

La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada

MARIO GUILLERMO ROJO ARANEDA

Abogado
Universidad de Santiago de Chile

I

En realidad, quiero referirme a dos temas que tienen poca relación entre sí, pero quizás lo que los hace ser tratables en una misma ocasión es que constituyen normas relativamente imaginativas en lo sustantivo del Derecho penal y además por que vincula estrechamente el derecho penal sustantivo con el derecho procesal penal, atendido que muchas veces se pretende lograr determinados objetivos de política criminal a través del establecimiento de normas del derecho penal sustantivo sin considerar los efectos que ellas puedan tener en el procedimiento penal, y atendida la última relación que existe entre ambas ramas del derecho, evidentemente resulta muy importante, siempre que se pretenda lograr un determinado objetivo de política criminal por el derecho penal sustantivo, establecer cambios en el procedimiento penal para que efectivamente esos objetivos se traduzcan en una realidad.

Veamos primero las modificaciones introducidas a la Institución de la «legítima Defensa Privilegiada», para referirnos finalmente a las modificaciones que ésta institución tuvo en el año 1992 por intermedio de la ley núm. 19.164, consecuentemente debo ubicar el tema y para hacerlo me referiré brevemente, por cierto, al concepto de los elementos que los integran entre los cuales se cuenta la «Juridicidad», dentro del cual cae, de suyo el tema de la «Legítima Defensa» y específicamente «La Legítima Defensa privilegiada».

Sabido es, y pese a lo que establece el artículo 1.º del Código penal, que delito «No es Toda Acción u Omisión Penada por la ley»,

sabido es que no necesariamente por que alguien mate a otro existe Delito de Homicidio, ni tampoco porque alguien llegue golpee, o maltrate de obra a otro causándole enfermedad o incapacidad por un tiempo determinado, existe un «delito de Lesión», porque a pesar que el artículo 1.º del Código penal establece que «delito es toda Acción u Omisión Voluntaria penada por la Ley», si se tiene a la vista el artículo núm.10 del Código Penal (chileno) que establece las llamadas eximentes de responsabilidad penal, resulta obvio que sólo habrá delito en la medida que alguien realice una conducta de aquellas que la ley pena, siempre y cuando no concurra al mismo tiempo alguna de las «Eximentes» de responsabilidad penal del artículo 10 del Código penal (chileno), esto en cuanto al texto positivo.

Doctrinariamente se traduce esto mismo en que el verdadero concepto de delito es el de «Conducta típica, antijurídica y culpable». Sólo hay delito en la medida que se reúnan estos 4 elementos y voy a seguir en ésta explicación la tendencia Causalista y no la finalista, excusándome aquellos que dedicados al derecho penal prefieran la segunda, pero por razones pedagógicas siempre se prefiere el causalismo como método de explicación del Delito.

Los elementos del delito son en consecuencia estos cuatro, vale decir: Conducta, tipicidad, antijuridicidad y Culpabilidad. Para que exista delito lo primero es que haya una conducta humana, un hacer o un no hacer, susceptible de ser captado por los sentidos y producido por un ser humano. El segundo elemento del delito es la Tipicidad, esto es la conducta humana realmente producida en el mundo del ser, en el tiempo y en el espacio, es preciso que pueda encuadrarse perfectamente dentro de algunas de estas descripciones abstractas de conducta humana que el legislador ha establecido en las legislaciones penales asignándoles una pena como consecuencia jurídica. Los tipos penales son esos, son descripciones abstractas de conductas humanas establecidas por la ley para los efectos de proteger bienes jurídicos asignándoles una pena como consecuencia jurídica para su realización efectiva, si es que llega a producirse. Para que exista delito entonces, la conducta debe ser «Típica» esto es deben reunirse elementos de tipicidad que consistan en la seguridad de encuadrar perfectamente lo realmente acontecido, lo hecho por alguien con alguna de esas conductas descritas en forma abstracta en los tipos penales. La tipicidad se dice y se sostiene con razón, es iniciara del tercer elemento del delito, la «Antijuridicidad». Las conductas típicas normalmente, por regla general, son también antijurídicas, pero no siempre, porque por excepción puede haber conductas que aunque típicas, aunque encua-

drables dentro de alguno de los tipos penales, sin embargo no sea antijurídica, no sea contraria a derecho.

¿Qué es esto de la Antijuridicidad que es el tercer elemento del delito? La antijuridicidad se define generalmente así: «Es la contradicción que debe existir entre una conducta típica realmente acontecida en el mundo del ser y el ordenamiento jurídico tomado en su conjunto». Es este un Juicio de valor objetivo, una comparación que se realiza entre dos elementos reales, por una parte la conducta típica, lo que alguien hizo y que se encuentra dentro del algún tipo penal, y por el otro lado el Ordenamiento Jurídico tomado en su conjunto. Si de ésta comparación objetiva entre estos dos elementos reales, porque tan real es la conducta típica como el ordenamiento Jurídico, surge que hay contradicciones entre lo hecho por el individuo y lo ordenado por el derecho, quiere decir que existe antijuridicidad, que la conducta es antijurídica, que es contraria a derecho y que corresponde, finalmente, establecer si existe a su respecto o no el Cuarto elemento del delito: La «Culpabilidad», esto es el Juicio de reproche que se le formula al sujeto que, pudiendo elegir libremente entre actuar de acuerdo con las normas jurídicas o contra ellas, voluntariamente escoge actuar en contra del ordenamiento jurídico. Pero si de la comparación que se hace entre la conducta típica realmente acontecida y el ordenamiento jurídico tomado en su conjunto resulta que no hay contradicción, por que el ordenamiento jurídico en forma expresa autoriza, permite o incluso ordena la realización de esa conducta típica, resulta que la conducta típica no es antijurídica, no contraría al derecho y no hay delito. De ahí la importancia por determinar, por cierto, si existe o no antijuridicidad en la conducta típica, si la conducta típica no es contraria a derecho no hay delito simplemente, por mucho que el legislador la haya descrito asignándole una pena como consecuencia jurídica, porque resulta que el ordenamiento jurídico en otra parte, a través de otras normas, ha autorizado, ha permitido o incluso a veces llega a ordenar la realización de esa conducta típica. Cuando esto acontece, cuando el ordenamiento expresamente autoriza, permite o incluso ordena la realización de conductas que ha tipificado como delito, es porque estamos en presencia de lo que se conoce como «Causales de Justificación».

II. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Las causales de justificación se pueden definir, como «aquellos hechos formalmente, a los cuales la ley les atribuye el efecto de hacer

que una conducta típica no sea antijurídica» ¿Por qué pasa esto? ¿Por qué si por un lado el legislador ha tipificado una conducta, asignándole una pena como consecuencia jurídica, por otra parte autoriza, permite o incluso ordena que esa conducta típica se realice dejando esta de ser un ilícito penal pasando en cambio a ser una conducta perfectamente lícita?

Esto sucede por dos razones: 1.º A veces sucede porque existe ausencia del interés protegido, cuando el legislador tipifica una conducta es porque pretende proteger un determinado interés, pretende proteger un bien jurídico, la Vida, la Propiedad, la libertad etc., etc., 2.º A veces ocurre que el titular de ese bien jurídico, él mismo consciente en que su bien jurídico le sea afectado; cuando esto ocurre, obviamente, ya no existe el interés que el legislador posiblemente tiene y pretende proteger y por eso opera la causal de justificación y no existirá antijuridicidad en la conducta típica.

Pero las más de las veces esta causal de justificación existe por otra razón. En muchos casos puntuales, reales y concretos, se presenta un conflicto entre dos bienes jurídicamente protegidos, entre dos vidas, entre una vida y una integridad corporal, entre una libertad y una propiedad, etc. etc., y el legislador reconoce la existencia de posibles conflictos de intereses y optó por uno de ellos. Prefiere un bien jurídico en desmedro de otro.

Las causales de justificación, estos hechos a los cuales la ley les atribuye el efecto de hacer que una conducta típica no sea contraria a Derecho, no sea antijurídica, se fundamenta normalmente en la solución de un conflicto de intereses en virtud del cual el legislador prefiere el interés que se denomina preponderante por sobre el otro bien en conflicto.

Las causales de justificación que nuestra legislación positiva reconoce las podemos enumerar en las siguientes:

1. La Legítima defensa.
2. El Estado de Necesidad.
3. El Cumplimiento de un deber.
4. El Ejercicio Legítimo de un Derecho.
5. El Ejercicio Legítimo de una Autoridad, oficio o cargo.
6. La Omisión por causa legítima.

El tema nuestro se centra en la «Legítima Defensa» que es una de estas causales de justificación, por lo tanto cuando existe legítima defensa, lo que existe es una causal de justificación, un hecho al cual le atribuye el efecto de hacer que la conducta típica no sea antijurídica, y esto ¿por qué?, porque el legislador, frente a un conflicto de

intereses, frente en éste caso preciso, al interés o al bien jurídico cuyo titular es el agresor y el bien jurídico cuyo titular es el defensor, prefieren el bien jurídico del defensor en desmedro del bien jurídico del agresor. Y en este caso la conducta típica realizada por el defensor, que incluso puede llegar a dar muerte al agresor, es una conducta autorizada por el derecho u aunque típica no es por tanto antijurídica y no constituirá delito ni dará lugar a responsabilidad criminal ni a sus consecuencias, que es su aplicación de la pena. Cuando hay legítima defensa entonces, no hay antijuridicidad y por ello es que no hay delito, aunque la conducta realizada por el que se defiende es una conducta típica.

III. «LA LEGÍTIMA DEFENSA»

La Legítima Defensa, en nuestra legislación positiva, está constituida por tres tipos distintos de legítima defensa, tienen en común en que en todas ellas la ley autoriza la defensa de la persona y los derechos del que defiende o de aquel a quien se defiende. La legítima defensa tiene amplísimo campo de aplicación, a diferencia de lo que sucede con otra causal de justificación como es la del estado de necesidad, en que nuestra legislación solo permite afectar a través de ella la propiedad, en cambio a través de la legítima defensa se puede salvar cualquier bien jurídico del que se sea titular desde el punto de vista del defensor, u de otra persona en el caso de que se defienda a otro, como vamos a ver, y permite la legítima defensa atentaren contra de cualquier bien jurídico del agresor. Su campo de aplicación por tanto, es amplísimo desde el punto de los bienes jurídicos salvables a través de ella, como también desde el punto de vista de los bienes jurídicos que pueden ser afectados a través de ella.

Distingue nuestra legislación tres tipos distintos de legítima defensa:

1. La Legítima Defensa Propia.
2. La Legítima Defensa de Parientes.
3. La Legítima Defensa de Extraños.

Existen requisitos comunes para estas tres clases de legítima defensa y existen requisitos distintos para los dos últimos casos.

Los requisitos comunes son, obviamente el primero, la agresión. Para que haya legítima defensa lo primero que debe haber es una agresión ilegítima, real, actual o inminente. La agresión consiste en la realización de una conducta por parte de un sujeto, típica y susceptible de

dañar un bien jurídico ajeno. Esta agresión tiene que ser ilegítima, contraria a derecho, puesto que si está autorizada la agresión por el derecho como es el caso de la autorización e incluso el deber que puede tener un policía para detener a otro, por muy agresión que constituya la actividad del policía al detener a otra persona, obviamente no podrá constituir una legítima defensa puesto que la agresión que hace la policía es una agresión permitida, autorizada y a veces hasta ordenada por el Derecho, por lo tanto esa agresión no puede constituir el requisito necesario para que exista legítima defensa. La agresión debe ser ilegítima.

Debe ser real, en contraposición a imaginario, una defensa hecha en contra de una agresión imaginada pero no efectiva, no real, puede producir efectos penales importantes en el cuarto elemento del delito, en la culpabilidad, haciendo que el sujeto finalmente responsable criminalmente por el error de hecho en que incurrió al creer que había, pero no producirá el efecto de hacer existir una legítima defensa como causal de justificación, y por tanto ausencia de antijuricidad, porque si el sujeto se imagina, obviamente aquí incurre en un error de hecho, capaz de hacerlo no culpable finalmente de su conducta típica, pero antijurídica, pero jamás hará desaparecer la antijuricidad. La agresión por tanto debe ser ilegítima y debe ser real.

Y además debe ser actual o inminente, es decir debe estarse produciendo, o a punto de producirse, para que pueda existir la legítima defensa. No es legítima defensa actividad realizada por el agredido con posterioridad a la existencia de la agresión. Ello podrá dar origen a la circunstancia atenuante del artículo 11 núm. 4 del Código Penal: «La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral, hasta el segundo grado, inclusive a sus padres, o hijos naturales o ilegítimos».

El segundo requisito de la legítima defensa es la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Se ha discutido mucho acerca de este requisito, muchas veces se lo ha confundido –y en las actas del Senado incluso en que se debatió la última modificación a la legítima defensa, se habla erróneamente de ello– se confunde este requisito con una proporcionalidad, que según algunos, debiera existir entre la agresión y la defensa, y cuando no exista esta proporcionalidad entre ambos no habría, por tanto, legítima defensa.

La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia también sostienen desde hace bastante tiempo, que el problema no es de propor-

cionalidad entre la agresión y la defensa, sino uno distinto. La letra de la ley es clara al respecto. La letra de la ley habla de necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, por lo tanto lo que hay que determinar es si el medio empleado para defenderse era o no racionalmente necesario, y no proporcional al utilizado por el agresor. Para determinar la concurrencia o no de este requisito, obviamente que habrá que examinar múltiples situaciones de hecho. Por cierto que habrá que examinar la naturaleza de la agresión y la persona del agresor, y habrá que analizar la naturaleza de la defensa y la persona del que se defendió, pero más que eso, lo que hay que analizar es que medios tenía a su alcance el que se defendió, para promover esta defensa, porque por cierto, si el arma que en definitiva empleo fue un arma que alguien pueda pensar resultaba exagerada frente al arma utilizada por el agresor, si no disponía de ninguna otra para defenderse, obviamente que si cumplía con el requisito de la necesidad racional del medio empleado para defenderse, puesto que ¿cómo no va a ser racional el medio empleado para defenderse si esa arma era la única de que se disponía para esos efectos? Por lo tanto este requisito, obviamente corresponderá calificarlo al Juez de la causa atendiendo todas las circunstancias de hecho que logren acreditarse, pero lo fundamental es tener presente que el verbo rector, por así decirlo, del requisito de esta necesidad racional del medio empleado por la defensa en relación al medio empleado por el agresor.

Y por último, el tercer requisito, que de cierta manera es común a las distintas clases de legítima defensa, es la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Al tener derecho a la legítima defensa como causal de justificación es preciso que el defensor, el que alega la defensa, no haya provocado suficientemente la agresión, porque si de él partió la actividad ilícita promoviendo y motivando suficientemente la producción de la agresión, no se cumplirá este requisito ni aunque exista agresión ilegítima actual o inminente o real y exista la necesidad racional del medio empleado en la defensa, la conducta será antijurídica y habrá lugar a responsabilidad penal si en definitiva resulta además el requisito de la culpabilidad, pero este requisito de la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende tiene algunas variantes, tratándose de la legítima defensa de parientes y de la legítima defensa sobre extraños.

Tratándose de la legítima defensa de parientes, el requisito cambia un poco y se exige que en el evento que haya precedido provocación por parte del agredido, no haya tenido participación en ella, en esa provocación, el que defiende. La situación aquí es que un pariente defiende a otro que es objeto de la agresión, ese pariente que es objeto

de la agresión pudo haber provocado, ciertamente la agresión; aquí el requisito para que haya legítima defensa es únicamente que el pariente defensor no haya tenido participación en la provocación de la agresión.

Y por último, tratándose de la legítima defensa de extraños, el legislador agrega un cuarto requisito. Este es un requisito de naturaleza subjetiva y obviamente muy difícil de acreditar puesto que hay que acreditar aquí un hecho negativo, cual es que el defensor no haya sido impulsado a su actividad defensiva por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo. Requisito que obviamente será muy difícil de acreditar por ser un hecho negativo, más que eso, no habrá lugar a esta legítima defensa si es que alguien, el querellante, puede acreditar al revés que si ha actuado motivado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

Estas son las tres clases de legítima defensa que establece nuestra legislación. Ahora bien, junto con ello ya desde el año 1954 nuestra legislación estableció lo que se denomina la legítima defensa privilegiada.

La legítima defensa privilegiada es una institución del derecho penal sustantivo que surge como reacción frente al problema de los efectos punitivos que el proceso penal puede ocasionar al sujeto que ha actuado amparado por la causal de justificación legítima defensa, y por tanto no ha cometido delito porque su conducta, aunque típica no es antijurídica, pero si puede verse expuesto a sufrir graves perjuicios con motivo del proceso penal que se origine con ocasión de su actividad defensiva.

La legítima defensa privilegiada no es por tanto una categoría especial, distinta de legítima defensa de la que ya hemos visto, sino que simplemente un paliativo que ha establecido el legislador para atenuar, y en lo posible eliminar, los efectos punitivos que todo proceso penal tiene y que en este caso sufre alguien que, en definitiva, no debe sufrir perjuicio ni sufrimiento alguno puesto que no ha realizado conducta delictiva de ninguna especie, aunque aparentemente si ha realizado una conducta típica que puede, o podría, dar lugar a responsabilidades penales.

¿Y esto porque sucede?, porque aun existiendo legítima defensa, por lo general, los hechos que aparecen a primera vista y los que al principio del procedimiento policial y luego al principio del procedimiento penal, tiene a la vista tanto el policía como el Juez, son la actividad típica del defensor y no la actividad típica del agresor. La policía llega al lugar del hecho porque alguien mato a otro, o porque alguien lesiono a otro y esa conducta típica que la policía y el Juez al

principio aprecian, son realizadas por el defensor y no por el agresor, solo después, normalmente a partir de la declaración indagatoria, toma conocimiento el Juez de una negación del que aparece como delincuente a primera vista alegando una situación que podría dar lugar a la causal de justificación legítima defensa, y por cierto, le corresponderá normalmente, aunque el Código de Procedimiento Penal diga una cosa distinta, a ese detenido y que incluso puede convertirse en procesado y sujeto a prisión preventiva, lograr acreditar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos de la legítima defensa: que hubo una agresión ilegítima, que el Juez me va a dar el tiempo actual o inminente, la necesidad racional del medio empleado, la falta de provocación, etc., para que en definitiva y después de bastante tiempo pueda reconocérsele la existencia de la causal de justificación... y liberarlo de los efectos punitivos que el proceso penal obviamente tiene.

