 del Código Penal (pp. 85 y 89). Para que el reintegro tenga como efecto la importantísima consecuencia de evitar las penas previstas en el artículo 432, deberá reunir una serie de requisitos, que son examinados detenidamente por el autor (pp. 85 y ss.) y son los siguientes: el reintegro debe ser total; puede consistir en los mismos bienes tomados u otros equivalentes en sustancia, calidad y cantidad; y debe efectuarse dentro del plazo preclusivo de diez días desde la incoación del proceso.

6. El capítulo sexto se encuentra dedicado al estudio del artículo 434 del Código Penal. Este precepto, en palabras del autor, “constituye un ejemplo más de cómo un interés esencialmente dirigido a acallar determinados escándalos políticos, conduce a la redacción precipitada de nuevos tipos penales, con sus consiguientes deficiencias técnicas, ya que resulta, en algunos aspectos, de difícil acoplamiento en el esquema tradicional de los delitos de malversación” (p. 93).

El autor resalta lo difícil que resulta encontrar un significado diverso a las expresiones “usos ajenos a la función pública” y “aplicación privada” contenidas en los artículos 433 y 434, respectivamente. No obstante, siguiendo otras autorizadas opiniones, entiende que la nueva expresión apunta en la dirección de ausencia de desplazamiento en la utilización de los bienes muebles (excluido el dinero), de tal manera que “se aplicarán las penas previstas en el art. 434, si, con dicha conducta, se causa un grave perjuicio para la causa pública, en aplicación del principio de especialidad; y las penas previstas en el art. 433 en el supuesto contrario” (p. 99). Lo cual lleva a una inevitable paradoja, según el autor, y es que “si un funcionario da una aplicación particular a bienes muebles, con ánimo de lucro y con dicho proceder se ocasiona un grave perjuicio para la

causa pública, resultarán aplicables las penas previstas en dicho precepto; ahora bien, si idéntica conducta se lleva a cabo, ocasionando el mismo resultado, pero el objeto de la distracción es dinero, se aplicarían las penas leves del art. 433” (p. 99). Por eso, termina este capítulo con un vehemente ataque al artículo 434 CP proponiendo su supresión o por lo menos su reforma, porque “si lo que se deseaba era corregir técnicamente la determinación del objeto de las conductas de distracción y castigar más severamente aquellas conductas en que se perjudicara gravemente la causa pública bastaba con modificar el contenido del art. 433 e introducir un subtipo agravado” (p. 100).

7. En el capítulo siguiente, el séptimo, el autor se ocupa del artículo 435 del Código. El estudio de este artículo comienza con una completa exposición de la doctrina y jurisprudencia vertida sobre la justificación de la extensión punitiva contenida en el mismo. En términos generales, se puede decir que existe consenso en admitir la extensión recogida en los apartados 1.º y 2.º, pero no en cuanto al 3.º Concretamente, al autor le parece injustificado imponer en estos casos unas sanciones tan elevadas. “Resulta —dice él— que el objeto de su conducta no son bienes públicos, ni, por tanto, están afectos a las finalidades propias de los bienes de tal naturaleza, lo que debería conducir a una penalidad atenuada en estos supuestos” (p. 104), incluso apunta cómo “la supresión de esta modalidad de malversación referente a lo que se conoce jurisprudencialmente como quebrantamiento de depósito tampoco dejaría impunes estas conductas” puesto que podrían subsumirse en otros preceptos (p. 105).

A continuación, el autor examina pormenorizadamente cada uno de los distintos títulos de asimilación contenidos en los tres apartados del artículo 435 (pp. 106 y ss.), y con particular detenimiento estudia el apartado 3.º, prestando especial atención a los elementos del quebrantamiento de depósito y a las obligaciones del depositario (pp. 108 y ss.). Por último, finaliza este capítulo haciendo referencia específica a las modalidades de comisión (es decir, examina la compatibilidad del art. 435 con los arts. 432, 433 y 434, concluyendo que sí es posible), y analiza también el tipo subjetivo, la culpabilidad, la penalidad y los concursos.

8. El capítulo octavo lo dedica el autor a una cuestión muy importante a la par que escasamente tratada por la doctrina, que es la competencia del Tribunal de Cuentas en la determinación de la responsabilidad civil derivada de los delitos de malversación. Se examina muy bien la doctrina jurisprudencial sobre las consecuencias de la coexistencia de ambas jurisdicciones y, en particular, sobre cosa juzgada, prejudicialidad y *non bis in idem* (pp. 117 y ss.).