Frente a esta realidad, porque así suceden los hechos en la práctica, el legislador sale en auxilio de quien ha actuado en la legítima defensa, para poder atenuar al máximo los efectos punitivos que el proceso penal puede ocasionarle, a través de esta institución de la legítima defensa privilegiada. ¿Y como lo hace? ¿Qué es lo que hace? Lo que hace la legítima defensa privilegiada es presumir la concurrencia de los requisitos necesarios para que exista legítima defensa a partir de ciertos hechos de más fácil comprobación, sin exigir, para dar por sentado que ha existido legítima defensa, que se verifique efectivamente la concurrencia de los requisitos que la ley establece para ello.

Y esa es la terminología que ustedes tienen a la vista en las normas, tanto las anteriores sobre legítima defensa artículo 10 núm. 4 inciso final, como la normativa actualmente vigente que es el inciso final que es el numerando 6.º del artículo 10 del Código Penal, en la versión antigua de la disposición se entenderá que concurren las circunstancias y el núm. 4 y 5.º precedentes, etc., etc... Lo que hace la ley, en definitiva, es presumir la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa a partir de hechos de más fácil comprobación.

¿Cuáles son estos hechos a partir de los cuales se presume la existencia de la legítima defensa?

1.º Que la conducta del defensor se haya realizado al rechazar este el escalamiento en una casa departamento u oficina habitados sobre sus dependencias, sea de día, sea de noche.

2.º Que la conducta del defensor se haya realizado al rechazar este el escalamiento en un local comercial o industrial, pero en este caso siempre que sea de noche.

3.º Que la conducta del defensor se haya realizado al impedir o tratar de impedir este la consumación de los delitos de secuestro, de sustracción de menores, de violación, de violación sodomítica, de parricidio, de homicidio simple, de homicidio calificado, de robo con violencia o intimidación en las personas, de robos agravados o de robos con sorpresa.

Tratándose de los primeros dos hechos que permiten presumir la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa, lo dicho anteriormente resulta efectivo. Obviamente, a partir de la prueba del escalamiento –sea de día o de noche en una casa, departamento u oficina habitado o sus dependencias, o a partir de la prueba del escalamiento, en este caso solo de noche en un local comercial o industrial– se presume la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa; y la prueba del escalamiento, del hecho de haberse producido escalamiento y este escalamiento es el que se define por el artículo 440 núm. 1 del Código Penal establecido al efecto por el robo con fuerza en las cosas, esto es cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de paredes o techos o fractura de puertas o ventanas, obviamente que son hechos fácil y objetivamente comprobables.

No sucede lo mismo con el tercer hecho a partir del cual se puede presumir la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa, porque probar que se ha actuado para impedir la consumación de los delitos que allí se señalan, obviamente que resulta una prueba bastante más difícil porque para eso hay que probar que efectivamente el agresor, que ahora se transformo en agredido, estaba realizando una actividad tendiente a perpetrar finalmente un delito de secuestro o sustracción de menores, de homicidio, etc. De tal manera que de este tercer hecho no me parece que resulte tan claro el efecto buscado por la institución de la legítima defensa privilegiada. En cambio si lo logra este efecto claramente a partir de estos dos hechos anteriores, a partir del escalamiento.

¿Cuáles son las diferencias fundamentales introducidas por la ley 19.164 a la institución de la legítima defensa respecto de la versión anterior que regía desde el año 1954? La primera gran diferencia está en su ámbito de la aplicación. Hasta antes de la dictación de la Ley 19.164, la legítima defensa privilegiada solo tenía aplicación tratándose de la legítima defensa propia. Solo en ese caso y cuando se defendía bienes o la persona podía existir legítima defensa privilegiada, pero no había derecho a ella cuando se actuaba en defensa de parientes o de extraños. La modificación legal introducida el año 1992 por la Ley 19.164 defensa privilegiada tanto en el caso de la legítima

defensa propia como en el caso de la defensa de parientes y también en la legítima defensa de extraños. Esta es a mi juicio la diferencia fundamental entre la normativa actual y la normativa antigua.

La segunda diferencia se refiere a los hechos que constituyen la presunción, los hechos a partir de los cuales se presume la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa. Antiguamente el requisito a partir del cual operaba la presunción, es exclusivamente el escalamiento de una casa o departamento habitado o de sus dependencias y siempre que fuera de noche. La modificación legal lo que ha hecho es ampliar, en este caso, el ámbito tanto espacial como temporal de la legítima defensa privilegiada. En lo espacial porque hoy día también se le permite tratándose del escalamiento practicado en locales industriales y comerciales, no solo en casas o departamentos habitados, y además, a las oficinas; y en cuanto a lo temporal, hoy día la legítima defensa privilegiada, tratándose de escalamiento practicado en locales industriales y comerciales, no solo en casas o departamentos habitados, y además, a las oficinas; puede alegarse cuando el escalamiento se verifique sea de día o sea de noche, antiguamente solo si este hubiese sido de noche. Y en el caso de los locales comerciales o industriales, la legítima defensa solo será privilegiada, solo puede operarse si el escalamiento se ha verificado de noche.

También se ha ampliado el ámbito de aplicación en cuanto al tercer hecho al que me he referido porque en la legislación la legítima defensa privilegiada solo cabía tratándose del impedimento de la consumación de los delitos de robo con violencia o intimidación a las personas y de los robos agravados, hoy día se agregado todos los demás delitos a los cuales me he referido de manera tan especial. Se le agregó el secuestro, la sustracción de menores, los homicidios, el parricidio, las violaciones, etc. También en eso ha tenido la institución una ampliación en su campo de aplicación.

Ahora bien, mantiene, afortunadamente a mi juicio, la disposición en vigencia una frase que es la que dice: «cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor», que también estaba contemplada en la normativa antigua. Todos los profesores de Derecho Penal cuando pasan la materia dicen y repiten siempre lo mismo diciendo «esta frase está demás». Claro, por cierto que está demás porque, obviamente, si hay causal de justificación, la conducta no es antijurídica y da lo mismo cualquiera sea el daño que se haya ocasionado al agresor. Da lo mismo que se le haya matado, que se le haya lesionado en mayor o menor forma puesto que, si se presume la concurrencia de los requisitos y uno de esos requisitos es la necesidad racional del medio

empleado para impedir o repeler la agresión, da exactamente lo mismo cual haya sido el daño causado al agresor para los efectos de tener derecho a alegar la legítima defensa. Y en estos los autores siempre repiten lo mismo que la frase está demás, y así se discutió también en las comisiones parlamentarias respectivas, la posibilidad de eliminar esta frase; sin embargo que bueno que se le ha dejado porque obviamente si se le hubiere eliminado habría dado lugar a toda clase de interpretaciones en cuanto a cual es el verdadero efecto de esta ejecución, al habérsela dejado queda siempre en claro que habrá también lugar a la legítima defensa privilegiada aun en caso de darse muerte al agresor.

En lo que si modifica, por lo menos respecto de una de las interpretaciones vigentes de la normativa antigua las modificaciones introducidas por la Ley 19.164, es en cuanto al carácter de esta presunción, por lo menos una parte de la doctrina y también de la jurisprudencia sostenían bajo las diligencias de la normativa antigua que la legítima defensa privilegiada constituía una presunción de derecho que por lo tanto no admitía prueba en contrario y establecidos los hechos a partir de los cuales se presume la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa, habría lugar a ella sin más y en forma definitiva. La normativa actual establece expresamente que solo se trata de una presunción legal y por tanto solo habilita para los efectos procesales que a continuación veremos, pero en definitiva si se prueba en el proceso, por actividad del Juez. Por actividad de la parte querellante, que la agresión no era ilegítima, no era real o no era actual o inminente, una necesidad racional del medio empleado en la defensa no existía, o que si había habido provocación suficiente por parte del que después apareció en una actividad defensiva, etc., por mucho que se hayan establecido los hechos que ameritan una concurrencia de la presunción en la sentencia definitiva no podrá darse lugar a la alegación del que eventualmente hizo uso de la legítima defensa, la conducta típica si será antijurídica.

Por ello en el juicio se ha llegado a una solución justa, porque en definitiva la legítima defensa privilegiada tiene por objeto evitar los inconvenientes que surgen al comienzo del procedimiento penal para un posible titular de una legítima defensa, ese objetivo la institución debe darse por satisfecha, pero no puede pretenderse por esta vía solucionar el problema de fondos y por eso es que creo que se ha llegado a un punto de equilibrio ahora con la institución, sobre todo por los efectos procesales que veremos brevemente a continuación.

Tal como está hoy día la institución, a partir, por ejemplo, de la prueba del escalamiento, tendrá todos los efectos beneficiados el que

alega la defensa, pero obviamente quedará siempre expuesto hasta que durante el proceso se pruebe que los requisitos sustantivos de la legítima defensa no han existido, y en ese caso tendrá que afrontar la responsabilidad penal correspondiente, por tratarse de una presunción simplemente legal.

Quizá lo más importante de las modificaciones introducidas por la Ley ya en vigencia hace muchos años, son las que se refieren al procedimiento legal, porque nada de todo lo que hemos hablado tendría efecto práctico si es que no se tradujeran en efectos positivos para el que alega la defensa en el procedimiento, ¿qué sacamos con tener establecido en el Código que existe, que se presumen legalmente los requisitos de la legítima defensa, si en definitiva el que la alega igualmente es privado de libertad por la policía en el momento en que se lo sorprende habiendo dado muerte o habiendo lesionado a un agresor y luego el Juez dicta un auto de procesamiento en su contra porque todavía no están establecidos claramente los requisitos de la legítima defensa, o porque estima que la negación de la eximente es una cuestión que debe plantearse en el plenario, por tanto lo procesa y lo somete a prisión preventiva?, nada de esto tendría efecto si es que no se produjeran modificaciones claras y concretas en el procedimiento penal, y afortunadamente la ley así lo hizo y fue bastante imaginativa, a mi juicio, a este respecto estableciendo ahora derechos muy claros para los que alegan la legítima defensa privilegiada y otorga facultades bastante amplias al Juez en este respecto.

Estas normas que, como procesales normalmente se dice que son meramente complementarias de las normas sustantivas, a mi juicio son normas fundamentales porque sin estas la institución no produciría efecto alguno. A través de la primera modificación se introdujeron en ese tiempo dos incisos finales al artículo 260 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a la detención, y en este caso la ley establece que tratándose de personas que se encuentren en situación de la legítima defensa privilegiada, su detención debe hacerse en su casa y si no tuviere su casa dentro del territorial jurisdiccional del Tribunal de la causa, en la casa que el detenido designe dentro de este territorio. No puede el sujeto ser por tanto detenido ni en un cuartel policial ni tampoco en los demás lugares en que se verifican las detenciones sino que solo en su casa y esta norma no es aplicable solo a las detenciones ordenadas por la Justicia, sino que incluso a las detenciones practicadas por la policía, por lo tanto establecido incluso por el funcionario policial que existe una legítima defensa privile-

giada, la detención del sujeto debe practicarse en su casa y no en un lugar distinto.

En la misma norma se establece también que la policía, sea Carabineros o la Policía de Investigaciones, en estos casos debe dar cuenta inmediata al Juez del Crimen correspondiente para los efectos de la libertad provisional del sujeto, permitiendo por tanto que de inmediato y tratándose sólo de un detenido, se le otorgue la libertad provisional.

Por último, en aquella oportunidad se le agrega un artículo 356 bis al Código de Procedimiento Penal en que se dice que tanto los casos de legítima defensa propia, de parientes o de extraños como en los casos de legítima defensa privilegiada, esto es en todos los casos de legítima defensa, la libertad provisional del detenido debe ser resuelta de inmediato por el Juez aún verbalmente, de oficio o a petición de parte, sin caución o con caución como lo prefiera el Juez, cualquiera sea el daño causado al agresor. Existe aquí un estímulo clarísimo del legislador a los Jueces que se encuentren en situación de legítima defensa, cualquiera sea la clase de legítima defensa que se trate y no sólo en el caso de la legítima defensa privilegiada sino que también en los casos en que esta presunción legal no exista.

En estos casos específicamente y parece obvio no es necesario el trámite de la consulta y ya vimos que esta libertad procede cualquiera sea el daño que se haya causado al agresor, incluso en el caso de una muerte, no se requiere el trámite de la consulta, no es necesario cumplir con los demás requisitos del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal y la apelación que pudiera interponerse en contra de la resolución que concede la libertad provisional sólo se concede en el efecto devolutivo.

En síntesis, los máximos efectos punitivos procesales que arriesga quien se encuentre en la situación de legítima defensa privilegiada es hoy día la de ser detenido en su casa o en la casa que se designe cuando no se tiene una dentro del territorio jurisdiccional del Tribunal, y tanto en este caso como en los demás casos de legítima defensa, la ley ha establecido el máximo de facilidades para el otorgamiento de la libertad provisional aún incluso sin fianza.

El segundo tema al que me voy a referir es más breve, es a la Ley 19.172 sobre arrepentimiento eficaz.

Voy a desarrollar este tema de una manera bastante esquemática partiendo por detallar algunas de las características de esta institución.

Lo primero es que esta Ley es una ley transitoria o temporal, aunque si recordamos que don Ramón Barros Luco decía que en Chile lo único permanente era lo transitorio, lo más probable es que esta Ley

continúe en vigencia por mucho tiempo, e incluso se la empieza a copiar para otros efectos, porque veámoslo de la partida, esta Ley tiene hoy día aplicación tratándose de delitos llamados terroristas, pero posiblemente y si es que en definitiva cumple con los objetivos que se han tenido en vista para su dictación es posible que se la empiece a copiar para otro tipo de delito, tráfico de estupefacientes e incluso quizás hasta para robos o hurtos cometidos por bandas, etc., de tal manera que lo más probable es que esta ley transitoria la tengamos en su aplicación durante muchísimo tiempo.

En segundo lugar y como una segunda característica, esta ley establece lejos, por parte, una excusa legal absolutoria, ya veremos porque suena raro, una circunstancia atenuante de responsabilidad criminal y en tercer lugar la posibilidad de acceso a la libertad vigilada como medida alternativa de cumplimiento de la condena. En los tres casos tanto en la atenuante, como en la excusa legal absolutoria como en la posibilidad de acceso a la libertad vigilada como medida alternativa de cumplimiento de la condena teniéndose como fundamento la conducta posterior del delincuente. En estos casos es la conducta realizada por el delincuente después de haber delinquido la que produce el efecto sea excusa legal absolutoria, sea de atenuante de responsabilidad criminal o sea de derecho a la libertad vigilada.

Una tercera característica de esta institución es que establece medidas de protección de la persona y familia del delincuente que ha prestado colaboración a la Justicia después de perpetrado el delito – creo que por primera vez vamos a tener Jueces del Crimen prestando medidas de protección a los delincuentes-.

Y en cuarto lugar, y quizás como una característica común a lo que se ha dicho anteriormente, incorpora elementos que son de frecuente aplicación en el Derecho Penal Norteamericano a nuestro Sistema Penal, porque aquí se premia en la responsabilidad criminal propia por proporcionar medios para hacer efectivas responsabilidades penales ajenas, se eliminan algunos casos o se rebajan sustancialmente la responsabilidad penal propia por el hecho de permitir a la Justicia hacer efectivas responsabilidades penales ajenas.

Por cierto este es un tema polémico que se ha discutido muchísimo acerca de su conveniencia o no conveniencia, pero hoy día constituye una realidad en nuestra legislación por lo menos tratándose de los delitos terroristas.

Veamos la institución en estos tres casos: como excusa legal absolutoria, como atenuante de responsabilidad criminal y como posibilidad de acceso a la libertad vigilada.

1. En cuanto a excusa legal absolutoria

¿Qué es una excusa legal absolutoria? Existen éstas cuando habiendo conducta típica, antijurídica y culpable, esto es cuando se ha perpetrado un delito y que por tanto ha nacido responsabilidad criminal y debiera aplicarse la pena correspondiente, sin embargo el legislador ordena que la pena no se aplique por razones prácticas, con fundamento valorativo. Es una situación bastante extraña, hay delito, hay conducta típica, antijurídica y culpable, hay responsabilidad criminal, debiera aplicarse la pena, pero la ley dice no se aplique pena porque considera, fundado en ciertos valores, que prácticamente no conviene aplicarla. Esta situación ya existía desde siempre en nuestro Código Penal en el artículo 489 cuando dispone que no habrá aplicación de pena por los hurtos, por los daños y por las defraudaciones que recíprocamente se causaren los cónyuges o determinados parientes. Los hurtos entre cónyuges y los daños entre hermanos, las apropiaciones o fraude entre hijos y padres no reciben sanción penal, aunque por cierto constituyen conductas típicas, antijurídicas y culpables. Lo mismo sucede con el encubrimiento de parientes. El legislador prefiere, también en este caso, en aras de la armonidad unidad familiar prescindir de la aplicación de la sanción aunque haya existido la actividad de encubrimiento de un pariente, pero en general hasta ahora las excusas legales absolutorias habían tenido siempre, en consideración, razones de esta clase, razones de armonía familiar o por último, de no agravar el conflicto porque obviamente habiéndose producido un hurto o daño o una defraudación dentro de una familia la intervención de la Justicia del crimen es posible, lo más probable es que hubiera aumentado, agudizado el conflicto antes que contribuido a solucionarlo. En este caso tenemos en cambio una excusa legal absolutoria que comparte todas las características de las mismas porque en razón de objetivos superiores y por razones prácticas se ordena no aplicar la pena, pero ya fuera de un ámbito tan especial como es el ámbito familiar. Aquí simplemente, a través de esta institución se ordena no aplicar la pena por un delito terrorista siempre y cuando el terrorista delincuente haya realizado determinadas conductas con posterioridad a la comisión de su delito, que el legislador considera muy conveniente que realice para poder atenuar y ojalá eliminar la actividad terrorista en el País, es como dicen... una especie de chocolate para un niño, en el que se le dice «yo lo premio no aplicándole la sanción siempre que usted, a pesar de haberse portado mal, ahora se conduzca de ésta y ésta manera».

¿Cuáles son las conductas que se exigen al terrorista delincuente realizar para que en definitiva no se le apliquen las penas establecidas por la Ley por su delito?

Se le exige en primer lugar que abandone la asociación ilícita terrorista y que además realice una de las siguientes alternativas de conducta: Que entregue o revele a la autoridad información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para prevenir o impedir la perpetración o consumación de delitos terroristas e individualizar y detener a los responsables. O bien, ayude eficazmente a desarticular la asociación ilícita a la cual pertenecía, o a parte importante de ella revelando antecedentes no conocidos tales como sus planes, la individualización de sus miembros o el paradero de sus dirigentes e integrantes. En buenas cuentas, lo que el legislador exige por su parte, que se abandone la asociación ilícita a la que se pertenecía y en segundo lugar que se entregue toda la información disponible en manos de este ex terrorista, pero que sirva esta información eficazmente a los fines previstos por el legislador, que son la prevención o impedimento de futuros delitos terroristas o la desarticulación de la organización ilícita. Sin embargo por el artículo siguiente se atenúan bastante las exigencias para operar esta excusa legal absolutoria porque luego se dice que no es necesario que en definitiva se cumpla con estos objetivos cuando el terrorista ha entregado toda la información disponible y estos objetivos no se cumplen por causas independientes de su voluntad. De tal manera que en definitiva, creo que prácticamente los requisitos que en realidad se exigirán a los terroristas para tener derecho a esta excusa legal absolutoria van a ser simplemente que abandone la asociación ilícita y que entregue la información. Que la información sirva o no sirva es una cuestión que obviamente va a quedar con un tremendo signo de interrogación puesto que el Juez podrá otorgar el beneficio y obviamente va a depender de los Jueces cuán exigente sean en este respecto, pueden otorgar la excusa legal absolutoria aunque en definitiva la información entregada no haya servido para nada cuando se estime que ello ocurrió por causas independientes de la voluntad del sujeto que entregó la información.

La calificación de si sirvió o no la información por causas dependientes o independientes de la voluntad del sujeto, creo que debe ser de la apreciación del Juez.

Ahora bien, esta excusa legal absolutoria no es aplicable a todos delitos terroristas sino que únicamente a los delitos de asociación ilícita que tienen por objeto la comisión de delitos terroristas, a la tentativa de delitos terroristas y a la conspiración para cometer delitos terroristas. No es aplicable esta excusa legal absolutoria a delitos

terroristas de mayor gravedad sino que solo a la asociación ilícita, a la tentativa y a la conspiración.

2. En cuanto circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal

En segundo lugar, el arrepentimiento eficaz también opera como circunstancia atenuante de responsabilidad criminal tratándose de todos los demás delitos terroristas que no sean la asociación ilícita, la conspiración y la tentativa. En todos los demás delitos terroristas, reuniéndose los mismos requisitos a que ya hemos hecho referencia en cuanto a abandono de la asociación ilícita y a la entrega de información eficaz para desarticular la organización terrorista, el Juez puede rebajar la pena establecida por la ley por el delito correspondiente hasta en segundo grado. Constituye esto una circunstancia atenuante privilegiada puesto que permite rebajar la pena por debajo de los límites establecidos por la Ley.

3. Como posibilidad de acceso a la medida de libertad vigilada

Y en tercer lugar, el arrepentimiento eficaz también produce efectos en relación con la medida alternativa de cumplimiento de condena denominada libertad vigilada. El Juez puede otorgar el beneficio de libertad vigilada, que es una medida alternativa de cumplimiento de una pena privativa de libertad, permaneciendo el condenado en libertad, sujeto a la vigilancia de la autoridad cuando concurren más o menos estos mismos requisitos: cuando el sujeto abandone la organización terrorista, confiese todos los delitos que ha cometido, proporcione indicios y pruebas suficientes para establecer estos delitos y determinar la responsabilidad de los demás culpables y entregue toda la información disponible y eficaz para desarticular los planes de la asociación ilícita.

Esto es, a través de este arrepentimiento eficaz que está dado por el abandono de la asociación ilícita y por la entrega de la información, se puede conseguir el delincuente terrorista, tratándose de asociaciones ilícitas, conspiraciones o tentativas, una excusa legal absolutoria. Esto es la no aplicación de las penas.

Si se trata de un delincuente terrorista por hechos distintos de los relatados, este puede acceder por el arrepentimiento eficaz, ya no a que no se le aplique pena alguna, pero que se le aplique rebajada hasta en dos grados. Y al mismo tiempo puede lograr que esta pena, que ha

rebajado en dos grados, no la cumpla sino a través de un medio alternativo como lo es la libertad vigilada, que obviamente se traduce simplemente a una vigilancia que sabemos es bastante teórica y en buenas cuentas significa firmar un libro cada cierto tiempo.

La novedad máxima de esta ley de arrepentimiento eficaz radica en las medidas de protección que los Jueces pueden, y en algunos casos deben adoptar, respecto de los terroristas delincuentes que se han arrepentido. Al Juez se le obliga, a través de esta ley, a disponer todas las medidas que estime necesarias para proteger a quienes solicitan los beneficios de esta ley. Basta con que el delincuente terrorista solicite acceder o a la excusa legal absolutoria, o a la atenuante, o a la libertad vigilada, para que el Juez deba arbitrar todas las medidas necesarias para su protección. Desde un punto de vista teórico, obviamente que esta norma tiene mucha razón de ser, puesto que para poder solicitar el beneficio de excusa legal, atenuante o libertad vigilada, hay que haber abandonado la asociación ilícita y hay que haber proporcionado la información eficaz para esclarecer delitos terroristas o desarticular organizaciones ilícitas y desde ese mismo instante el sujeto queda expuesto a sufrir las consecuencias de su arrepentimiento y por eso mismo es que aunque en definitiva no se le concedan ninguno de estos beneficios, parece razonable que el Juez lo proteja de alguna forma, pero obviamente la institución puede confundirse en algunos casos con el abuso por parte del delincuente terrorista. Ahora concedido el beneficio, y hasta aquí quizá la novedad más grande de esta legislación, concedido por el juez algunos de los beneficios que esta ley establece, esto es reconocido que hubo arrepentimiento eficaz por la vía de excusarlo de la pena, por la vía de atenuarle la misma o por la vía de otorgarle la libertad vigilada, el Juez puede autorizar el cambio de identidad tanto del ex delincuente terrorista, como de su cónyuge o de los demás parientes que la resolución determine. El Juez le ordena al Registro Civil que le de un nuevo nombre a él y al resto de su familia quedándole prohibido al ex delincuente usar su antigua identidad y sólo podrá usar la nueva de ahí en adelante protegiendo este cambio de identidad a través de la sanción de quien descubra este secreto, etc., «esto es igual a lo que sucede en las películas de televisión norteamericana».

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho
Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

«Los requisitos que han de concurrir para poder apreciar la lesión del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14):

a) La acreditación de un *tertium comparationis*, puesto que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre el contraste entre la Sentencia impugnada y precedentes resoluciones del mismo órgano judicial dictadas en casos sustancialmente iguales, pero resueltos de forma contradictoria.

b) Identidad de órgano judicial entendida no como una mera identidad de Sala, sino que en su caso se trate de la misma Sección.

c) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados; es decir, de “la referencia a otro”, lo que excluye la comparación con otra resolución que afecte al mismo recurrente.

d) Finalmente, la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio (STC 13/2011, de 28 de febrero, FJ 3).»

(STC 108/2013, de 6 de mayo. Recurso de amparo núm. 7128-2011. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. «BOE» de 4-6-2013)

ARTÍCULO 18

Derecho a la intimidad, a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio.

«Por lo que respecta al derecho a la propia imagen, este Tribunal ha estimado en numerosas Sentencias que no puede ser concebido como una faceta o manifestación

más del derecho a la intimidad o el honor, pues si bien todos los derechos identificados en el artículo 18 de la Constitución mantienen una estrecha relación, en tanto que se inscriben en el ámbito de la personalidad, cada uno de ellos tiene un contenido propio y específico. Concretamente, el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. En definitiva, lo que se pretende, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas (ATC 28/2004, FJ 3). (ATC 28/2004, FJ 3). En consecuencia, la facultad otorgada por este derecho consiste, en esencia, en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde (SSTC, además de las dos anteriormente citadas, 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2 y 83/2002, de 22 de abril, FJ 4). Y lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación.

Siendo evidente que las zonas comunes de un hotel se encuentran apartadas de la vista del público en general (lo mismo que si estuvieran en cualquier otro edificio público o privado), lo cierto es que el hecho de que estas dependencias hoteleras sean de uso común para todos los huéspedes e, incluso, para otros terceros, impide su consideración como domicilio a efectos constitucionales.»

(STC 176/2013, de 21 de octubre. Recurso de amparo núm. 1783-2010. Ponente: D. Pedro José González-Trevijano Sánchez. «BOE» de 20-11-2013).

Derecho a la intimidad y derecho a la información.

«Recientemente, en la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 14, hemos recordado que “el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, estrechamente vinculado con el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Además, el artículo 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21), el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar

que reserva al conocimiento ajeno (STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5, por todas)". Asimismo, en la STC 134/1999 de 15 de julio, FJ 5, afirmamos que el derecho a la intimidad garantiza que "a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar (SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994, 151/1997; SSTEDH caso *X e Y*, de 26 de marzo de 1985; caso *Leander*, de 26 de marzo de 1987; caso *Gaskin*, de 7 de julio de 1989; caso *Costello-Roberts*, de 25 de marzo de 1993; caso *Z*, de 25 de febrero de 1997)". En concreto, sobre el problema de la publicidad de la filiación, en la STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, afirmamos que no cabe duda de que la filiación ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, que además sirve también para lograr el objetivo constitucional establecido en el artículo 39.2 CE.

(.../...)

En aras de realizar la oportuna ponderación de los derechos en juego en el presente proceso, que el derecho fundamental a la intimidad personal consagrado por el artículo 18 CE, como todos los demás derechos, puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero; FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo; FJ 6; y 25/2005, de 14 de febrero de 2005, FJ 6). Dentro de los límites naturales al derecho a la intimidad se encuentran tanto la libertad de información como la de expresión, libertades que están en juego por haber sido alegadas en el presente proceso constitucional.

A este respecto, en la STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2, dijimos que el derecho a la intimidad puede "ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (por todas, STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 8)".

(.../...)

Hemos afirmado, por todas STC 50/2010, de 4 de octubre, FJ 4, la importancia de distinguir "conceptualmente entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones, incluyendo las apreciaciones y los juicios de valor, y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables. Hemos considerado que esta distinción tiene importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades: mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que en el texto del artículo 20.1 d) CE ha añadido al término 'información' el adjetivo 'veraz'. Ahora bien, asimismo hemos reconocido que, en la casuística que propone la realidad del ejercicio práctico de estas libertades, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos".

(.../...)

Conviene recordar que en la STC 83/2002, FJ 4, se afirma que concurre un interés público constitucionalmente prevalente, digno de protección "cuando la información que se comunica es relevante para la comunidad, lo cual justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia ... en este punto, como advertimos en la STC 115/2000, FJ 9, resulta decisivo determinar si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de

los ciudadanos, lo cual es sustancialmente distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento (STC 134/1999, FJ 8, entre otras muchas). Pues hemos declarado que la preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena”.»

(STC 190/2013, de 18 de noviembre. Recurso de amparo núm. 6685-2010. Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» de 19-12-2013).

Derecho al secreto de las comunicaciones e intimidad

«Debemos recordar que este Tribunal ha reiterado (entre otras, SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 4; 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 2; 142/2012, de 2 de julio, FJ 3 y 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 4) que el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) consagra tanto la interdicción de la interceptación como el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado no sólo por la interceptación en sentido estricto –aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación– sino también por el conocimiento antijurídico de lo comunicado, como puede suceder, sin ánimo de exhaustividad, en los casos de apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil. Igualmente se ha destacado que el derecho al secreto de las comunicaciones protege no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que queda afectado por este derecho tanto la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (por todas, SSTC 123/2002, FJ 6; 56/2003, FJ 3; 230/2007, FJ 2; 142/2012, FJ 3; y 241/2012, FJ 4; así como las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984, caso *Malone c. Reino Unido*, § 84 y, de 3 de abril de 2007, caso *Copland c. Reino Unido*, § 43).

(.../...) Si bien los agentes de policía accedieron a los datos recogidos en la agenda de contactos telefónicos del terminal móvil del recurrente sin autorización judicial (ni tampoco consentimiento del afectado), ya hemos adelantado que tal exigencia se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata para la averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes o la obtención de pruebas incriminatorias, siempre que se respete el principio de proporcionalidad (SSTC 70/2010, FJ 10, y 173/2011, FJ 2, entre otras).»

(STC 115/2013, de 9 de mayo. Recurso de amparo núm. 1246-2011. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 4-6-2013).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos.

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que “el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las

cuestiones planteadas, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello. De ahí que sea también respetuosa con este derecho fundamental una resolución judicial de inadmisión o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma” (STC 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 2 y las que en ella se citan).

Si bien el derecho a obtener una resolución de fondo se extiende tanto al ámbito del acceso a la jurisdicción como al del acceso al recurso, el alcance de este derecho desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, no es el mismo en la fase inicial del proceso que una vez conseguida una primera respuesta judicial a la pretensión, que es la sustancia medular de la tutela, que en las sucesivas fases de recursos que puedan interponerse contra esa decisión. Así en el acceso a la jurisdicción, se proscribe no sólo la arbitrariedad, irrazonabilidad o el error patente, sino también aquellas decisiones de inadmisión –o de no pronunciamiento sobre el fondo– que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión –o no pronunciamiento sobre el fondo– preservan y los intereses que sacrifican. En el acceso al recurso, por el contrario y salvo en materia penal, “operan en esta jurisdicción constitucional los tres primeros criterios, pero no el último: ‘La decisión sobre la admisión de los recursos o no y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que están sujetos «constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 CE’ (STC 71/2002, de 8 de abril, FJ 3)”.

Son los Jueces y Tribunales, por lo tanto, a quienes corresponde determinar cuáles son los requisitos y presupuestos que la ley exige para el acceso a los recursos que establece, así como la verificación y control de su concurrencia en cada caso (STC 230/2001, de 26 de noviembre, FJ 2). En el mismo sentido, en la STC 258/2000, de 30 de octubre (FJ 2), con cita de innumerables decisiones anteriores, afirmamos que este Tribunal Constitucional “no puede entrar a enjuiciar la corrección jurídica de las resoluciones judiciales que interpretan y aplican las reglas procesales que regulan el acceso a los recursos, ya que ni es una última instancia judicial ni nuestra jurisdicción se extiende al control del acierto de las decisiones adoptadas por los jueces en ejercicio de su competencia exclusiva sobre selección, interpretación y aplicación de las normas procesales ex artículo 117 CE en lo que respecta al acceso a los recursos previstos en las leyes. Por ello, cuando se alega el derecho de acceso a los recursos, el control constitucional de esas resoluciones judiciales es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen motivación y si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las mismas” (STC 253/2007, de 17 de diciembre, FJ 3)”. (STC 33/2008, 25 de febrero, FJ 2).»

(STC 90/2013, de 22 de abril. Recurso de amparo núm. 2090-2011. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 23-5-2013).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

«Los tres motivos del recurso, como ya se ha sintetizado, plantean la lesión de los derechos a obtener una resolución judicial motivada y jurídicamente fundada, lo que exige atender a la doctrina asentada por este Tribunal en torno al contenido esencial

de esta doble vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), de la que se hace resumen en la reciente STC 182/2011, de 21 de noviembre, FJ 3, en los siguientes términos:

“Este Tribunal, en una muy reiterada y ya consolidada doctrina, recogida en sus inicios en las SSTC 61/1983, de 11 de julio, FJ 3, y 13/1987, de 5 de febrero, FJ 3, y confirmada últimamente en el FJ 4 de la STC 248/2006, de 24 de julio, ha venido declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el artículo 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (entre otras muchas, SSTC 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; 187/2000, de 10 de julio, FJ 2, y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4). La motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3).

Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 213/2003, de 1 de diciembre, FJ 4). El artículo 24 CE impone entonces, a los órganos judiciales, la obligación de dictar una resolución fundada en Derecho que no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio; 5/1986, de 21 de enero; 78/1986, de 13 de junio; 116/1986, de 8 de octubre, y 75/1988, de 25 de abril, FJ 3). No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; 324/1994, de 1 de diciembre, FJ 2; 24/1999, 8 de marzo, FJ 3, y 10/2000, de 17 de enero, FJ 2)...”.

(STC 56/2013, de 11 de marzo. Recurso de amparo núm. 7271-2010. Ponente. D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» de 10-4-2013).

«Este Tribunal ha reiterado, desde temprana jurisprudencia, que la obligación de motivar las resoluciones judiciales no es sólo una obligación impuesta a los órganos judiciales por el artículo 120.3 CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. De ese modo, se constituye en una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad (por todas, STC 13/1987, de 5 de febrero, FJ 3).

Del mismo modo, también es doctrina constitucional reiterada que, desde la perspectiva del deber de motivación de las resoluciones judiciales, podrá considerarse que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que funda dicha resolución resulte arbitrario, irrazonable o incurso en error patente. Así, se señala que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas en que se compruebe que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o que siguen un desarrollo argumental incurso en quiebras lógicas de tal magnitud que conduzcan a la evidencia de no poder considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (por todas, STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4)».

(STC 133/2013, de 5 de junio. Recurso de amparo 1091-2004. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 2-7-2013).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho en supuestos de denuncias por malos tratos.

«Refiriéndonos concretamente al derecho a no padecer tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), este Tribunal tiene declarado (por todas STC 131/2012, de 18 de junio, FJ 2) “el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado de motivación, una resolución cuya motivación sea acorde con la prohibición absoluta de tales conductas. “Tal concordancia ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial”. Por ello, “la tutela judicial será así suficiente y efectiva ex artículo 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria” (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6, y, citándola entre otras muchas, STC 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2)».