9. En el capítulo noveno, el autor examina la siempre difícil y discutida problemática de la autoría y participación en los delitos especiales (pp. 127 y ss.). El autor califica los delitos de malversación como delitos especiales impropios, habida cuenta que tienen su homónimo en el delito de apropiación indebi-

da (p. 127). En las páginas siguientes, el autor expone concisa, pero brillantemente, la evolución doctrinal sobre el problema de la responsabilidad del *extraneus*, y especialmente examina cuál ha sido el tratamiento dispensado en los Tribunales a esta cuestión, constatando que la jurisprudencia no ha seguido una línea unívoca a la hora de juzgar la participación de un particular en un delito de malversación. De todas formas, parece observarse una evolución hacia la unidad del título de imputación, tanto en doctrina como en jurisprudencia.

10. Concluye este libro con un capítulo dedicado a la posibilidad de que la malversación entre en concurso con otros delitos (pp. 135 y ss.), como la prevaricación, el tráfico de influencias, la infidelidad en la custodia de documentos, las falsedades documentales, el fraude de subvenciones, el alzamiento de bienes (para la modalidad del art. 435), e incluso el secuestro (caso “Marey”).

III

El trabajo que habíamos citado en segundo lugar es debido a la magnífica labor de Óscar Morales García, profesor de Derecho penal de la Universitat Oberta de Catalunya. Este estudio es, en comparación con el libro anterior, una obra de mucha mayor envergadura, pues constituye básicamente el trabajo de investigación que el autor presentó como tesis doctoral y con el que alcanzó el grado de doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Tristemente, D. José Manuel Valle Muñiz, uno de los directores de esta tesis, no ha podido llegar a ver publicada la obra de su discípulo, como sería su deseo. Por este motivo, en recuerdo del joven profesor, que nos dejó tan pronto, el autor le ha dedicado su obra.

En cuanto al libro en sí, hay que decir que se encuentra publicado en la colección *Monografías* de la Editorial Aranzadi con el núm. 136, y consta de cinco capítulos, a los que hay que añadir una exhaustiva bibliografía sobre el tema y unos índices de la jurisprudencia y de la legislación consultada también muy completos. Todo ello se encuentra expuesto en un total de 343 páginas muy densas y de una altísima calidad científica.

1. La obra arranca con un riguroso estudio de la naturaleza jurídica de los delitos contra la Administración Pública (pp. 27 y ss.). En este primer capítulo del libro, el autor realiza un análisis con gran profundidad de la configuración de las figuras delictivas paralelas de malversación existentes en Derecho comparado, deteniéndose especialmente en los ordenamientos jurídicos italiano y alemán.

El autor destaca la “*situación de transitoriedad* por la que atraviesan los diversos sistemas de construcción de los ilícitos contra la Administración Pública” (p. 27). Esta situación es debida a las numerosas reformas que han expe-

rimentado los distintos ordenamientos jurídicos en esta materia durante los últimos años. Así, en Italia la reforma de 1990 del CP supuso una profunda reestructuración de los “*Delitti contra la pubblica amministrazione*”, y particularmente del delito de *peculato* (pp. 32 y ss.); en Alemania la *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* de 1974 suprimió muchos delitos de funcionarios, y entre ellos, la tradicional *Amtsunterschlagung* (pp. 37 y ss.); y en España, el nuevo Código Penal de 1995 introduce una nueva sistematización de los delitos contra la Administración Pública (pp. 44 y ss.). Concretamente, en cuanto a la nueva regulación de la malversación, en una primera aproximación, que luego será completada a lo largo de la obra, Óscar Morales subraya cómo “la supresión de las figuras más próximas al cumplimiento de deberes administrativo-funcionariales y la introducción en el ‘tipo básico’ de la explícita exigencia de ánimo de lucro en la sustracción, parecen redundar en una definitiva contemplación de los intereses patrimoniales del Estado como (co)fundamento del injusto, al que se añadiría el regular desenvolvimiento de los servicios públicos desvinculado, eso sí, de consideraciones de corte funcional” (pp. 52-53).

En esta última parte del capítulo primero dedicada al ordenamiento jurídico español, el autor examina la evolución que experimenta la doctrina científica española en torno al bien jurídico protegido en la malversación (pp. 47 y ss.), constatando una evolución muy similar a la acaecida en Italia, que va desde las opiniones de los comentaristas clásicos del siglo pasado ligadas a la teoría del deber del cargo, pasando por la tendencia posterior y mayoritaria de una concepción dual, hasta las más recientes que hacen descansar la naturaleza de la norma en su vinculación con los principios constitucionales de actuación de la Administración pública y su capacidad prestacional. El autor también estudia con bastante detenimiento la evolución jurisprudencial en este punto, y observa cómo se llega a afirmar por parte de los Tribunales hasta seis bienes jurídicos diversos. No obstante, de entre las múltiples propuestas jurisprudenciales, el autor destaca dos: de un lado, aquella que sostiene la vinculación de los delitos de malversación a principios de corte patrimonial, obviando cualquier consideración sobre la imagen de la Administración o sobre sus principios constitucionales de actuación; y de otro lado, aquella que junto a la naturaleza patrimonial de los tipos de malversación añade también elementos inherentes a la axiología del artículo 103 de la Constitución (p. 58).

2. En el capítulo segundo, quizás la parte más importante de todo el libro, Óscar Morales desarrolla extensamente su concepción del bien jurídico protegido en los delitos de malversación, demostrando un profundo conocimiento no sólo de la bibliografía penal específica sobre la materia, sino también de la administrativa (pp. 61 y ss.). El autor parte de que el núcleo de injusto de los tipos penales comprendidos en el Título XIX no puede desligarse de la consideración de la “dignidad humana como clave de bóveda normativa de la madeja dogmático-constitucional”. Ahora bien, “la vinculación a la dignidad no significará

—matiza el autor— una identificación entre ésta y el objeto jurídico penalmente relevante. Antes al contrario, dicha vinculación únicamente constituye un parámetro de referencia sobre el que funcionalizar la actuación de los poderes públicos y sobre el cual, por consiguiente, habrá de reposar la actuación de la Administración Pública; razón por la cual su configuración constitucional adquiere especial trascendencia” (p. 69). Y en este punto, el autor considera que la Administración Pública se configura constitucionalmente como una “institución en tanto, para la consecución de sus fines, debe necesariamente incardinarse en el tráfico jurídico, personalizándose, independientemente del modo jurídico público o privado en que se materialice aquélla” (p. 74) y esta necesidad deriva de una singular interacción de principios derivados del Estado social (pp. 74 y ss.), del Estado de Derecho (pp. 77 y ss.) y organizativos (pp. 79 y ss.). Desde esta perspectiva, la Administración se caracterizaría por su servicio a los intereses generales, debiendo ser éstos satisfechos conforme a los principios de eficacia (art. 103.1 CE) y eficiencia (art. 31.2 CE). Conforme a ello, “puede afirmarse —apunta Óscar Morales— que la tipificación autónoma de los delitos de malversación y la consiguiente tutela del *acervo público* al margen de los delitos patrimoniales comunes, se justifica desde la necesidad de otorgar cobertura jurídico penal a los principios inherentes a la función de gasto y, concretamente, al principio de eficacia” (p. 82), entendido éste desde el *modelo de sistemas*, “donde ‘partiendo de un concepto de sistema como conjunto de elementos en interacción dinámica, organizados y orientados hacia el logro de uno o varios objetivos, esta perspectiva entiende la eficacia en términos de grado de funcionamiento del sistema, esto es, la capacidad de la organización para satisfacer sus requisitos organizacionales’” (p. 85). Por tanto, la fijación del núcleo del principio de eficacia vulnerado en los delitos de malversación, pivotaría, no tanto desde los parámetros de la eficacia que alzapriman la valoración de la consecución del fin por encima de la contabilización de la mayor o menor optimización de los recursos (concepto central en la actividad de *imperium* de la Administración), sino “alrededor de la estricta relación entre los medios y los fines, recurriendo tanto a la verificación de la adherencia de aquéllos a éstos cuando se hallan determinados, cuanto a criterios encuadrables en la órbita de actuación del principio de eficiencia, a saber, de idoneidad de los mecanismos financieros empleados a pesar de la satisfacción final del objetivo o, de otro modo, de concreción de un objetivo concreto derivado de la exclusiva definición de los recursos. Lo cual sitúa el principio de eficiencia en el más amplio de eficacia” (p. 89).