3. En orden a perfilar el contenido del derecho proclamado en el artículo 15 CE y la tutela que los órganos judiciales están obligados a dispensar, en la reciente STC 12/2013, de 28 de enero, recordábamos(.../...)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que cuando una persona afirma “de forma creíble (SSTEDH de 4 de abril de 2006, *Corsacov c. Moldavia*, § 68; y de 10 de abril de 2008, *Dzeladinov y otros c. Macedonia*, § 69) o de forma defendible haber sufrido, por parte de la policía u otros servicios del Estado, tratos contrarios al artículo 3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, esta disposición, ... requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial eficaz” (STEDH de 1 de octubre de 2009, *Stanchev c. Bulgaria*, § 67; STEDH de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*, § 34; y STEDH de 16 de octubre de 2012, *Otamendi Egiguren c. España* § 38). Así, se ha considerado que es “defendible” o “creíble” que las denuncias de torturas o malos tratos alegados podrían haber sido causados por la policía u otros servicios del Estado cuando los demandantes presentan fotografías de las heridas sufridas y certificados médicos como prueba (STEDH de 10 de abril de 2008, *Dzeladinov y otros*

c. Macedonia, § 72); cuando consta que el demandante se ha quejado de haber sufrido malos tratos en todos los informes del médico forense y en los mismos se recoge una erosión de 1,5 centímetros en el lado derecho de la cara del demandante, sin establecer su origen (STEDH de 8 de marzo de 2011, *Beristain Ukar c. España*, § 30); cuando en los informes del médico forense se describen diferentes heridas y hematomas e incluso un intento de suicidio por parte de uno de los demandantes (STEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, §§ 156 y 160); cuando los informes médicos realizados durante el período de detención señalan la presencia de varios hematomas y una costilla rota (STEDH de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*, § 59); cuando según el correspondiente certificado médico el interesado presentaba un hematoma a nivel lumbar de tres a cuatro centímetros y los labios rotos y además, tuvo que permanecer bajo supervisión médica durante una semana antes de ser transferido nuevamente a la prisión (STEDH de 3 de abril de 2012, *Dimitar Dimitrov c. Bulgaria*, § 45); cuando las acusaciones sobre malos tratos son apoyadas por informe médico que confirma la existencia de un edema post-traumático en el rostro y fractura de cuello (STEDH de 20 de diciembre de 2011, *Pascari c. Moldavia*, § 45); cuando en el certificado médico presentado por el interesado consta que tenía varias equimosis e inflamaciones superficiales en varias partes de su cuerpo (STEDH de 22 de julio de 2008, *Boyko Ivanov c. Bulgaria*, § 38); o cuando el demandante, estando en situación de detención preventiva, se queja en dos ocasiones de los malos tratos sufridos al haberle esposado y cubierto la cabeza con una bolsa de plástico (STEDH de 16 de octubre de 2012, *Otamendi Egiguren c. España* § 39). En estas circunstancias, y una vez que los demandantes han aportado elementos suficientes de los que se deriva una sospecha razonable de que las torturas o malos tratos alegados pueden haber sido causados por agentes policiales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que las autoridades están obligadas a llevar a cabo una investigación eficaz para encontrar alguna prueba que confirme o contradiga el relato de los hechos ofrecidos por los demandantes.

De otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos distingue entre la posible violación del artículo 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales ('Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes') en su parte sustancial y la posible violación de dicho precepto en su vertiente procesal. Para declararse una violación sustancial del artículo 3 del Convenio europeo debe apreciarse, más allá de toda duda razonable, que el demandante fue sometido a malos tratos, alcanzando un mínimo de gravedad. En este sentido las acusaciones de malos tratos deben ser apoyadas "por elementos de prueba apropiados", pudiendo dicha prueba resultar de una serie de indicios o presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisas y concordantes (STEDH de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*, § 58). El aspecto procesal del artículo 3 cobra relevancia 'cuando el Tribunal no puede llegar a ninguna conclusión sobre la cuestión de si hubo o no tratos prohibidos por el artículo 3 del Convenio debido, al menos en parte, al hecho de que las autoridades no reaccionaron de una forma efectiva a las quejas formuladas por los denunciantes' (STEDH de 17 de octubre de 2006, *Danelia c. Georgia*, § 45). En efecto, en numerosas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debido a la ausencia de elementos probatorios suficientes, ha concluido no poder afirmar con certeza, de acuerdo con su propia jurisprudencia, que el demandante fue sometido, durante su arresto y su detención, a los malos tratos alegados. Ahora bien, cuando la imposibilidad de determinar más allá de toda duda razonable que el demandante fue sometido a malos tratos contrarios al artículo 3 del Convenio europeo "se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por las autoridades nacionales tras la denuncia pre-

sentada por el demandante por malos tratos”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara violado el artículo 3 del Convenio en su parte procesal (STEDH de 8 de marzo de 2011, *Beristain Ukar c. España*, §§ 39, 41 y 42; STEDH de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*, § 65; y STEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, §§ 156 y 160)» (FJ 2).

4. Por lo que se refiere a la tutela que los órganos judiciales han de dispensar cuando ante ellos se denuncia haber padecido tortura o tratos inhumanos o degradantes, en la indicada STC 12/2013, de 28 de enero, FJ 3, recapitulábamos la doctrina constitucional al respecto señalando que «“vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas” (entre otras, las SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2, y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2)». A fin de constatar la pretendida exigencia de vulneración del derecho fundamental analizado señalábamos en ese mismo fundamento jurídico 3 que han de analizarse por separado dos exigencias distintas:

a) De una parte la existencia de sospechas razonables de torturas o tratos inhumanos o degradantes, bien entendido que así como los maltratos físicos suelen dejar un rastro perceptible por el menoscabo corporal en el que consisten, cuando se denuncia un maltrato psicológico las secuelas reveladoras del mismo son de más difícil apreciación aunque no por ello imposibles de objetivar en ocasiones a través los reconocimientos médicos que se realizan a todo detenido. Recordábamos en la Sentencia indicada, recogiendo doctrina anterior, la importancia que a tal efecto tienen las manifestaciones recogidas por el médico forense que practica los reconocimientos médicos así como las manifestaciones efectuadas al respecto en cuanto el detenido pasa a disposición judicial y se le recibe la primera declaración por el Juez. Así lo hemos entendido en supuestos tales como cuando constaba en los informes médicos que el detenido estaba nervioso y angustiado, con tics nerviosos y temblor en pierna derecha y relató a la médico forense los malos tratos que afirmaba haber padecido durante su detención (STC 69/2008, de 23 de junio, FJ 3); o cuando el detenido se causó autolesiones no disimuladas con el fin de poner término a los interrogatorios y malos tratos a los que afirmó que estaba siendo sometido en las dependencias policiales y en los informes médicos se recogieron las constantes protestas del detenido por las abundantes amenazas que dijo recibidas y por la referencia a una bolsa de plástico que concordaba con la que luego describiría con detalle en su denuncia de malos tratos (STC 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 3); o cuando la detenida presentó un leve mareo y cierta ansiedad e informó al médico forense de que le habían pegado en la cabeza (STC 63/2010, de 18 de octubre, FJ 3); o cuando el detenido refirió al forense «dolor en el hombro derecho por haber sido mantenido esposado durante mucho tiempo y molestias en la espalda por la postura» y el forense apreció «marcada ansiedad y labilidad emocional con tendencia al llanto» (STC 131/2012, de 18 de junio, FJ 4).

Ahora bien, también hemos advertido que para la constatación de un panorama indiciario de haberse causado torturas o tratos inhumanos o degradantes al detenido no resulta imprescindible su reflejo en los informes del médico forense que haya reconocido al detenido, pues el referido panorama indiciario puede resultar de otros datos que obliguen a proseguir la investigación judicial aun cuando «los mismos fueran claramente insuficientes para sustentar una condena penal por delito de torturas o malos tratos (por ejemplo, la existencia de irregularidades o la quiebra de ciertas garantías del detenido, como son las visitas y los informes del médico forense, orien-

tadas a preservar su derecho a la integridad física y moral), pues de lo que se trata en este momento es de precisar la obligación del Juez de investigar en estos casos». En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene señalado que «un examen médico, junto con el derecho de acceso a la asistencia letrada y el derecho a informar a un tercero de la detención, constituyen salvaguardas fundamentales ante el maltrato de las personas detenidas que pueden ser aplicadas desde el primer momento de la privación de libertad» (en SSTEDH de 18 de septiembre de 2008, *Türkan c. Turquía*, § 42; y de 13 de julio de 2010, *Parnov c. Moldavia*, § 30), añadiendo que «el pronto examen forense era crucial debido a que los signos de lesión podrían desaparecer en poco tiempo» (STEDH de 17 abril 2012, *Rizvanov c. Azerbaijan*, § 47).

b) En segundo lugar, recordábamos en la indicada STC 12/2013, de 28 de enero, que es necesario que «las sospechas de comisión de torturas se revelen como susceptibles de ser despejadas mediante una investigación eficaz. En este sentido hemos afirmado que “respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del artículo 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral” (por todas, SSTC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2)».

«Con todo, “no se trata de que se practiquen todas y cada una de las diligencias solicitadas o imaginables, pero sí de que en un contexto aún de incertidumbre acerca de lo acaecido se practiquen aquellas que a priori se revelen susceptibles de despejar tales dudas fácticas. Si hay sospechas razonables de maltrato y modo aún de despejarlas no puede considerarse investigación oficial eficaz la que proceda al archivo de las actuaciones” (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8). De este modo, “la tutela judicial será así suficiente y efectiva ex artículo 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impide la clausura temprana de la misma. Tampoco impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles o propuestas. Tales obligaciones conducirían a instrucciones inútiles en perjuicio de los intereses de los imputados y de una racional gestión de los recursos de la Administración de Justicia” (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 123/2008, de 20 de octubre FJ 2; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2 y 131/2012, de 18 de junio, FJ 2). Resulta así posible no proseguir con nuevas diligencias de investigación en aquellos casos en que o bien no persistan sospechas razonables sobre los hechos denunciados o bien incluso persistiendo ya se han agotado los medios razonables y eficaces de investigación. El canon de investigación suficiente se refiere así tanto a la inexistencia de sospechas razonables, como a la utilidad de continuar con la instrucción (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8; 52/2008, de 14 de abril, FJ 5 y 63/2008, de 26 de mayo, FJ 4)».

Todo lo anterior pone de manifiesto el carácter eminentemente circunstancial de la apreciación del panorama indiciario que obliga a las autoridades a no concluir la investigación, manteniendo así el necesario equilibrio entre la firmeza que la preservación del Estado de Derecho exige en la investigación de las conductas delictivas o irregulares cometidas al amparo del ejercicio del poder y la necesidad de salvaguardar el crédito de ese mismo Estado de Derecho frente a una eventual «estrategia destinada

a abrir o mantener abierto el mayor tiempo posible el proceso penal, para erosionar el crédito de las instituciones democráticas o para obtener la identidad de los agentes intervinientes en la lucha antiterrorista, poniendo en peligro su vida o la continuidad de su labor». [STC 12/2013, de 28 de enero, FJ 3, a) in fine].

(STC 153/2013, de 9 septiembre. Recurso de amparo núm. 4981-2012. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» 9-10-2013. En el mismo sentido, STC 12/2013, de 28 de enero. «BOE» de 26-2-2013).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Exploración del menor como prueba en delitos de abuso sexual.

«En los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a analizar las condiciones en las que narró los hechos o, por fin, a evaluar la credibilidad de su relato (SSTEDH *P.S. contra Alemania*, § 30; *W. contra Finlandia*, § 47; *D. contra Finlandia*, § 44). En tal medida, el centro de atención del debate jurídico recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar al acusado un juicio con todas las garantías, hemos asumido en la citada STC 174/2011 el canon a que se refiere la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso *A.S. contra Finlandia*, § 56, conforme a la cual “quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior”».

(STC 57/2013, de 11 de marzo. Recurso de amparo núm. 3723-2011. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 10-4-2013).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a un Juez imparcial

«Procede realizar, a los efectos de la resolución de la cuestión suscitada, una síntesis expositiva de los aspectos básicos de nuestra doctrina sobre el derecho a un Juez imparcial cuyas líneas fundamentales son las siguientes:

a) La imparcialidad del Juez puede analizarse desde una doble vertiente. Una “imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él” (por todas STC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9).

b) La garantía de la imparcialidad objetiva “pretende evitar toda mediatización, en el ámbito penal, del enjuiciamiento a realizar en la instancia o a revisar en vía de recurso” (STC 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2). Esto es “que influya en el juicio

o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor” (STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 4). Tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero “la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento, o en el recurso que proceda, pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener en uno u otro –en el juicio o en el recurso– una justicia imparcial. La Ley, ante tal riesgo, no impone al Juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó, ni exige tampoco a los justiciables confiar en que esa superación se alcance. Más bien permite, mediante la abstención de aquél o la recusación por éstos, que quede apartado del juicio del recurso el Juez que ya se ha formado una convicción sobre la culpabilidad del acusado o que puede haberla adquirido en el curso de instrucción”. (SSTC 157/1993, de 6 de mayo; FJ 3 y 11/2000, FJ 4, que cita la anterior).

c) No basta que tales dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de la parte, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, STC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9). Se hace necesario examinar las circunstancias del caso, en tanto que “la imparcialidad del Juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador” (STC 60/1995, de 16 de marzo, FJ 4, que acomoda la interpretación del mencionado derecho a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

d) Tales dudas resultan de “la incompatibilidad entre las funciones de resolver, o dictar el fallo, con las previas de acusación o de auxilio a la acusación” (STC 11/2000, FJ 4, y las que en ella se citan), o del presupuesto por el que son “constitucionalmente incompatibles las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento” (STC 11/2000, FJ 4, y las que en ella se citan). Ahora bien, “no se ha considerado que pierde la imparcialidad objetiva el Juez que decide la admisión de una denuncia o una querrela” (STC 11/2000, FJ 4), pues el Juzgado “tiene en los comienzos del procedimiento muy escaso margen de decisión: está obligado por la ley a incoar procedimiento cuando recibe una denuncia, salvo excepciones ... Sólo después, conforme avanza la instrucción, se amplían las facultades judiciales: cuando se ha iniciado la comprobación del hecho denunciado, practicándose las diligencias iniciales, puede el Juzgado acordar el sobreseimiento de la causa por los motivos previstos por los artículos 637 y 641 de la Ley (SSTC 34/1983, fundamento jurídico 1 y 2, y 40/1988, fundamento jurídico 3)” (STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 17). Tampoco “consideramos lesionado al derecho a la imparcialidad del juez en el caso de revocación del sobreseimiento acordado por una Sala unipersonal cuando el enjuiciamiento correspondió a una Sala de tres Magistrados” (STC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 5). Igualmente no quiebra la imparcialidad cuando el Juez instructor de la causa se limita únicamente a formar parte de la Sala que dicta una providencia de mera ordenación del procedimiento que nada decide, ni en lo concerniente a los aspectos materiales o de fondo del citado recurso de apelación (STC 238/1991, de 12 de diciembre, FJ 3), o cuando únicamente se “ejerció un control de estricta legalidad sobre la regularidad procedimental de la actuación investigadora, acordando su corrección, por razón de la palmaria contradicción de la resolución apelada con la anterior resolución firme del Juzgado ordenando la apertura de diligencias previas» (STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 3)”».

(STC 149/2013, de 9 de septiembre. Recurso de amparo núm. 211-2010. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. «BOE» de 9-10-2013).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal.

«Recuerda al respecto la STC 135/2011, de 12 de septiembre, que “nuestra doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absolutorio, que se inicia en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y ha sido reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre las más recientes SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2; 24/2009, de 26 de enero, FJ 2; y 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3), señala que ‘el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción’. En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia”».

(STC 22/2013, de 31 de enero. Recurso de amparo núm. 8928-2006. Ponente. D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 26-2-2013).

«La STC 167/2002, de 18 de septiembre, que invoca la Sentencia recurrida, como recordara el Pleno de este Tribunal en la STC 88/2013, de 11 de abril, se ocupó del alcance de las garantías constitucionales para quien resulta condenado en la segunda instancia, tras revisar una previa absolución, inspirándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbatani c. Suecia*, o de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumania*). Según esa doctrina, el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

A partir de ello, se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4; o 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3)–, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

En aplicación de esta doctrina constitucional se han sentado diversos criterios y garantías, que no será preciso reiterar ahora por no estar comprometidos en el presente caso, bastando la remisión a los pronunciamientos del Pleno citados, señaladamente a la STC 88/2013, de 11 de abril, que realiza un recorrido por nuestra

jurisprudencia y aclara el encuadramiento constitucional de las exigencias de inmediación y contradicción en la valoración de pruebas personales, así como del derecho del acusado absuelto de ofrecer su testimonio personal sobre los hechos enjuiciados en los supuestos en los que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa o que no cabe interpretar su conducta con la intención o ánimo de cometer el hecho delictivo, englobando todo ello dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), pero en su proyección frente a condenas en segunda instancia.

En ese sentido, esto es, insistiendo en la identificación de quién es sujeto de la tutela, procede recordar lo que dijimos en la STC 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4: “De la doctrina expuesta se deriva que, si bien en casos excepcionales y en aras a la máxima irradiación de las garantías constitucionales, podría resultar procedente, a partir de una interpretación conforme a la Constitución de la regulación legal del recurso de apelación, celebrar vista oral en segunda instancia con asistencia del acusado o, eventualmente, de otros testigos cuyo testimonio resulte imprescindible para asegurar la debida práctica contradictoria de pruebas admitidas con arreglo al artículo 790.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), la doctrina constitucional no exige o alienta la repetición del juicio ante el órgano *ad quem* cuando se pretenda revisar una absolución, pudiendo éste, en el ejercicio de la potestad que le otorga el artículo 117.3 CE y a partir de una interpretación no arbitraria de la regulación legal del recurso de apelación, confirmar la absolución sin citar a quienes hubieran declarado en primera instancia. En definitiva, lo único que la Constitución proscribiera es la revocación de una absolución –o, en general, una revisión *in peius* de la decisión de primera instancia– sin respeto a las garantías de inmediación y defensa contradictoria”».

(STC 184/2013, de 4 de noviembre. Recurso de amparo 4974-2011. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. «BOE» de 4-12-2013).

Presunción de inocencia. Valor probatorio de la confesión prestada en fase de instrucción (art. 46.5 LOTJ).

«La decisión de admitir el valor probatorio de las declaraciones prestadas con las debidas garantías de contradicción ante el Juez de Instrucción, introducidas luego en el juicio oral a través del interrogatorio al acusado sobre las contradicciones entre lo que “manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción” (art. 46.5 LOTJ) no sólo no es irracional, arbitraria o manifiestamente errónea al interpretar la legalidad, sino que es conforme con nuestra doctrina, que permite la valoración de las declaraciones sumariales, practicadas con las formalidades legales e introducidas en el plenario en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Hemos declarado que es acorde con la Constitución y con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) “integrar en la valoración probatoria el resultado de ciertas diligencias sumariales que, habiéndose practicado con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, sean reproducidas en el acto del juicio ... introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7). De esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliéndose así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradic-

ción (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10)” (STC 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2). La especialidad probatoria que establece el artículo 46.5 LOTJ consiste en garantizar la inmediación, contradicción y publicidad de la prueba a través del interrogatorio sobre las contradicciones entre lo declarado en el acto del juicio oral y ante el Juez de Instrucción (STC 2/2002, FJ 7, citada), y mediante la incorporación del testimonio de la declaración previa al acta que se entregará al jurado. Dicha excepción constituye una singularidad en la práctica de la prueba, como acertadamente afirma el Ministerio Fiscal en sus alegaciones y entienden las resoluciones impugnadas, que en modo alguno puede considerarse vulneradora del derecho invocado. De este modo, el artículo 714 LECrim determina que cuando “la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”; por su parte, el apartado primero del artículo 46.5 LOTJ indica –refiriéndose expresamente al acusado– que el “Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto”.