Todo ello, trasladado al terreno de los delitos de malversación supone, en opinión del autor, que la sustracción de caudales o efectos públicos prevista en el artículo 432 se dirige a la “protección del principio de eficacia en su segmento básico de resultado, en cuanto a través de la apropiación de los medios financieros de la Administración se impide a ésta la consecución del fin al cual se

hallaban adscritos. La modalidad de peculado por distracción, en cambio, desarrolla la tutela del principio en una doble vertiente comprensiva tanto de la constatación de la imposibilidad de desarrollar los fines a los que los caudales o efectos sirven, cuanto del examen del específico concepto de eficiencia, en su vertiente económica de máximo aprovechamiento de los recursos en función del interés al que se destinan, toda vez que la distracción queda perfeccionada con la verificación de la aplicación de los caudales o efectos a usos *ajenos a la función pública* (...). Por último, el tipo del artículo 434 CP de aplicación privada de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a las Administraciones Públicas (...) dibuja asimismo conductas cuyo potencial lesivo se centra en la obstaculización de la satisfacción de los fines a que tales medios (también financieros) responden. Lo que no impide que, en esta ocasión, el principio de eficacia contemple no sólo una relación específica entre medios y fines sino, además y a raíz de la exigencia del grave daño a la causa pública, algunos de los elementos propios de la Administración en sentido estrictamente organizatorio. En todo caso, la comprensión del principio de eficacia en los términos expuestos no puede reducirse hasta su consideración como exclusiva connotación de carácter patrimonial” (pp. 92-93). De este modo, concluye el autor, “los delitos de malversación de caudales y efectos públicos tutelan el patrimonio en los términos impuestos por el principio de eficacia” (p. 95).

3. El capítulo tercero, que aborda ya el análisis de los tipos penales, se ocupa de los problemas fundamentales relativos al objeto material del delito (pp. 101 y ss.), a saber: el concepto de caudales o efectos, por un lado, y el alcance del carácter público de los mismos, por otro.

Por lo que a la primera cuestión se refiere, el autor entiende que el término “caudal” hace referencia a dinero, mientras que la referencia a los “efectos” sería equivalente a cosas muebles (p. 101, particularmente nota 1). En este sentido se puede decir que existe un cierto paralelismo con el ámbito del objeto material en los delitos patrimoniales clásicos. No obstante, el autor apunta algunas limitaciones a esta equiparación: en primer lugar, la condición de mueble del caudal u objeto en el artículo 432 CP, pero en los artículos 433 y 434 CP, de mueble o de inmueble, indistintamente (pp. 103-105); y en segundo lugar, no es necesaria siempre la apreciación económica del objeto, ahora bien, “ello no significa —dice él— que los efectos, cosas o bienes muebles e inmuebles puedan ser objetos carentes de cualquier clase de valor. Normalmente, éste se medirá en términos dinerarios... Sin embargo, puede suceder que su valor atienda únicamente a su capacidad para la actuación de los poderes públicos. En estos casos, el objeto no pierde su relevancia típica” (p. 110). Termina esta primera parte relativa al concepto de caudal o efecto haciendo referencia a algunos supuestos controvertidos de malversación, como la mano de obra (p. 113: se muestra contrario a admitirla), los cadáveres y órganos humanos (p. 116: partidario de admitirlos como objeto material del delito de malversación), y los gametos y óvu-

los fecundados en estado preembrionario (p. 117: también partidario de admitirlos).

En cuanto al carácter público de los caudales o efectos, el autor divide su estudio en tres niveles.

1.^{er} nivel: Pasa revista a la multiplicidad de entes dependientes de la Administración Pública, para comprobar cuáles de ellos merecen el calificativo de públicos. Así, poseen dicho carácter, en opinión del autor, además del entramado orgánico de la Administración estatal, autonómica y local, los Organismos Autónomos (pp. 124 y ss.), las Entidades públicas empresariales (p. 132), las Mancomunidades municipales y los Consorcios (p. 145); no lo poseen, en cambio, las sociedades de economía mixta, las sociedades anónimas unipersonales participadas por el Estado (pp. 133 y ss.), ni tampoco las Corporaciones sectoriales de base privada (pp. 146 y ss.).

2.^o nivel: Analiza la relación jurídica o régimen de adscripción que debe establecerse entre los entes públicos y los caudales o efectos para que éstos puedan ser calificados como públicos. En este nivel, los caudales propiedad de las personas públicas indicadas quedan publicados a efectos penales (pp. 151 y ss.). Pero las relaciones jurídicas que atribuyen el carácter de público a los caudales no se limitan únicamente a la propiedad, sino que también son válidas, a juicio del autor, otras como el usufructo sobre bienes muebles, la posesión (cuando la misma expresa un tipo de relación específica sobre la cosa), la enfiteusis (aunque él lo considera discutible), los derechos hipotecarios y de prenda, y, por supuesto, el arrendamiento de semovientes (pp. 165-166). A raíz del examen de este segundo nivel, Óscar Morales realiza un interesantísimo *excursus* sobre el alcance de las disposiciones extensivas del artículo 435 CP, para dotar de una cierta coherencia interna al capítulo de la malversación, intentando paliar algunos de los “rasgos esquizofrénicos” (p. 163) de los que está impregnado el citado artículo. Con esta finalidad, el autor empieza por rechazar cualquier posibilidad de entender incluidos a los funcionarios públicos en el núm. 1 del artículo 435 CP (p. 162); en segundo lugar, entiende que la distinción entre el art. 435.1 y los arts. 432 y 435.2 estribaría en que éstos se extienden hasta abarcar la función jurisdiccional y la legislativa de la Administración Pública en sentido lato, mientras que aquél sería comprensivo únicamente de la función administrativa (p. 164); y por último, en referencia al apartado 3.^o del artículo 435, entiende que la expresión “*aunque* pertenezcan a particulares” excluye el carácter público de los bienes sujetos a las relaciones cautelares (secuestro, embargo o depósito por autoridad pública).

Y 3.^{er} nivel: El objeto material no alcanza el carácter público “si no se incorpora al desempeño de las funciones propias de ese ente, lo que desde esta óptica significa que *la vinculación al ente y la relación jurídica de éste con la cosa deben situarse en relación directa*” (p. 169).

4. El capítulo cuarto de esta obra se encuentra dedicado al estudio de la relación que debe existir entre el sujeto activo y el objeto material, es decir, la tenencia a su cargo por razón de sus funciones (pp. 181 y ss.). El autor estudia aquí el alcance de esta expresión típica en sus dos componentes: la puesta a cargo, por un lado, y que sea por razón de las funciones, por otro. Pero además, con motivo del estudio de este elemento típico, el autor examina también las relaciones concursales del delito de malversación con los delitos de apropiación indebida de los artículos 252 y 438 CP, y las consecuencias que este requisito típico tiene en relación con el principio de retroactividad de las disposiciones favorables al reo.

Por lo que al alcance de la relación entre el sujeto activo y el objeto material se refiere, el autor identifica “tenencia a su cargo” con la mera disponibilidad sobre el objeto (p. 188), en el sentido de que el sujeto debe tener algún tipo de posibilidad de operar jurídicamente sobre el mismo, no siendo admisible limitar la expresión a la mera posesión (p. 183), ni tampoco trasladar aquí la construcción alemana sobre el término custodia (*Gewahrsam*) (p. 185).

En cuanto al contenido de la expresión “por razón de sus funciones”, el autor critica aquellas concepciones subjetivas que equiparan la razón de las funciones y la condición de funcionario (pp. 191 y ss.), y se muestra partidario de exigir una competencia específica. El término “razón” —dice Óscar Morales— circunscribe la tenencia a la competencia del funcionario, pero la competencia de éste puede manar de fuentes muy variadas, como la Ley, el Reglamento, un acto administrativo o un contrato con apariencia de legitimidad, es decir, con independencia de una posterior declaración de anulabilidad del acto o de la disposición (pp. 199 y ss.).

A continuación, el autor examina las relaciones concursales entre el tipo de peculado mediante sustracción (art. 432) y los delitos de apropiación indebida (art. 252) y apropiación indebida agravada (art. 438), entendiendo que entre éstos y la malversación de caudales del art. 432 se produce una concurrencia de normas penales a resolverse aplicando las reglas del principio de especialidad (p. 210). Y en cuanto a las relaciones concursales con el delito de estafa (p. 217), el autor afirma que únicamente cabe la concurrencia de normas cuando el funcionario sea competente, pues si no lo fuese, subsistiría sólo la tipicidad de la estafa. En estos casos en que, por ejemplo, el funcionario reclame una cuantía mayor de la adeudada o reintegre una cantidad inferior de la debida, deberá apreciarse un concurso de delitos.

Para finalizar este capítulo, el autor se plantea la cuestión de la naturaleza de la publicidad de los caudales como elemento del tipo, considerando que el concepto de caudal público es “un elemento normativo del tipo” y no una norma penal en blanco (p. 221). Sentada esta base, el autor extrae como consecuencia que sólo cabría la aplicación de la ley penal más favorable si ante una muta-

ción legislativa, ésta supone un cambio valorativo y no meramente fáctico del elemento normativo (p. 226), como sucedería, por ejemplo, si se dispusiese que todos los organismos autónomos o todas las entidades públicas empresariales dejaran de considerarse Administración pública (p. 230).