La incorporación al proceso de las declaraciones del acusado que han tenido lugar en la fase de instrucción, mediante el interrogatorio en el acto del juicio oral sobre las contradicciones existentes entre lo manifestado en el juicio oral y en la fase de instrucción, uniendo el testimonio de dicha declaración al acta que se entregará al Tribunal del Jurado (art. 46.5 LOTJ), también tiene plena acogida en los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 CEDH, siempre que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado (STEDH de 20 noviembre 1989, caso *Kostovski contra Países Bajos*, ap. 41).

7. A lo anterior debe añadirse que la decisión de valorar la declaración del acusado prestada con las debidas garantías ante el Juez de Instrucción, se acomoda al carácter estructural de los principios de valoración probatoria, “cuya vigencia no puede depender de las variaciones que cada modalidad de procedimiento acoge” –como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo–, sin perjuicio de que puedan preverse peculiaridades en su práctica en aras a potenciar los principios de oralidad e inmediación. En este sentido, desde el prisma constitucional, carece de sentido que la decisión del procedimiento a seguir –sumario, abreviado o ante el Tribunal del Jurado– pueda definir el acervo probatorio.

Todo ello no es extraño al singular valor probatorio que hemos atribuido a la confesión del imputado ante el Juzgado de Instrucción como prueba válida, al afirmar “la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida” (STC 136/2006, de 8 de mayo, FJ 7). Esta validez “no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención” (STC 86/1995, de 6 de junio, FJ 4), con el fin de no devaluar “una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad” (STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4).

Por ello, la interpretación efectuada, no solo es conforme con la previsión legal y constitucional que configura el sistema probatorio contenido en la LECrim; tampoco desborda el tenor literal del artículo 46.5 LOTJ, que además de admitir la prueba anticipada, permite traer al acervo probatorio las declaraciones de instrucción mediante el interrogatorio en el acto del juicio oral sobre las contradicciones existentes entre lo allí manifestado y lo dicho en la fase de instrucción, uniendo el testimonio de dicha declaración al acta que se entregará al Tribunal del Jurado (art. 46.5 LOTJ).

Se mantiene con ello el equilibrio entre las distintas partes del procedimiento, ponderando adecuadamente los diversos derechos fundamentales afectados por la decisión judicial, sin dejar a la voluntad del acusado lo actuado en el sumario (SSTC 19/1994, de 27 de enero, FJ 3, y 41/1991, de 25 de febrero, FJ 2).

8. A ello no obsta que en el inciso final del artículo 46.5 LOTJ se indique que las “declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados”; dicho precepto no es sino reflejo de nuestra doctrina, de acuerdo con la cual “las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la L.E.Cr.) y que, como se advierte en la citada STC 101/1985, no constituyen en sí mismas pruebas de cargo” (STC 137/1988, de 7 de julio, FJ 2). Dicha doctrina no ha sido óbice para que hayamos admitido la prueba preconstituida (art. 730 LECrim), o la valoración —a través de su lectura— de las declaraciones testificales prestadas en el sumario cuando exista contradicción con las prestadas por el testigo en el acto del juicio oral conforme al artículo 714 LECrim. Este precepto, pese a referirse exclusivamente al testigo (a diferencia del tenor literal del apartado primero del artículo 46.5 LOTJ que contempla también al acusado y al perito), lo hemos considerado aplicable al acusado, sin merma alguna del derecho a la presunción de inocencia (por todas, STC 82/1988, de 28 de abril, FJ 3).

Precisamente, la redacción final del citado artículo 46.5, *in fine*, LOTJ, fue en su debate parlamentario consecuencia de una enmienda transaccional, que obedeció a la voluntad de dar “valor probatorio de determinadas intervenciones en la fase sumarial” (“Diario Sesiones Congreso de los Diputados”, Comisiones, núm. 418, pp. 12735-12736) y conseguir así el “equilibrio de dar validez probatoria a la que sea auténtica prueba y no mera investigación pesquisada o indicio, y lo que es el principio fundamental de la oralidad” (“Diario Sesiones Congreso de los Diputados”, Comisiones, núm. 418, pp. 12735-12736)».

(STC 151/2013, de 9 de septiembre. Recurso de amparo núm. 6999-2010. Ponente. D. Andrés Ollero Tassara. «BOE» de 9-10-2013).

Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones prestadas ante la policía.

«Procederemos ahora a recoger los contenidos esenciales de nuestra doctrina en la materia, sintetizados por la STC 68/2010, de 18 de octubre: a) Como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 1/2006, de 16 de

enero, FJ 4; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, o 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3). Es en el juicio oral donde se aseguran las garantías constitucionales de intermediación, contradicción, oralidad y publicidad (entre otras muchas, STC 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6).

b) La regla que se viene de enunciar, sin embargo, no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria potencial a otras diligencias. En efecto, nuestra doctrina ha admitido que la regla general consiente determinadas excepciones, particularmente respecto de las declaraciones prestadas en fase sumarial cuando se cumplan una serie de presupuestos y requisitos que “hemos clasificado como: a) materiales –que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral–; b) subjetivos –la necesaria intervención del Juez de Instrucción–; c) objetivos –que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo–; d) formales –la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim–, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral” [STC 68/2010, FJ 5 a), y los restantes pronunciamientos de este Tribunal allí igualmente citados].

c) Por el contrario, la posibilidad de otorgar la condición de prueba a declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las practicadas ante la policía. Se confirma con ello la doctrina de nuestra temprana STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 4, según la cual “dicha declaración, al formar parte del atestado, tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el artículo 297 de la LECrim”, por lo que, considerado en sí mismo, y como hemos dicho en la STC 68/2010, FJ 5 b), “el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, y los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios”.

Una vez señalado que la declaración ante la policía no constituye como tal, y por sí sola, un medio de prueba, no es preciso en este momento entrar en el análisis de problemas asociados a ello, abordados en nuestros precedentes pero sin relevancia alguna en este recurso.

d) El criterio descrito en la letra anterior no significa, no obstante, negar eficacia probatoria potencial a cualquier diligencia policial reflejada en el atestado, puesto que, si se introduce en el juicio oral con respeto “a la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad intermediación y contradicción” (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10 y 187/2003, de 27 de septiembre, FJ 4), puede desplegar efectos probatorios, en contraste o concurrencia con otros elementos de prueba.

Las declaraciones obrantes en los atestados policiales, en conclusión, no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, ni las autoincriminatorias ni las heteroinculporias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. Lo hemos dispuesto de ese modo, en relación con las declaraciones de coimputados y copartícipes en los hechos, por ejemplo, en las SSTC 51/1995, de 23 de febrero; 206/2003, de 1 de diciembre, o 68/2010, de 18 de

octubre. En suma, no puede confundirse la acreditación de la existencia de un acto (declaración ante la policía) con una veracidad y refrendo de sus contenidos que alcance carácter o condición de prueba por sí sola.

5. Según la consolidada doctrina de este Tribunal, la Constitución veda ex artículo 24.2 que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena en su propia apreciación de lo sucedido a partir de su valoración de testimonios a los que no ha asistido. El derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) exige que la valoración de un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practique y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad.

Junto a la lesión de ese derecho, cuya declaración se impone cuando haya tenido una incidencia material en la condena, se producirá también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia siempre que la eliminación de la prueba irregularmente valorada deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado. Esto sucederá, por supuesto, cuando la prueba personal eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, pero asimismo cuando, a partir de su propia motivación, se constate que dicha prueba era esencial para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia de dicha conclusión devenga ilógica o no concluyente (STC 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2, y entre las más recientes, STC 144/2012, de 2 de julio, FJ 6, o la reiterada STC 68/2010, dictada en una problemática próxima a la que resolvemos, como ha quedado expuesto). Sin embargo y de existir otras pruebas de cargo válidas e independientes, la presunción de inocencia no resultará infringida (por ejemplo, STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; o 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6, ambas del Pleno de este Tribunal)».

(STC 53/2013, de 28 de 2013. Recurso de amparo núm. 8309-2010. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. «BOE» de 26-3-2013).

Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones sumariales, testigos protegidos, anónimos y menores.

«En el acervo doctrinal de este Tribunal, la figura del testigo protegido ha sido objeto de análisis únicamente en la STC 64/1994, de 28 de febrero, cuyas conclusiones fueron después recogidas por los AATC 270/1994, de 17 de octubre, y 522/2005, de 20 de diciembre. En dicha Sentencia nos ocupamos de un supuesto de testigo “oculto” —esto es, testigo de cargo que presta su declaración sin ser visto por el acusado—, ponderando su compatibilidad con las garantías de contradicción y de ejercicio real de la defensa en el proceso, derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —sobre la que a continuación habremos de referirnos más detenidamente—, manifestamos entonces que en los casos en que “el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de ‘oculto’ (entendiendo por tal aquél que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos —tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado— resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del artículo 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el artículo 24.2 de nuestra Constitución” (FJ 3). Junto a ello, advertimos además, con carácter de *obiter dictum*, que con

arreglo al Tribunal de Estrasburgo debe considerarse contrario al citado precepto del Convenio “la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad” (FJ 3).

(.../...)

Si bien el derecho a un proceso con todas las garantías exige, como regla general, que los medios de prueba se practiquen en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediatez (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3, o 174/2011, de 7 de noviembre, FJ 3), la necesidad de ponderar el citado derecho fundamental con otros intereses y derechos dignos de protección permite modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, siempre que se hallen debidamente justificados en atención a esos fines legítimos y, en todo caso, que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. Como recuerda la STC 174/2011, de 7 de noviembre, “dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado” (FJ 3).

Así, hemos venido admitiendo, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, la posibilidad de integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales de investigación, tales como, en particular, declaraciones testificales, mientras, entre otros requisitos, al acusado se le haya dado la posibilidad de someter tal testimonio a contradicción (entre otras, SSTC 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3 y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5). En línea semejante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski c. Holanda, § 41; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 51 y 19 de julio de 2012, caso Hümmel c. Alemania, § 38); advirtiendo en todo caso que “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma decisiva en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario” (SSTEDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà c. Italia, § 40; 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, § 118; y 19 de febrero de 2013, caso Gani c. España, § 38).

En un ámbito más cercano a la órbita de problemas que presenta el supuesto actual, hemos considerado legítimo igualmente excepcionar la citada regla general ante testigos que presenten especiales necesidades de protección debido a su minoría de edad, especialmente cuando han podido ser víctimas de un delito violento o contra su indemnidad sexual; casos en los que a la finalidad de asegurar el desarrollo del proceso penal se añadiría la necesidad de velar por los intereses del menor. En este

sentido, acogiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (entre otras, SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. c. Alemania; 2 de julio de 2002, caso S.N. c. Suecia; o de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. c. Finlandia), manifestamos en la STC 174/2011, de 7 de noviembre, que en tales casos “la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal” (FJ 3), que podría verse gravemente alterada con la inserción del menor en entorno de un procedimiento penal y, en particular, con el sometimiento al debate contradictorio entre las partes inherente a la dinámica del juicio oral. En tales supuestos, las manifestaciones verbales de los menores podrían llegar a erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena, si bien únicamente cuando se hubiera dado al acusado la posibilidad “de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral” (FJ 3), y que pasarían por ofrecer “una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual”, y por “tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior” (STC 174/2011, citando el caso A.S. c. Finlandia, § 56).

5. Semejantes presupuestos son los que habrán de presidir la ponderación entre las necesidades de protección de determinados testigos y las garantías inherentes a un proceso equitativo. En el seno del proceso penal, la colaboración con la Administración de justicia desempeñada por testigos y peritos puede en ocasiones verse menoscabada por la amenaza de represalias para su vida, integridad física o libertad, por lo que resulta indispensable introducir diversas medidas legales de protección, tanto en fases anteriores y posteriores del juicio oral como incluso en el marco de su desarrollo, que permitan al órgano judicial, tras un ponderación de los intereses en conflicto, aplicar las que resulten procedentes en cada caso (en sentido similar, SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson c. Holanda, § 70; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 53; 14 de febrero de 2002, caso Visser c. Holanda, § 53 y de 6 de diciembre de 2012, caso Pesukic c. Suiza, § 45). A esa finalidad responde la promulgación de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, que en su exposición de motivos, recogiendo la necesidad de cohesión tal protección con las garantías de defensa tantas veces reiterada por el Tribunal de Estrasburgo, manifiesta el afán de mantener “el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familias”.

Con relación al anonimato del testigo, como uno de tales instrumentos de protección, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el uso de declaraciones efectuadas por testigos anónimos para fundamentar una condena penal no siempre ha de entenderse contrario al Convenio, pero no debe soslayarse el hecho de que ante una acusación fundada en testimonios anónimos la defensa se ve enfrentada a dificultades que no deberían aceptarse en el procedimiento penal (SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson c. Holanda, § 69; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 52 y de 28 de marzo de 2002, caso Birutis y otros c. Lituania, § 29). A este respecto, sostiene el Tribunal europeo que el derecho del acusado a tener una oportunidad efectiva de someter a contradicción las pruebas que

se dirigen contra él requiere “que el acusado deba conocer la identidad de quien le acusa de modo que pueda cuestionar su fiabilidad y credibilidad” (SSTEDH de 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, § 127 y de 19 de julio de 2012, caso Hümmer c. Alemania, § 38). En ello radica, en efecto, el déficit de defensa inherente al testigo anónimo, puesto que “si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene la información que le permita fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda.

Los peligros inherentes a tal situación son evidentes” (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski c. Holanda, § 42 y de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, § 28).

Por tal razón, para que la declaración de un testigo anónimo pueda ser incorporada al acervo probatorio se requiere que los déficits de defensa a que se ve enfrentado el acusado sean compensados a través de la introducción de medidas alternativas que permitan la contradicción (SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson c. Holanda, § 72; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 54 y de 28 de marzo de 2002, caso Birutis y otros c. Lituania, § 29. Con carácter general, SSTEDH de 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, § 147; 6 de diciembre de 2012, caso Pesukic c. Suiza, § 45 y de 19 de febrero de 2013, caso Gani c. España, § 41). Además, y en todo caso, “incluso cuando se hayan adoptado mecanismos de ‘equilibrio’ adecuados para compensar en grado suficiente los déficits bajo los que actúa la defensa, una condena no ha de estar basada únicamente o de modo decisivo en testimonios anónimos” (SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson c. Holanda, § 76; 14 de febrero de 2002, caso Visser c. Holanda, § 55 y de 6 de diciembre de 2012, caso Pesukic c. Suiza, § 45).

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos. El primero de ellos –no cuestionado en la presente demanda– que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia».

(STC 75/2013, de 8 de abril. Recurso de amparo núm. 1771-2011. Ponente. D.^a Adela Asua Batarrita. «BOE» de 10-5-2013).

Presunción de inocencia y motivación de las resoluciones de condena.

«Desde la STC 31/1981, de 28 de julio, hemos venido reiterando que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. modo que, como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2,

“sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado” (también, entre muchas, SSTC 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

En lo que es relevante para el presente enjuiciamiento, hemos de poner de manifiesto “la íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia” (STC 145/2005, de 6 de junio FJ 6; 12/2011, de 28 de febrero, FJ 6). Por tal razón, y como recuerda la STC 12/2011, de 28 de febrero, “este Tribunal ha reiterado que ‘uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del *iter* que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio’ (STC 245/2007, 10 de diciembre, FJ 5). Desde esta perspectiva, resulta necesario comprobar si las resoluciones impugnadas no sólo satisfacen el grado mínimo de motivación exigido en general para la tutela judicial, sino también el grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia, que conforme a nuestra doctrina es superior al primero ‘dado que está precisamente en juego aquel derecho y, en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando, como es ahora el caso, la condena lo sea a penas de prisión (STC 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 169/2004, de 6 de octubre, FJ 6; 143/2005, de 6 de junio, FJ 4). El canon de análisis no se conforma ya con la mera cognoscibilidad de la *ratio decidendi* de la decisión judicial, sino que exige una mínima explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica (SSTC 5/2000, de 17 de enero, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 209/2002, de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 143/2005, de 6 de junio, FJ 4)’ (STC 245/2007, 10 de diciembre, FJ 5).” (FJ 6). Junto al diferente estándar de exigencia, consecuencia adicional de esta perspectiva constitucional sobre la ausencia de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio, está la de que, a diferencia del derecho a la tutela judicial efectiva, la plena reparación del derecho a la presunción de inocencia pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la Sentencia condenatoria. Como expresa la STC 245/2007, de 10 de diciembre, “la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el artículo 24.2 C.E. y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de presunción de inocencia, sólo reparable con su anulación definitiva” (FJ 5)».

(STC 22/2013, de 31 de enero. Recurso de amparo núm. 8928-2006. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 26-2-2013).

ARTÍCULO 25

Derecho a la legalidad penal

«De acuerdo con la doctrina reiterada de este Tribunal (entre otras muchas, SSTC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2; 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4; 144/2011, de 26 de

septiembre, FJ 4; y 90/2012, de 7 de mayo, FJ 4) el artículo 25.1 CE, que incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, comprende una doble garantía, formal y material. La garantía material, como señaló la STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2, deriva “del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones” (en el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2; 144/2011, de 26 de septiembre de 2011, FJ 4; y 90/2012, de 7 de mayo, FJ 4). Por esta razón, como también señala la citada STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2, “la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador”.

La garantía formal, como señala la STC 166/2012, de 1 octubre, FJ 5, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de esas conductas y sanciones y sostiene, siguiendo la constante jurisprudencia de este Tribunal, que el término “legislación vigente” contenido en el artículo 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora (por todas STC 77/2006, de 13 de marzo, FJ único y jurisprudencia allí citada)».

(STC 13/2013, de 28 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5371-2011. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. «BOE» de 26-2-2013).

Principio acusatorio

«Respecto de la primera infracción denunciada sobre la lesión del principio acusatorio, conviene recordar que este Tribunal ha señalado que, entre las garantías que incluye dicho principio, se encuentra la de que “nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse”; ha precisado a este respecto que por “cosa” no puede entenderse únicamente “un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*”, sino también “la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre la calificación jurídica” (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 6). Esta vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la Sentencia judicial implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión; lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal. De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no sólo por la verificación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden (SSTC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 4, y 155/2009, de 25 de junio, FJ 4). Estas exigencias del principio acusatorio, como también hemos afirmado, son igualmente aplicables en la segunda instancia (STC 60/2008, de 26 de

mayo, FJ 6), de forma que “la acusación, contradicción y defensa han de garantizarse no sólo en el juicio de primera instancia sino también en la fase de recurso, y, por ello, en la apelación, donde ha de existir también una acusación formulada contra una persona determinada, pues no hay posibilidad de condena sin acusación” (STC 53/1989, de 22 de febrero, FJ 2)».