5. En el último capítulo del libro, el quinto, el autor analiza las diferentes conductas típicas que integran la regulación legal de la malversación (pp. 237 y ss.). Comienza por examinar las distintas propuestas doctrinales de armonización de las conductas típicas del Capítulo que han sido elaboradas hasta ahora, pero ninguna le convence (pp. 238 y ss.). Ante este panorama, el autor ofrece una reinterpretación del contenido legal del Capítulo, lo cual hace apoyándose en la dogmática desarrollada en torno al concepto de apropiación (*Zueignung*) y estableciendo conexiones entre sus dos elementos (el apoderamiento —*Aneignung*—, como elemento positivo de la apropiación; y la expropiación —*Enteignung*—, como elemento negativo) y cada uno de los tipos de malversación (pp. 246 y ss.). La solución a que llega el autor es una sugerente y novedosa reinterpretación de las conductas típicas de malversación, y en particular, del artículo 433, en torno a la cual se puede decir que gira toda la reinterpretación que hace del Capítulo. A juicio del autor, el artículo 432 habría que reservarlo para los casos de “burda apropiación, donde el objeto material desaparecería del ámbito de dominio de las Administraciones públicas como consecuencia de un acto dispositivo del autor que en tal caso se comporta como si fuese el legítimo propietario” (p. 248); se estaría exigiendo, por tanto, los dos momentos de la apropiación (apoderamiento y expropiación). El artículo 434 CP supondría, por parte del sujeto activo, “la adopción de una posición jurídica respecto del objeto diversa a la que se autoriza al agente sin correlativa expropiación del objeto” (pp. 249, 267 y ss.); por lo tanto, bastaría sólo el apoderamiento, es decir, la asunción de la posición de “*dominus* negocial” sin expropiación correlativa. Y, por último, el artículo 433 CP “únicamente contempla uno de los momentos en que la apropiación consiste. Este sería, lógicamente, el expropiativo” (p. 249; y extensamente, pp. 251 y ss.); estaría vinculado, por lo tanto, solamente al momento negativo de la apropiación. En particular, el artículo 433 quedaría reducido a aquellos casos de utilización arbitraria de potestades discrecionales, pues es el único supuesto en que podría quedar excluido el momento positivo de la apropiación al parificarse el sujeto a un “*dominus* negocial” (p. 253). Conforme a ello, “el artículo 433 CP se configura entonces como prevaricación específica mediante la cual se consuma una administración desleal del patrimonio público” (*ibidem*), lo cual a su vez comporta concebir el reintegro de los caudales como una excusa absolutoria parcial inspirada en la reparación del daño (p. 265) y que la pena principal sería entonces la prevista en el párrafo segundo del artículo 433 CP.

La reinterpretación de las distintas modalidades delictivas alcanza también al elemento subjetivo del ánimo de lucro (pp. 271 y ss.), el cual va a desempe-

ñar un papel diverso en cada uno de los preceptos. Así, respecto del artículo 432 CP, el autor entiende que el dolo típico incorpora ya el ánimo de lucro, entendido como ánimo de apropiación (p. 274); en el artículo 433 CP, considera que el ánimo de lucro, en cuanto obtención de ventajas patrimoniales o directamente relacionadas con la clase a la que pertenezca el objeto material, es igualmente requisito imprescindible (p. 275); y por lo que al artículo 434 CP se refiere, el ánimo de lucro debe configurarse como “cualquier clase de ventaja, económica o no, que el sujeto obtenga con la utilización de los caudales o efectos” (ibidem).

A continuación, el autor se plantea y resuelve diversos problemas relativos a la autoría (pp. 277 y ss.). En este epígrafe, se examina, en primer lugar, la autoría y participación en el artículo 432 CP, prestando especial atención, por un lado, a la participación del *extraneus* en la modalidad por omisión, en donde “la solución pasa —afirma Óscar Morales— por una discriminación de las hipótesis en que la concurrencia normativa se produce con el delito de hurto, en cuyo caso el principio rector para la solución del problema concursal es el de especialidad, de aquellas otras en que el delito convergente es el robo con fuerza en las cosas, situación que reclama la aplicación de la regla 4.^a del artículo 8 CP” (p. 284); y por otro, al título de imputación del *extraneus* en supuestos de autoría activa del *intraneus*, en cuyo caso al autor le parece “razonable la quiebra de la unidad del título de imputación” (p. 286). Y en segundo lugar, analiza la autoría y participación en la administración desleal del artículo 433 y en la aplicación privada del artículo 434. A este respecto, el autor, en primer lugar, niega la posibilidad de una autoría mediata por parte de un funcionario que se sirve de un instrumento doloso no cualificado (p. 287); en segundo lugar, admite la unidad del título de imputación en supuestos de participación de un *extraneus*, si bien acoge la solución propuesta por el Tribunal Supremo de aplicar en estos casos una atenuante de análoga significación para reducir la sanción al partícipe no cualificado (p. 288); y por último, permite la extensión al partícipe de la semi-excusa absoluta del artículo 433 CP en los casos en que éste contribuya al reintegro del importe de lo distraído (p. 290).

Por último, el autor termina este capítulo, y con ello también el libro, haciendo referencia a los problemas relacionados con el error (pp. 290 y ss.), entre los que cabe destacar: 1.º El error sobre el embargo, secuestro o depósito (pp. 297 y ss., al cual aplica las reglas de error sobre la valoración global del hecho); 2.º El error sobre los requisitos de la autoría, sobre la competencia y sobre el destino alternativo en la distracción (pp. 300 y ss., respecto a los cuales prefiere la solución de error de tipo en los casos límite); y 3.º Los errores inversos o al revés (pp. 304 y ss., para los cuales opta por apreciar un delito putativo o una tentativa inidónea, según los casos).

IV

Para finalizar sólo me resta felicitar muy cordialmente a mis dos colegas por estos magníficos trabajos, aunque personalmente discrepe con ellos en algunos puntos concretos. Pero de todas formas, ello no me impide reconocer la gran valía científica de los mismos, cuya lectura, por lo demás, recomiendo muy vivamente, pues estoy seguro que el lector no quedará en absoluto defraudado.

Luis Roca Agapito

Profesor asociado de Derecho Penal
Universidad de Oviedo

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

CEREZO MIR, J., *Derecho Penal, parte general*. Lecciones 26-40, 2.^a ed., UNED, Madrid, 2000.

COBO DEL ROSAL, M., (Dir.), *Comentarios del Código penal*, tomo III (arts. 24 a 94), EDERSA, Madrid, 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal*. “Introducción”, 2.^a ed., Universidad Complutense, Madrid, 2000.

POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte general*, tomo II, *Teoría jurídica del delito*, Volumen I, Bosch, Barcelona, 2000.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

BARBERO SANTOS/DIEGO DÍEZ-SANTOS (Coords.), *Criminalidad, medios de comunicación y proceso penal*, Ediciones Universidad, Salamanca, 2000.

CEREZO MIR/SUÁREZ MONTES/BERISTAIN IPIÑA/ROMEO CASABONA (editores), *El nuevo Código penal. Presupuestos y fundamentos. Libro-Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999.

DÍEZ RIPOLLES/SANTOS AMAYA/GARRIDO DE LOS SANTOS (eds.), *La atención a los enfermos terminales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO (eds.), *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

GRANADOS PÉREZ, C., *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para la unificación de la jurisprudencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt/Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (edición española), *La incontenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000.

MARTÍN LÓPEZ, M. T. (Coord.), *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.

RODRÍGUEZ YAGÜE/VALMAÑA OCHAITA (Coords.), *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

AA.VV., *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código penal de 1995. Personas criminalmente responsables*, Bosch, Barcelona, 2000.

BAUCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

FELIP I SABORIT, D., *Error inris. El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000.

GARCÍA GARCÍA, L., *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000.

MARTÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político-criminales*, Comares, Granada, 2000.

PINA-FUSTER, R., *Embriaguez, alcoholismo y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2000.

SEGURA GARCÍA, M.J., *El consentimiento del Titular del bien jurídico en Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

TRAPERO BARREALES, M.A., *Los elementos subjetivos y las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000.

VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Comares, Granada, 2000.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

ARANGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos contra el honor*, Dykinson, Madrid, 2000.

BLANCO LOZANO, C., *La tutela del agua a través del Derecho penal*, J. M. Burch, Barcelona, 2000.

BOIX REIG/MIRA BENAVENT, *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

BORÉ RIVAS/SOTERAS ESCARTÍN, *De las falsedades. Comentario a los artículos 386 al 403 del C.P. de 1995*, Bosch, Barcelona, 2000.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa y el Derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del Código penal)*, ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 2000.

CORTES BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos. Nueva regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

CHOCLÁN MONTALVO, S.A., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 2000.

GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA NOVOA/LÓPEZ DÍAZ (Coords.), *Temas de Derecho penal tributario*, Madrid, 2000.