(STC 43/2013, de 25 de febrero. Recurso de amparo núm. 5716-2010. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. «BOE» de 26-3-2013. En sentido similar, SSTC 118/2013, 119/2013 y 120/2013. «BOE» de 18-6-2013).

Principio non bis in idem

«Tenemos reiterado, ya desde la STC 2/1981, de 30 de enero, que el principio *non bis in idem* veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre otras muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; o 2/2003, de 16 de enero, FJ 3)».

(STC 189/2013, de 7 de noviembre. Cuestión de inconstitucionalidad 7686-2009. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García. «BOE» de 4-12-2013).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 21.6

Atenuante de dilaciones indebidas

«Aunque no parece dudoso que la decisión legal de prever como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal determinados casos de dilaciones indebidas encuentra su fundamento en principios y valores constitucionales, este Tribunal ha descartado en su doctrina que forme parte del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas la exoneración o atenuación de la responsabilidad penal prevista por la comisión del delito objeto del proceso en el que la dilación se ha producido (SSTC 381/1993, de 20 de diciembre; 8/1994, de 17 de enero; 35/1994, de 31 de enero; 148/1994, de 12 de mayo, y 295/1994, de 7 de noviembre). Así, la STC 381/1993, FJ 4, señaló ya que “constatada judicialmente la comisión del hecho delictivo y declarada la consiguiente responsabilidad penal de su autor, el mayor o menor retraso en la conclusión del proceso no afecta... a ninguno de los extremos en que la condena se ha fundamentado, ni perjudica la realidad de la comisión del delito y las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal.

Dada la manifiesta desconexión entre las dilaciones indebidas y la realidad del ilícito y la responsabilidad, no cabe pues derivar de aquellas una consecuencia sobre

éstas ni, desde luego, hacer derivar de las dilaciones la inexecución de la sentencia condenatoria”.

La decisión legal no es, por tanto, desarrollo constitucionalmente obligado del derecho. En segundo lugar, debemos resaltar también que, en anteriores resoluciones hemos señalado que la apreciación o no de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad es una cuestión de estricta legalidad penal cuya resolución corresponde a los órganos judiciales competentes, y cuyo control en esta sede se limita a comprobar que la respuesta de éstos sea suficientemente motivada y no arbitraria, irrazonable o patentemente errónea (SSTC 211/1992, de 30 de noviembre, FJ 5; 133/1994, de 9 de mayo, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 11; 239/2006, de 17 de julio, FJ 5; 5/2010, de 7 de abril, FJ 5, y 142/2012, de 2 de julio, FJ 7). De la misma forma, en la STC 25/2011, de 14 de marzo (FJ 6), descartamos la existencia de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación en un caso como el presente en el que, sin referencia alguna a la atenuante de dilaciones indebidas alegada, la pena impuesta fue la mínima legalmente prevista para el delito por el que el demandante había sido condenado, al apreciar que la referencia a la atenuante “carecería de toda virtualidad dada la citada aplicación de la pena mínima”.

(STC 78/2013, de 8 de abril. Recurso de amparo núm. 6915-2011. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» de 10-5-2013).

ARTÍCULO 58

Abono de la prisión provisional. Coincidencia de prisiones provisionales acordadas en distintas causas.

«En relación al supuesto de refundición de condenas, hemos afirmado que “no ha de excluirse que lesione el derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución, la ejecución de una Sentencia penal con inobservancia de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal respecto al cumplimiento sucesivo o, en su caso, refundido de las distintas condenas de pérdida de libertad que pudieran reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, en cuanto que supongan alargamiento ilegítimo de esa permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad.” (STC 147/1988, de 14 de julio; FJ 2; reproducida por las SSTC 130/1996, de 9 de julio; FJ 2, y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2).

También hemos tenido ocasión de precisar que “los planteamientos que contemplan de manera directa la legalidad ordinaria a nosotros sólo nos pueden interesar en la medida en que condicionen el planteamiento del problema en el plano constitucional” (STC 68/1982, de 22 de noviembre, FJ 1). En tal sentido, si bien la Constitución no impone una configuración determinada del abono del tiempo de privación de libertad preventivamente sufrido, “este Tribunal ha venido reiterando en distintas ocasiones que, ‘en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos’” (STC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3, y las que en el mismo se citan); favor *libertatis* que exige que “la norma aplicada permita otra interpretación alternativa a la elegida por el órgano judicial” (STC 32/1989, de 13 de febrero, FJ 2), o en otras palabras “la interpretación más favorable a los derechos fundamentales presupone la existencia de alguna res dubia o de alguna variante en la interpretación de los preceptos legales” (STC 1/1989, de 16 de enero, FJ 3). Este planteamiento genérico de la doctrina constitucional aplicable debe completarse obligadamente con el análisis de la más reciente

doctrina sobre la cuestión planteada que, en un afán de síntesis, puede concretarse del modo siguiente:

a) En la STC 57/2008, de 28 de abril, lo discutido por el recurrente era la negativa judicial a abonarle el tiempo de prisión provisional sufrido en una causa para el cumplimiento de la pena impuesta en la misma, pretensión que se apoyaba en el hecho de haber estado simultáneamente privado de libertad como penado en otra causa distinta. Se trataba allí de valorar la razonabilidad de la exclusión de un supuesto en la aplicación judicial de la norma; exclusión que este Tribunal consideró irrazonable, y por ello lesiva del artículo 17.1 CE, atendido el enunciado normativo y su finalidad, doctrina reiterada en la STC 158/2012, de 17 de septiembre (FJ 3). La citada STC 57/2008, en su FJ 7, afirma que “[f]inalmente tampoco puede considerarse... que en la situación de coincidencia temporal de las situaciones de prisión provisional por una causa y de ejecución de pena de prisión por otra la prisión provisional no afecte realmente a la libertad, pues es preciso tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en la normativa penitenciaria (arts. 23.3, 29.2, 104, 154, 159, 161 y 192 del Reglamento penitenciario), el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está ‘materialmente’ en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, sólo padece una ‘privación de libertad meramente formal’ (STC 19/1999, de 22 de enero, FJ 4)”.

b) En la STC 92/2012 de 7 de mayo, FJ 5, en relación al abono múltiple de la prisión preventiva, se indica que “atendida la finalidad del precepto de cobertura invocado, no resulta irrazonable ni ajeno a su finalidad considerar que el supuesto que plantea el demandante no está incluido en la regla establecida por el legislador dado que la simultánea situación de prisión provisional acordada en dos causas penales no causa perjuicio material efectivo añadido, a quien se ve así privado de libertad, por el simple hecho de venir fundada en dos títulos jurídicos, pues el demandante, en su condición de preso preventivo en dos causas, lo está con un único régimen jurídico aunque procesalmente pesen sobre él dos órdenes cautelares de privación de libertad que en nada se afectan mutuamente”, como reitera la STC 158/2012, de 17 de septiembre (FJ 3). También se expresa en la citada STC 92/2012, FJ 5, que “la supuesta procedencia de abonar un mismo tiempo de privación de libertad, sufrido provisional y simultáneamente en varias causas, a la pena o penas impuestas en cada una de ellas, no fue abordada por la STC 57/2008”.

c) En la STC 158/2012 de 17 de septiembre, hemos concretado la doctrina en el fundamento jurídico 4 al subrayar que “el artículo 58.1 del Código penal, en cualquiera de las redacciones anteriores a su reforma por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, contempla (tal y como los órganos judiciales han interpretado) la realidad de una sola causa penal en la que la privación cautelar de libertad ha sido seguida de una privación de libertad impuesta como sanción de la conducta investigada, imputada y finalmente atribuida. Sobre esa realidad –un hecho investigado, una privación cautelar decretada para posibilitar su investigación y enjuiciamiento y una pena privativa de libertad impuesta como pena por la comisión del hecho imputado– y no sobre otra, el legislador ha decidido que el efecto material de privación de libertad que la medida cautelar conlleva se tome en consideración una sola vez para reducir la duración de la pena privativa de libertad impuesta. Ese es el supuesto previsto en la norma y esa su finalidad”.

(.../...)

Como ya dijimos en la STC 57/2008, y reiteramos en la STC 92/2012, es la que obliga a computar el tiempo de prisión provisional padecido en una causa para el cumplimiento de la pena impuesta, estando simultáneamente privado de libertad como penado en otra causa distinta, puesto que “no puede negarse la funcionalidad y la realidad material de la prisión provisional como medida cautelar de privación de libertad en una causa porque coincida simultáneamente con una privación de libertad para el cumplimiento de una pena impuesta en otra causa distinta” (STC 57/2008, FJ 6). Sin embargo, como también indicábamos en la STC 92/2012, FJ 5, la previsión legal del artículo 58.1 CP, en la redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010, no puede aplicarse a supuestos distintos a los que contempla y justifican la norma, “[d]ado que una interpretación aparentemente amparada en el enunciado literal de la norma pero que desconoce su finalidad, provoca un efecto no querido por ésta; pues si el mismo tiempo de privación material de libertad se descuenta varias veces de la sanción prevista para varios hechos, la rebaja en el cumplimiento de las penas impuestas depende de una circunstancia procesal totalmente imprevisible y azarosa: el número de causas que se abran en investigación de los hechos. De esta manera queda completamente desvirtuada la finalidad de la norma, prevista, repetimos, para una sola causa y una sola condena”.

Por ello, consideramos que no era irrazonable que se denegara el abono del mismo tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de varias causas, tomando en consideración el tenor del enunciado del artículo 58.1 del Código penal entonces vigente, en atención al fundamento y la finalidad de la norma».

(STC 148/2013, de 9 de septiembre. Recurso de amparo núm. 10252-2009. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» de 9-10-2013. En similar sentido, STC 168/2013, de 7 diciembre, «BOE» de 7-11-2013).

ARTÍCULO 132.2

Interrupción de la prescripción del delito.

«Es necesario recordar que el artículo 132.2 CP, en la redacción vigente en el momento en que se cometieron los hechos que dieron lugar a la Sentencia recurrida, disponía que la prescripción “se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. Este precepto ha sido, en efecto, interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de entender que la querrela o denuncia de un tercero “es una ‘solicitud de iniciación’ del procedimiento” (SSTC 63/2005, FJ 8; y 29/2008, FJ 10), pero “no un procedimiento ya iniciado” (STC 29/2008, FJ 10), razón por la cual aquella querrela o denuncia no tiene por sí sola eficacia interruptora del cómputo del plazo de prescripción, sino que es necesario un “acto de interposición judicial” [STC 29/2008, FJ 12 c)] o de “dirección procesal del procedimiento contra el culpable” (STC 63/2005, FJ 5, y, más recientemente, SSTC 95/2010, de 15 de noviembre, FJ 5; y 133/2011, de 18 de julio, FJ 3, entre otras)».

(STC 1/2013, de 14 de enero. Recurso de amparo núm. 2271-2011. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 12-2-2013. En el mismo sentido, STC 32/2013, de 11 de febrero. «BOE» de 12-3-2013).

ARTÍCULO 134

Interrupción de la prescripción de la pena.

«Según reiterada doctrina constitucional “la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpaado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto “en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica”, si bien, por tratarse de una situación de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores, ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar –delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo– afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7; y 79/2008, de 14 de julio, FJ 2, y resoluciones en ellas citadas).

De este modo, el control de la prescripción penal en sede de jurisdicción constitucional se funda en el derecho a la tutela efectiva y en la conexión de la prescripción en el ámbito punitivo con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), sin posibilidad de interpretaciones *in malam partem* en virtud del artículo 25.1 CE (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12), lo que determina el control de la resolución impugnada bajo un canon de motivación reforzada, resultando conculcado el derecho a la libertad “tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone” (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2) y, por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor “en tanto que perjudiquen al reo” (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12; y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5).

4. El artículo 134 del Código penal vigente señala: “El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse”. Fuera de estos supuestos, en el ámbito de ejecución de la pena, no cabe hablar de la interrupción de la prescripción, por no existir una regulación sustantiva de la interrupción de la prescripción de la pena, a diferencia de lo que sucedía en el precedente Código penal de 1973, cuyo artículo 116 contemplaba como causa de interrupción de la prescripción de la pena la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de prescripción (STC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4).

En todo caso, debemos partir de la afirmación que realizábamos en la referida STC 97/2010, en el sentido de que la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo no está configurada legalmente como causa de interrupción de su prescripción y los efectos de la suspensión por indulto o cualquier medida adoptada por este Tribunal no pueden ser equivalentes a los de la interrupción de la prescripción en cuanto a la supresión o pérdida del plazo ya transcurrido, puesto que a partir del Código penal de 1995 no se contemplan causas de interrupción de la prescripción al margen del supuesto del quebrantamiento de condena.

Tal regulación de la prescripción de la pena es coherente con que el hecho de que el culpable ya está plenamente identificado, a diferencia de la prescripción del delito, y, al menos en los casos en que no se sustrae a la acción de la justicia, se encuentra a disposición del Juez o Tribunal para la ejecución de la pena; en consecuencia, parece razonable que los actos de ejecución dirigidos contra el condenado distintos del cumplimiento, *in natura* o sustitutivo, carezcan de relevancia interruptora de la prescripción».

(STC 187/2013, de 4 de noviembre. Recurso de amparo núm. 3506-2012. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» de 4-12-2013. En sentido similar, STC 192/2013, de 18 noviembre, «BOE» de 19-12-2013 y 109/2013, de 6 de mayo. «BOE» de 4-6-2013).

LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA

ARTÍCULO 51.1

Restricción de las comunicaciones de los internos en Centro Penitenciario

«El segundo inciso del artículo 25.2 CE (“El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”), incorpora una cláusula de garantía que permite preservar, en el ámbito de la relación de sujeción especial que vincula al privado de libertad con la Administración penitenciaria a cuyo sometimiento se halla, el ejercicio de los derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas en el capítulo segundo del título I CE; bien que aquí “con las modulaciones y matices” recogidas en dicho precepto constitucional ... es decir, de aquellos [derechos fundamentales] que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria [STC 11/2006, de 16 de enero, FJ 2 y las que en ella se citan; asimismo, SSTC 175/2000, de 26 de junio, FJ 2; 27/2001, de 29 de enero, FJ 3 y 140/2002, de 3 de junio, FJ 5]. Desde esta segunda perspectiva, la vulneración del artículo 25.2 CE tendrá relevancia en un recurso de amparo constitucional, únicamente si dicha lesión lleva aparejada a su vez la de un derecho fundamental del interno –peso preventivo o en situación de cumplimiento de pena– indebidamente sacrificado o restringido por la autoridad penitenciaria (SSTC 73/1983, de 30 de julio, FJ 7 y fallo; y 15/2011, de 28 de febrero, FJ 7 y fallo).

No es el caso, sin embargo, de la mera suspensión o restricción del derecho a la comunicación con sus familiares, atribuida por el aquí recurrente al centro penitenciario de Algeciras y confirmada por las resoluciones judiciales posteriores. En tal sentido y con referencia a las comunicaciones generales con terceros, orales o escritas, previstas en el artículo 51.1 de la Ley Orgánica general penitenciaria (LOGP), que son las que aquí nos importan, hemos dicho que representa “una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles”; sin embargo, “[l]os derechos fundamentales que garantiza la libertad, no tienen ni

pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo” (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2). Razón por la cual, no estando comprometido un derecho fundamental autónomo sino tan sólo una de las facultades que la libertad hace posible y cuya restricción forma parte del status penitenciario, ha de descartarse la vulneración del artículo 25.2 CE. Caso distinto es el de las comunicaciones específicas del artículo 51.2 LOGP, es decir, las del interno con su representante procesal y/o con su Abogado defensor o quien con ese cometido hubiere sido llamado para un determinado trámite del proceso penal en el que aquel participa, cuya suspensión o restricción de las comunicaciones puede conllevar, fuera de lo permitido por la ley, la lesión del derecho fundamental a la defensa jurídica del artículo 24.2 CE (STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5).

Ha descartado además este Tribunal que la mera privación de visitas al interno suponga un trato inhumano o degradante susceptible de lesionar el artículo 15 CE (SSTC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2 y 119/1996, de 8 de julio, FJ 2), dejando a salvo que una hipotética situación de incomunicación o aislamiento, se entienda que por su prolongación en el tiempo o por su forma de cumplimiento, pudiera traer consigo “sufrimientos de una especial intensidad o [que] provoquen una humillación o sensación de envilecimiento distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena” (STC 119/1996, de 8 de julio, FJ 2, con cita de la doctrina general sobre la proscripción de este tipo de tratos).

En resumen, no aparece concernida en este caso la vulneración de un derecho fundamental que pueda otorgar relevancia al artículo 25.2 CE desde la perspectiva del recurso de amparo, lo que impide examinar el fondo de la queja que deduce el demandante sobre este particular.

4. Ahora bien, la normativa penitenciaria atribuye a todo interno (preso preventivo o penado) el derecho a entablar comunicaciones con otras personas. Así, el artículo 51 LOGP establece que “[l]os internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial”. Estableciendo además que tales comunicaciones “se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento”. Y en lo que específicamente se refiere al tipo de visitas que ahora interesan, esto es, a las visitas con familiares o allegados, el artículo 45 del Reglamento penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, establece que “[p]revia solicitud del interesado, se concederá, una vez al mes como mínimo, una comunicación con sus familiares y allegados, que se celebrará en locales adecuados y cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una”. Visitas estas que, como todas ellas, se encuentran sometidas al indicado límite del mantenimiento de la seguridad, el tratamiento y el buen orden del establecimiento, según reitera el propio Reglamento penitenciario en su artículo 41, destinado a la regulación de las condiciones generales de las comunicaciones y visitas. Completan el régimen jurídico descrito los instrumentos aprobados por el Ministerio del Interior en desarrollo de aquellas normas de superior rango, en concreto la Instrucción núm. 4/2005, de actualización de la Instrucción 24/1996 sobre comunicaciones y visitas y la Instrucción I-12/2011 sobre medidas de seguridad de internos de especial seguimiento. Lo hasta ahora razonado determina el canon constitucional de control de las resoluciones judiciales que en instancia y apelación fiscalizaron las decisiones administrativas controvertidas a fin de hacer efectiva la reserva constitucional a favor de los órganos judiciales para

“hacer ejecutar lo juzgado” (art. 117.3 CE), competencia que se extiende en materia penal a cualesquiera circunstancias que se produzcan en la fase de ejecución de las penas. En efecto, como ya hemos advertido, estamos en un supuesto en el que el derecho a la tutela judicial efectiva no actúa en relación con el contenido esencial de ningún otro derecho fundamental sustantivo o procesal. De ahí que, tal como recordábamos recientemente en la STC 78/2013, de 8 de abril, “como precisamos en la STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4, ‘cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos típicos del artículo 24.1 CE o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento’. Dicho de otro modo, en estos supuestos se vulnera el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho cuando, por su contenido, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia” (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 214/1999, FJ 4; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2, y 64/2010, de 18 de octubre, FJ 3, entre otras muchas)».