GÓMEZ RIVERO, M.C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

JORGE URBINA, J., *Protección de las víctimas de los conflictos armados. Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.

NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

ORDEIG ORERO, M.J., *El delito de acusación y denuncias falsas*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ORTUBAS FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estado del artículo 311 del Código Penal*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.

OTERO GONZÁLEZ, M.P., *La relevancia del secreto de Estado en los procedimientos penales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

RAMOS TAPIA, I., *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

RODRÍGUEZ MEER, M.J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Granada, 2000.

SÁNCHEZ/LARRAURI, *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, La Ley, Madrid., 2000.

SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, J.L., *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el nuevo Código penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

TAMARIT JUMALLA, J.M., *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código penal (art. 143)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Tecnos, Madrid, 2000.

V. DERECHO PENITENCIARIO

FIGUEROA NAVARRO, C., *Los orígenes del penitencianismo español*, Edisofer, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Tecnos, Madrid, 2000.

VI. CRIMINOLOGÍA

BERISTAIN IPIÑA, A., *Victimología. Nueve palabras clave*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

CORCOY/RUIDIAZ (eds.) *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2000.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. COMENTARIOS

Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia. Dos volúmenes (vol. I: arts. 1 a 648; vol. II: arts. 649 a 998), coordinados por CABEDO NEBOT, R., Madrid, 2000, 2050 págs.

GIMENO SENDRA, V., CONDE-PUMPIDO, C., GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia*, 7 vols. (incluye cederrón), Barcelona, 2000, 5200 págs.

II. MONOGRAFÍAS

BONET NAVARRO, J., *Casación penal e infracción de precepto constitucional*, Madrid, 2000.

CARDONA MÍNGUEZ, E., *El jurado. Su tratamiento en el Derecho procesal español*, Madrid, 2000, 284 págs.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Problemas del juicio oral con jurado*, Madrid, 2000, 448 págs.

DELGADO MARTÍN, J., *El juicio de faltas*, Barcelona, 2000, 506 págs.

DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, 2000, 367 págs.

ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, 2000, 380 págs.

FERNÁNDEZ VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *El Juez natural de los Parlamentarios*, Madrid, 2000, 177 págs.

GONZÁLEZ PILLADO, E., *Instrucción y preparación del juicio oral en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado*, Granada, 2000, 258 págs.

GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Madrid, 2000, 350 págs.

LUZÓN CUESTA, J.M., *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Madrid, 2000, 128 págs.

— *El recurso de casación penal*, Madrid, 2000, 2.^a ed.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *Segunda instancia en el proceso penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 2000, 330 págs.

MARTÍN GARCÍA, P., ÁLVAREZ CIENFUEGOS, J.M., PEREA VALLANO, A. y DOÑATE MARTÍN, A., *Los recursos penales*, Valencia, 2000, 406 págs.

MEDINA CEPERO, J.R., *Los cinco artículos de previo pronunciamiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Un análisis crítico*, Valencia, 2000, 356 págs.

MONTERO AROCA, J., *Detención y apertura de la correspondencia y de los paquetes postales en el proceso penal*, Valencia, 2000, 319 págs.

NIEVA FENOLL, J., *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000, 324 págs.

NOYA FERREIRO, M.L., *La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Valencia, 2000, 350 págs.

POLO RODRÍGUEZ, J.J., y HUÉLAMO BUENDÍA, A.J., *La nueva Ley penal del menor*, Madrid, 2000, 175 págs.

RIVES SEVA, A.P., *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Pamplona, 2000, 310 págs.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *La contaminación procesal. El derecho al Juez imparcial. Causas de abstención y recusación*, Madrid, 2000, 174 págs.

— *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal (noción básicas. Jurisprudencia esencial)*, Granada, 2000, 576 págs.

— *La libertad de información y el secreto de la instrucción. Consecuencias penales. Propuestas*, Granada, 2000, 80 págs.

III. MANUALES

RIFA SOLER, J.M. y VALLÁS GOMBAU, J.F., *Derecho procesal penal*, Madrid, 2000, 512 págs.

IV. OTROS

GRANADOS PÉREZ, C., *Acuerdos del pleno de la Sala del Tribunal Supremo para unificación de jurisprudencia, Años 1991-2000*, Valencia, 2000, 222 págs.

MONTERO AROCA, J., *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Valencia, 2000, 350 págs.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *Guía bibliográfica de Derecho Procesal*, 2.^a ed., La Coruña, 2000, 611 págs.