(STC 128/2013, de 3 de junio. Recurso de amparo núm. 123-2012. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» de 2-7-2013).

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1A)

Agotamiento de la vía judicial previa.

«Como este Tribunal tiene declarado reiteradamente, los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan subsanados porque haya sido inicialmente admitido a trámite, de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción pueden volverse a abordar o reconsiderar en la Sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar a un pronunciamiento de inadmisión por la falta de tales presupuestos, sin que para ello constituya obstáculo el carácter tasado de los pronunciamientos previstos en el artículo 53 LOTC (por todas, SSTC 18/2002, de 28 de enero, FJ 3; 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 2; 69/2004, de 19 de abril, FJ 3; y 89/2011, de 6 de junio, FJ 2).

Entre esos presupuestos inexcusables para la admisibilidad de toda demanda de amparo se encuentra la exigencia establecida por el artículo 44.1 a) LOTC de “que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial”. La exigencia de agotamiento de la vía judicial previa tiene por objeto preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca *per saltum*, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, reme-

diar la lesión que luego se invoca como fundamento del recurso de amparo. Así, el requisito de agotar la vía judicial no es en modo alguno una formalidad cuya eficacia real pueda ser debilitada por una interpretación decididamente antiformalista del precepto que la contiene, sino que se trata de un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria, cuyo exacto cumplimiento resulta indispensable para preservar el ámbito que la Constitución reserva a la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE) y al propio tiempo para no desnaturalizar la función jurisdiccional propia de este Tribunal como intérprete supremo de la Constitución (entre otras muchas, SSTC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 5; 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 71/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 128/2002, de 3 de junio, FJ 2; y 174/2011, de 7 de noviembre, FJ 2).»

(STC 28/2013, de 11 de febrero. Recurso de amparo núm. 7189-2009. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. «BOE» de 12-3-2013).

ARTÍCULO 49.1, *IN FINE*

Justificación en la demanda de la especial trascendencia constitucional.

«No basta argumentar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental (SSTC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2; 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2; y 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; también AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2; 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 290/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 80/2009, de 9 de marzo, FJ 2; y 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único); es preciso que “en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental –que sigue siendo, obviamente, un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo– y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional” (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2). Consecuentemente, “la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo” (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1). Por lo mismo, tampoco satisface este requisito la demanda que pretende cumplimentar la carga justificativa con una “simple o abstracta mención” de la especial trascendencia constitucional, “huérfana de la más mínima argumentación”, que no permita advertir “por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” que se aleguen en la demanda (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3, citando el ATC 187/2010, de 29 de noviembre, FJ único).»

(STC 2/2013, de 14 de enero. Recurso de amparo núm. 563-2012. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» de 12-2-2013).

«Por lo que se refiere al modo en que se ha de dar cumplimiento al requisito objeto de examen, si bien no hay un modelo rígido y preestablecido a tal efecto –lo que, por otra parte, y habida cuenta de las peculiaridades propias de cada recurso de amparo, resultaría sumamente difícil–, han de tenerse presentes las determinaciones que sobre aquel extremo ha realizado este Tribunal en varias resoluciones, y que contribuyen a clarificar la manera en que esta carga procesal puede materializarse.

a) Ya desde el ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2, se ha subrayado que, si bien la argumentación sobre la concurrencia de la infracción de un derecho fundamental por la resolución impugnada es un presupuesto ineludible en cualquier demanda de amparo, la satisfacción de la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso “es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental” (vid., entre otros muchos, los AATC 284/2009, de 17 de diciembre, FJ 2 y 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único, así como las SSTC 89/2011, de 6 de junio, FJ 2; 107/2012, de 21 de mayo, FJ 2 y 178/2012, de 15 de octubre, FJ 3). Por consiguiente, la demanda de amparo, en lo que aquí interesa, ha de contener dos líneas argumentales nitidamente diferenciadas: la relativa a la lesión del derecho fundamental cuyo amparo se pretende, y la atinente a la trascendencia constitucional del recurso tendente a su preservación y restablecimiento. Ambas son indispensables, de tal forma que la exposición acerca de la apariencia de la vulneración del derecho fundamental no puede suplir la carencia de un razonamiento explícito sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1 y SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 178/2012, de octubre, FJ 3 y 2/2013, de 14 de enero, FJ 3).

b) La STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, introdujo sistematizadamente, aun sin intención de exhaustividad, relevantes precisiones sobre esta materia, al identificar –tomando como base los tres criterios enunciados en el artículo 50.1 b) LOTC, esto es, “su importancia para a interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”– determinados supuestos en que es dable apreciar la “especial trascendencia constitucional”.

c) Así pues, al demandante le es reclamable un razonable esfuerzo argumental que enlace las infracciones constitucionales denunciadas con alguno de los elementos que expresa el artículo 50.1 b) LOTC, sin que, obvio es, sea suficiente con la sola mención –desprovista de los imprescindibles fundamentos– de que el recurso posee especial trascendencia constitucional. Por el contrario, es necesario que de lo expuesto se desprenda “por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” que se aleguen en la demanda (por todas, SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2; 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; 176/2012, de 15 de octubre, FJ 3 y 2/2013, de 14 de enero, FJ 3).

d) Se hace precisa una última matización, relativa al contexto temporal, como pauta orientativa a los efectos que aquí tratamos y que recoge la citada STC 155/2009, de 25 de junio, publicada el 28 de julio de 2009. Así, este Tribunal ha apreciado el momento de interposición de la demanda de amparo en relación con dicha fecha, para atenuar el rigor del análisis del cumplimiento del requisito de justificar la especial trascendencia constitucional –sin, obviamente, eliminarlo o desvirtuarlo– en las demandas interpuestas con anterioridad a la misma (SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2 y 178/2012, de 15 de octubre, FJ 3). En cambio, el transcurso del tiempo, y la correlativa existencia de una doctrina constitucional consolidada sobre la cuestión, hará decaer la pertinencia de atemperar la valoración del cumplimiento de aquella carga justificativa».

(STC 140/2013, de 8 de julio. Recurso de amparo núm. 2034-2011. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» 1-8-2013).

ARTÍCULO 85.1

Presentación de la demanda de amparo en los Tribunales civiles de cualquier localidad.

«Tal como ha reiterado este Tribunal, el derecho de acceso a la jurisdicción, como garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien no exige necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de un procedimiento entre todas las que resulten posibles, sí impone que los óbices procesales se interpreten de manera proporcionada ponderando adecuadamente los fines que preserva ese óbice y los intereses que se sacrifican (por todas, STC 44/2013, de 25 de febrero, FJ 4), en especial en un proceso de defensa de derechos fundamentales como es el recurso de amparo. Pues bien, una interpretación del artículo 85.2 LOTC como la expuesta, en la que se favorece la posibilidad de presentación de los escritos de iniciación de los procedimientos de amparo en las oficinas o servicios de registro central de los Tribunales civiles de cualquier localidad en cualquier momento dentro del plazo previsto legalmente para la interposición del recurso, es la que más adecuadamente responde, por un lado, a la lógica de favorecer la igualdad de acceso a esta jurisdicción de amparo para los ciudadanos que no residan en la sede de este Tribunal, en un contexto en que no todos los escritos de iniciación de un recurso de amparo se formalizan necesariamente a través de un Procurador y, por otro, a razones de seguridad jurídica.

(.../...)

El artículo 85.2 LOTC debe interpretarse en el sentido de que permite que la presentación de escritos de iniciación del recurso de amparo se realice, con plenos efectos interruptores del plazo de caducidad, tanto en el Registro del Tribunal Constitucional como en la oficina o servicio de registro central de los Tribunales civiles de cualquier localidad durante la integridad del plazo completo previsto legalmente para la presentación de dichos escritos de iniciación».

(STC 88/2013, de 11 de abril. Recurso de amparo 10713-2009. Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps. «BOE» 10-5-2013).

REAL DECRETO 190/1996, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PENITENCIARIO

ARTÍCULO 68.2

Cacheos. Derecho a la intimidad del interno.

«Estos hechos tienen identidad sustancial con los que dieron lugar a la STC 218/2002, de 25 de noviembre, que reproduce a su vez la doctrina recogida en las SSTC 57/1994 de 28 de febrero, FFJJ 5 y 6 y 204/2000, de 24 de julio, FJ 4. En estos términos, basta con recoger la doctrina de la STC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, la cual puede sintetizarse en los siguientes apartados:

a) “El derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 CE aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el artículo 10.1 CE reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988, FJ 3; 179/1991, FJ 3, y 20/1992, FJ 3).

De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, FJ 7; 120/1990, FJ 12, y 137/1990, FJ 10”).

b) Ya “con referencia al concreto ámbito penitenciario este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público, e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad ‘aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere’ (STC 89/1987, FJ 2)”.

c) “En el presente caso, cierto es que la medida fue adoptada en el marco de la relación de sujeción especial que vincula al solicitante de amparo con la Administración penitenciaria, y que ésta, en virtud de tal situación especial, ha de velar por la seguridad y el buen orden del centro, deber que le viene impuesto por la Ley Orgánica general penitenciaria, que es la Ley a la que se remite el artículo 25.2 CE como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos. Mas no es menos cierto que, pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, estos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo ‘respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena’ (art. 3 LOGP), entre los que la legislación en esta materia expresamente garantiza el de la intimidad personal de los internos”.

3. A ello debe añadirse que el artículo 71.1 del Reglamento penitenciario prescribe que “las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas.

Ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico”, concretando en su artículo 68.2 que “por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios”. Por tanto, es indudable que una medida de registro personal de los reclusos mediante el cacheo con desnudo inte-

gral puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario, si bien para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos es necesario ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y es claro que el respeto a esta exigencia requiere una fundamentación de la medida por parte de la Administración penitenciaria, asentada en razones individuales y contrastadas, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la Administración penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental.

(.../...)

En este sentido, como se indicaba en la STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6, “no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes; ya que sin entrar a cuestionar la certeza de tal afirmación basta reparar que sólo posee un carácter genérico, cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el artículo 18.1 CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso”.

(STC 171/2013, de 7 de octubre. Recurso de amparo 6147-2011. Ponente el Magistrado: D. Juan José González Rivas. «BOE» de 7-11-2013).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad Internacional de la Rioja

ARTÍCULO 22.1 Y 22.2

Compatibilidad entre las circunstancias agravantes de Alevosía y de aprovechamiento del lugar. Características de la agravante y compatibilidad con la alevosía.

En relación a la compatibilidad del aprovechamiento de las circunstancias del lugar con la agravante de alevosía, es evidente que su compatibilidad es problemática, pues ambas inciden en un mismo objeto: la evitación del riesgo que pueda suponer la defensa del ofendido, si bien existe un matiz diferenciador constituido por la búsqueda de la impunidad –fin alternativo de todas las circunstancias del párrafo 2 del artículo 22– que está ausente de la estructura de la alevosía en la medida que en esta lo apetecido por el agresor es la ejecución de su acción con la elección de medios, modos o formas que tiendan a neutralizar la reacción de la víctima sin referencia ni blindaje a la posible impunidad de su acción, impunidad que si bien es un fin normal dentro de la lógica delictiva, es lo cierto que cuando se observa en la ejecución del hecho que además de la neutralización de la defensa de la víctima se ha escogido/ aprovechado un escenario especialmente idóneo para no dejar rastro delictivo, para facilitar la impunidad, habrá de convenirse que se está en presencia, en tales casos, de un desvalor de la acción delictiva que no está absorbida ni compensada con la alevosía, y por ende, sería posible la compatibilidad entre aquella y la de aprovechamiento del lugar como ha razonado fundadamente la sentencia sometida al presente control casacional.

Un repaso a la Jurisprudencia de la Sala nos permite verificar que esta es oscilante en la medida que se pueden contabilizar sentencias en el doble sentido de estimar la compatibilidad –en la mayoría de los casos–, pero también existen devoluciones que estiman su improcedencia. En todo caso, y una vez más, el criterio diferenciador

para optar por una u otra decisión debe situarse en el estudio en profundidad de las circunstancias concurrentes en cada caso, ya que en definitiva, como ya se ha dicho por esta Sala el enjuiciamiento es una actividad valorativa esencialmente individualizable.

Entre las sentencias que estiman la compatibilidad entre la alevosía y el aprovechamiento del lugar se pueden citar las SSTS 2047/2001 de 4 de Febrero, 843/2002 de 13 de Mayo, disparo efectuado a un taxista para robarle, que precisamente y a instancias del agresor había solicitado que le condujeran a un paraje apartado del término de Paracuellos donde ejecutó el hecho, o la 700/2003 de 24 de mayo, o las más antiguas de 23 de marzo 1998 y 17 de noviembre 1998.

Entre las sentencias que se oponen a la compatibilidad se pueden citar la de 8 de Junio 1986 y la 803/2002 de 7 de Mayo, así como la 510/2004 de 27 de Abril, si bien la razón de su no aplicación se centró a que la sentencia no explicitó con el suficiente detalle la descripción del lugar.

Consecuentemente, será cada hecho declarado probado el que nos permita señalar, en cada supuesto, la concurrencia de ambas agravaciones y constatar la compatibilidad de los supuestos en concurrencia. En el presente caso, verificamos en este control casacional que tanto en el hecho como en la motivación se describe con detalle el lugar, así como el aprovechamiento de esta circunstancia por el acusado, además de neutralizar la defensa de la víctima, lo que incluiría el hecho en la agravación de alevosía, la de favorecer la impunidad, toda vez que, se declara probado, el acusado, tras los hechos, abandonó al cadáver en el lugar y no fue hallado hasta que compareció en comisaría. La sentencia objeto de la casación afirma que esa búsqueda de la impunidad no parece compatible con la posterior confesión, pero es preciso situar los hechos en el contexto fáctico y jurídico. La confesión es una atenuación debida a un comportamiento posterior al hecho delictivo, en tanto que la agravación de aprovechamiento de lugar se refiere a la ejecución de la acción, dos momentos distintos en la realización de la conducta declarada probada.

Existió una acción claramente alevosa y además una acción tendente a lograr la impunidad de la acción por la conjunción del escenario aprovechado para la impunidad, de la que se arrepintió y dio lugar, con la expresión de esa conducta posterior, a la declaración de concurrencia de la atenuación de confesión.

(Sentencia núm. 647/2013, de 16 de julio)

ARTÍCULOS 139, 173.1, 454 Y 526

Asesinato. Alevosía: ataque sorpresivo. Acometimiento frente a frente. Desprotección de la víctima. Encubrimiento. Modalidades. Excusa absolutoria entre parientes. Profanación de cadáveres: respeto a la memoria de los difuntos. Elementos típicos. Modalidades. Diferencias con el autoencubrimiento impune. Integridad moral: trato degradante, afección a la dignidad humana. Doctrina. Responsables de diferente edad penal: intervención simultánea de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción de menores (art. 16.5 LOTJ).

Ex artículo 22.1.^a del Código Penal, existe alevosía cuando el sujeto emplea en la ejecución del delito «medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a

asegurarle, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Interpretando su contenido, esta Sala viene destacando el carácter mixto de esta agravación (por todas, SSTS núm. 425/2010, de 15 de marzo, 464/2005, de 13 de abril, o 155/2005, de 15 de febrero). En tal sentido, hemos subrayado en infinidad de ocasiones que, aunque la alevosía presenta una dimensión predominantemente objetiva, incorpora también un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad, y que no es otro que el propósito inequívoco del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuridicidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta.

Con esa doble dimensión, extensible a la circunstancia que en este caso cualifica el delito de asesinato (artículo 139.1ª CP) frente a la modalidad básica de homicidio, el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos (objetivo y subjetivo) estriba en la indefensión de la víctima, es decir, en la anulación deliberada de la defensa que pudiere provenir del agredido (SSTS núm. 472/2002, 14 de febrero, o 730/2002, de 2 de noviembre). Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que bien tiende objetiva y directamente a la eliminación de esa defensa, bien aprovecha una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (SSTS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre; 1214/2003, de 26 de septiembre; o 1265/2004, de 29 de noviembre, entre otras muchas). No es por ello imprescindible que, de antemano, el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, siendo suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima, así como de la facilidad que ello supone para lograr el resultado (SSTS núm. 1464/2003, de 4 de noviembre; 1567/2003, de 25 de noviembre; 58/2004, de 26 de enero; 1338/2004, de 22 de noviembre; o 1378/2004, de 29 de noviembre).

De las tres modalidades que admite la alevosía, aprecia en este caso el Tribunal de instancia la forma «sorpresa», consistente en una actuación súbita y repentina que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en acometimientos rápidos, sin previo aviso (STS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre; o 1265/2004, de 2 de noviembre), en los que se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión. La modalidad sorpresiva es la forma más tradicional del ataque alevoso, constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa. Así, es ataque alevoso el realizado de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca (STS núm. 382/2001, de 13 de marzo, y las que se citan en ella). En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión a traición lo que suprime las posibilidades de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Dicho con otras palabras, se encuentra indefenso frente al ataque. Aunque su esencia radica en el acometimiento sin previo aviso, también se aprecia cuando, habiendo mediado un enfrentamiento, se produce imprevisiblemente un cambio cualitativo en la situación (STS núm. 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, en modo alguno podía ser racionalmente esperada por la víctima en función de las concretas circunstancias del hecho (STS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre).

(...)

Ni la previa confrontación verbal que afirman los hechos, ni la circunstancia de que se encontraran frente a frente impide apreciar en este caso la alevosía, que efecti-

vamente concurre en la acción desplegada por el recurrente, como a tenor de los hechos pasamos a comprobar. El automatismo interpretativo que tradicionalmente venía excluyendo la alevosía en casos de riña mutuamente aceptada hace años que quedó superado (vid. STS núm. 941/2003 y otras muchas posteriores). Con mayor motivo, cuando ni siquiera se trata de una «riña» previa (término que la Real Academia de la Lengua Española define como «pendencia»), sino de una simple «discusión verbal» desarrollada en términos que pudiéramos considerar normales, consustanciales a un simple enfrentamiento oral como el aquí descrito, puede entenderse desaparecido o encubierto el carácter sorpresivo de la acción en la que uno de los contendientes, de forma súbita, inopinada y desproporcionada, reacciona frente a su antagonista con una agresión inesperada que impide o anula toda capacidad de reacción o defensa por parte de este último (STS de 2 de junio de 2003 y 6 de febrero de 2004). Menos aún cuando se dirige directamente, sin previo aviso físico o verbal, a una región corporal con escasa resistencia a los golpes, como es la sien, cercana al cráneo y con tan poca proporción de hueso craneal que resulta particularmente sensible frente a impactos de entidad como el que aquí se describe. La idoneidad del instrumento empleado por el recurrente y del golpe asestado está fuera de toda duda, pues el hecho probado afirma que Luz Marina cayó automáticamente al suelo y que su muerte fue instantánea, sin solución de continuidad. Por ello, más allá del dolo de dar muerte que admite el recurrente, ha de estimarse concurrente en su acción –tal y como entendió la Sala de instancia– el dolo específico de coger desprevenida a la víctima.

Como antes apuntábamos, se aprecia la alevosía cuando, aun mediando entre los implicados algún tipo de desavenencia o conflicto, el carácter de éste experimenta una radical inflexión debida al inopinado y drástico cambio en la actividad de uno de ellos, que rompe de manera sustancial el tenor de la relación, introduciendo un agudo desequilibrio en el desarrollo de la misma en perjuicio del otro (STS de 25 de octubre de 2006). En este sentido se pronunciaban las ya antiguas SSTS de 23 de diciembre de 1998 y de 12 de julio de 2002, que compatibilizaban la discusión previa y la violencia verbalizada con la alevosía cuando la víctima, tras una inicial discusión, no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que, yendo más allá del enfrentamiento meramente oral, se desliza hacia una agresión desproporcionada que la coja por sorpresa.

Es obvio que de la confrontación verbal que pudiere haber preexistido entre Luz Marina y Nazario Javier, de cuya entidad no da más detalles el relato fáctico, no podía aquélla deducir un ataque tan repentino, directo y certero hacia su sien como el que sufrió. Al igual que en el caso que resolvía la antes citada STS núm. 425/2010, examinando una confrontación verbal habida entre dos conductores que previamente habían discutido por un irrelevante incidente de tráfico, lo que acabó con la muerte de uno de ellos al ser apuñalado por el otro, la discusión que analizamos no se combinó con enfrentamiento físico alguno entre ambos del que Luz Marina pudiera prever una agresión mayor. Tampoco se refiere ningún acaloramiento especial en el seno de la discusión, ni nada anterior al golpe propinado con el cenicero que pudiera alertar a la víctima sobre el cariz que inmediatamente iba a tomar la situación y, por ello mismo, sobre el peligro que corría.

Pretende el recurrente que, ante el hecho de tomar el cenicero con su mano izquierda y pasarlo hacia su mano derecha para golpear a Luz Marina seguidamente en la sien (mecánica que ciertamente es compatible con la narración fáctica) se deduzca que se encontraban frente a frente y que, por tal razón, existían posibilidades de defensa. Sin embargo, nada de esto último se dice en el presente caso, sino que para describir el ataque el Tribunal ha escogido los adjetivos «repentino, rápido y

brusco». Esta Sala, por otra parte, ha admitido repetidamente la compatibilidad de la alevosía con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación (STS núm. 576/2006, de 19 de mayo), e incluso en algunos supuestos en los que haya mediado forcejeo entre víctima y agresor si existe una desproporción de fuerzas. Ningún forcejeo ni reacción instintiva de protección llegó siquiera a haber en este caso.

Por otro lado, la zona elegida por el procesado para dirigir el fuerte impacto lleva a estimar asimismo concurrente el dolo específico que precisa la alevosía como elemento subjetivo. El acometimiento descrito y el instrumento empleado en su ejecución resultaron igualmente idóneos para lograr el más fácil resultado, cogiendo totalmente por sorpresa a Luz Marina, que, como decimos, no tuvo mínima opción de autoprotegerse.

En suma, hay en la acción atribuida a Nazario Javier un salto cualitativo inesperado por la víctima, e igualmente inesperable por cualquiera. La redacción fáctica es, pues, compatible con la alevosía sorpresiva, en tanto fundada en el carácter súbito e imprevisible de la acción desplegada consciente y deliberadamente por Nazario Javier (STS núm. 671/2007, con cita de las SSTs núm. 357/2005, de 22 de marzo, y 49/2004, de 22 de enero). Resulta innegable que el paso de las simples desavenencias verbales a una fase distinta, con utilización de un contundente instrumento dirigido directamente sobre el rostro de la oponente y hacia un punto tan concreto como es la sien, proporciona al que lo esgrime una clara situación de ventaja. Las posibilidades de defensa de la víctima estaban eliminadas desde el momento inicial, al recibir en ese punto el primer y único golpe, causante directo de la muerte.

A mayor abundamiento, el clima en el que se había desarrollado la actividad de ambos implicados aquella misma tarde tampoco sugiere dudas o reservas para descartar la alevosía. Se trataba de dos jóvenes que, habiendo sido pareja sentimental cierto tiempo atrás, seguían manteniendo hasta el día de los hechos una estrecha relación de amistad. Esta conclusión se extrae de la narración histórica cuando afirma que mantenían «desde hacía tiempo una relación de amistad» (apartado 1, inciso 1º) y que el origen de la discusión se sitúa en «la relación sentimental que mantuvieron en su día» (apartado 2º, inciso 1º). La fluidez de su amistad dimana del conjunto fáctico cuando también mantiene que pocas horas antes del suceso Nazario Javier había ido a buscar a Luz Marina a su casa. Juntos y en solitario –siguiendo de nuevo los hechos probados– se habían desplazado aquella misma tarde por diversos lugares de la ciudad, en los que solían quedar con su grupo de amigos. Se describe a Luz Marina confiando siempre en Nazario Javier para realizar esos desplazamientos, a bordo del ciclomotor de este último, modo en el que igualmente llegaron a la vivienda que había sido el domicilio en el que Nazario Javier residiera con su hermano Isaac Ovidio hasta irse el primero a vivir a Camas unos meses antes del suceso y en la que, ello no obstante, continuaba teniendo dormitorio propio. Nada de lo sucedido con anterioridad aquella tarde podía, por tanto, poner tampoco sobre alerta a Luz Marina anticipadamente.

(...)

El segundo de los motivos lo vincula esta acusación a la vulneración de un conjunto de preceptos constitucionales como consecuencia de lo que denomina «doble enjuiciamiento».

Tras explicar los términos en que se solicitó en la instancia y desestimó por los Tribunales –también en menores– el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad relacionada con el artículo 16.5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM), reflexiona la parte sobre la circunstancia de que unos mismos hechos puedan ventilarse ante dos tribunales que pertenecen al mismo orden jurisdiccional. Lamenta, en esencia, las disfunciones que genera un mecanismo de enjuiciamiento separado

cuando aparecen involucradas personas de diferente edad penal, lo que puede provocar el ilógico resultado de que se llegue, sobre unos mismos hechos y en relación con un mismo grupo de sujetos, a conclusiones absolutamente dispares entre la jurisdicción de menores y la jurisdicción ordinaria de adultos, como ha ocurrido en este caso. Relaciona para ello hasta diez contradicciones observadas entre lo que un órgano judicial y otro han considerado probado, que la recurrente estima determinantes respecto de la cuestión de fondo enjuiciada. Critica que el órgano que aquí ha dictado sentencia pueda tenerse por absolutamente soberano e inmune a la resolución que le precedió en el ámbito de la jurisdicción de menores, como expresa la sentencia recurrida en alguno de sus apartados (pp. 33 y 120), alcanzando conclusiones en abierta contradicción con aquélla. Estima que de este modo se vulneran los principios de unidad y exclusividad judicial (arts. 24 y 117.5 CE), seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y legalidad (que relaciona con la inexistencia de norma alguna que fije el estatuto jurídico-procesal de quien, habiendo resultado juzgado por unos hechos, se ve después en la obligación de declarar sobre los mismos bajo la condición de testigo), así como el derecho al proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a la imparcialidad judicial.

El invocado artículo 16 LORPM recoge las reglas generales para la incoación del llamado «expediente de menores», y en su apartado 5, que es en el que centra la acusación recurrente su atención, dispone que «[c]uando los hechos mencionados en el artículo 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1 (es decir, entre 14 y 18 años), el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo». Es decir, concurriendo tales circunstancias, se obliga al Juez de instrucción común u ordinario a dar cuenta de los hechos presuntamente delictivos al Fiscal de Menores, para que éste a su vez proceda a su investigación separada si de los hechos objeto de denuncia pudiere desprenderse algún género de responsabilidad para el menor, en cuyo caso el Fiscal dará traslado al Juez de Menores.

La cuestión, que fue planteada como previa al juicio oral, obtuvo fundada respuesta del Tribunal de instancia en el FJ. 2º de la sentencia. En él, los Jueces *a quibus* destacan que ese doble enjuiciamiento no solo se produce en casos como el presente, por la intervención de dos jurisdicciones penales separadas, sino también cada vez que los partícipes en un mismo delito, por la razón que fuere, han de resultar juzgados por separado, como sucede cuando alguno de ellos ha sido declarado en rebeldía procesal y sigue el procedimiento para los demás, o cuando se trata de un aforado. Destaca la Audiencia al efecto el Acuerdo de esta Sala de Casación de 16 de diciembre de 2008, según el cual «la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad». Aborda, igualmente, el contenido de la LORPM desde la perspectiva de la protección del superior interés del menor, querido por el Legislador como seña de identidad, por lo que representa un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa respecto del menor que descansa en la serie de principios que enumera, dirigidos a lograr su reeducación. Concluye afirmando que la cuestión planteada por la acusación particular pudiera valorarse *de lege ferenda*, pero en ningún caso *de lege data*, siendo la voluntad del Legislador proclive tácitamente a ese enjuiciamiento separado, ex artículo 16.5 LORPM. Afirma, por último, que un

enjuiciamiento más próximo en el tiempo del menor juzgado bajo la LORPM y de los procesados en la presente causa hubiera sido factible de no haber recurrido las acusaciones el auto de 13 de agosto de 2010 por el que se acordaba la continuación del proceso por los trámites del procedimiento ordinario.

No puede compartirse este último argumento de instancia que atribuye a las partes acusadoras el distanciamiento temporal entre ambos juicios por el hecho de haber interpuesto diferentes recursos frente al citado auto. En primer lugar, porque con tal proceder las acusaciones estaban ejercitando su legítimo derecho al recurso. A mayor abundamiento, el auto en sí evidencia que la clarificación del tipo de procedimiento a seguir no resultó sino después de ciertos vaivenes, optando finalmente la Sala de instancia por aplicar las reglas del procedimiento ordinario tras haberle planteado tres defensas lo inadecuado del que hasta entonces se seguía, como ya hemos visto. El propio Tribunal tomaba la decisión siendo consciente de la fecha vacacional en que resolvía, primando en su rápida decisión circunstancias procesales ponderables como la situación de privación de libertad de algunos implicados, pero sin dar los oportunos traslados a las partes acusadoras, tal y como reflejó después el TSJ al resolver en apelación, según hemos visto. La situación habría sido, pues, de clara indefensión para las acusaciones de no haber existido esa capacidad de recurso. En ningún modo puede compartirse que su uso en este caso representara un abuso procesal por parte de las acusaciones, sino muy por el contrario el legítimo ejercicio de sus derechos procesales, con independencia de la final desestimación de ambas apelaciones.

Ello no obstante, ha de reconocerse el acierto de la decisión de instancia a la hora de interpretar que semejante enjuiciamiento separado viene directamente impuesto por la norma procesal. En concreto, por el artículo 16.5 LORPM que se menciona, pues de su tenor literal necesariamente resultaba en este caso un conocimiento de los hechos de apariencia criminal ante jurisdicciones separadas, al atribuirse inicialmente la participación en los mismos a una pluralidad de individuos de los que algunos eran mayores y otros menores de edad al tiempo de su producción. Es precisamente el respeto del principio de legalidad el que provoca aquí ese resultado que critica la recurrente (art. 9.3 CE), estando el Juez de menores y el Juez de adultos legitimados para impartir justicia en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 117.1 y 3 CE).

Decíamos además en las SSTS núm. 630/2002, de 16 de abril, 888/2003, de 20 de junio, y 71/2004, de 2 de febrero, por citar algunas, que las sentencias dictadas en materia penal solo producen los efectos de la cosa juzgada negativa, en cuanto impiden juzgar a los ya juzgados por el mismo hecho. En el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina «prejudicialidad positiva» o «eficacia positiva» de la cosa juzgada material, gozando el tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente. Una sentencia de esta Sala fechada el 21/09/1999 lo razonaba ya con total claridad al destacar que «cada proceso tiene su propia prueba, y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, porque en materia penal no hay eficacia positiva de la cosa juzgada material, solo eficacia negativa en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho». En igual sentido se había pronunciado ya la STS de 13/12/2001, exponiendo que «nada impide que en un juicio posterior celebrado ante Magistrados distintos puedan calificarse los mismos hechos de forma diferente al primero si se entiende que ésta fue errónea o incompleta, siempre que la acusación así lo sostenga, y haya existido debate contradictorio sobre dicha cuestión jurídica».

También las recientes SSTS núm. 846/2012, de 5 de noviembre, y 608/2012, de 20 de junio, se han encargado de subrayar que, a diferencia de otras ramas del derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter

positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim, con los límites del artículo 10.1 LOPJ). La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es, pues, la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio *non bis in idem* y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE, en relación a su vez con los arts. 10.2 CE) y 14.7 PIDCP.

Con carácter general, las cuestiones meramente fácticas están sujetas a la libre valoración del tribunal que conoce de las mismas, como reflejo necesario de la apreciación de las pruebas producidas en el proceso, lo que significa que no puede darse en estos casos una cuestión prejudicial devolutiva que equivaldría a abdicar dicha potestad, de la misma forma que tampoco se da la otra faz de la moneda, la prejudicialidad positiva. El único límite está establecido por la aplicación de la cosa juzgada, *ex* artículo 666.2 LECrim (STS núm. 867/2003, de 22 de septiembre). En la misma línea, recuerdan las SSTS núm. 827/2011, de 25 de octubre, y 381/2007, de 24 de abril, que los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que, en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo, por ello, sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones la identidad de la cosa juzgada. Ello no impide que, como después abordaremos con mayor detenimiento al examinar los motivos por tutela judicial efectiva, para marcar esa distancia relevante respecto del contenido de la sentencia que le precedió deba el tribunal que decide con posterioridad incorporar a su decisión un «plus» de motivación por el que justifique adecuadamente las razones que marcan la diferencia o que, incluso, llevan a estimar que la anterior decisión resultaba errónea o incompleta.

Por último, también la queja relativa a la pérdida de imparcialidad del segundo Tribunal ha de ser rechazada. Y no solo por ser meramente especulativa, sino también por contraria a la esencia misma del motivo, que no es otra que la ostensible separación fáctica de la sentencia impugnada respecto de la previa declaración de hechos probados en menores. Esa separación, si algo viene a demostrar, es que la Sala de procedencia no se había forjado ninguna idea preconcebida sobre los hechos, que partiera de la previa decisión tomada por la jurisdicción de menores.

Cuestión diferente es que, desde una perspectiva colateral a la legalidad vigente, sea sostenible que unos mismos hechos puedan ser declarados probados y no probados por dos tribunales pertenecientes al mismo orden jurisdiccional cuando existe íntima conexión entre ellos y cuando el diferente enjuiciamiento, separado además en el tiempo, aboca a la postre en diferencias significativas en la resultancia fáctica.

Como indica la acusación recurrente, en varias ocasiones ha señalado nuestro Tribunal Constitucional que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Tal doctrina arrancaba con la STC núm. 2/1981, de 30 de enero, a la que han seguido otras muchas (SSTC núm. 77/1983, de 3 de octubre,

24/1984), de 23 de febrero, 158/1985, de 26 de noviembre, o 70/1989, de 20 de abril), aseverando en todas ellas dicho Tribunal que «[e]n la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica, relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, por decirlo en los términos del fundamento sexto de nuestra sentencia de 3 de octubre de 1983, «es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», pues a ello se oponen no solo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el artículo 9.3. Ante situaciones hipotéticamente de esta índole el Tribunal Constitucional no siempre tendrá competencia para intervenir sin más; por el contrario, habrá que comprobar, y así lo haremos en este caso, en primer término, si en verdad se produce entre las resoluciones enfrentadas una estricta identidad en los hechos y, en segundo lugar, si hay en juego algún derecho fundamental afectado por la contradicción fáctica, pues la invocación del solo principio de seguridad jurídica no es, obviamente, base para conocer en amparo».

Merece también ser destacado el siguiente pasaje de la STC núm. 158/1985, de 26 de noviembre (FJ. 4): «(...) si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC núm. 77/1983, de 3 de octubre), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Con gran claridad lo ha expresado la STC núm. 62/1984, de 21 de mayo, que hace superfluos más comentarios sobre el tema: “(...) a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el artículo 9 núm. 3 de la CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el artículo 24.1 de la CE, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios. Frente a éstos, por tanto, ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía de amparo constitucional, en el supuesto de que ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria hubiera servido para reparar la contradicción”. Doctrina que, con toda evidencia, es aplicable al caso presente, donde esa contradicción existe, según todas las apariencias, y donde no aparece cauce procesal alguno dentro de la justicia ordinaria para resolverla. No se oculta a este Tribunal Constitucional la dificultad que ofrece arbitrar medios para resolver contradicciones entre resoluciones judiciales como las aquí denunciadas, teniendo en cuenta la ya recordada independencia de los órganos jurisdiccionales. Sería, sin duda, de desear que el legislador previese este tipo de conflictos, estableciendo mecanismos para su solución dentro de la justicia ordinaria. Pero mientras esto no ocurra, y no haya otra vía más que la del recurso de amparo para garantizar el derecho vulnerado, este Tribunal ha de buscar los medios de asegurar ese derecho, que, de otro modo, quedaría sin protección».

Sin olvidar que en su mayoría se trata de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, recaídos en amparo, sobre cuestiones laborales, civiles o contencioso-administrativas, y que solo algunos de ellos abordan directamente una cuestión penal, no puede sino reconocerse en nuestro caso ciertos efectos procesales y materiales inde-

seados ante el desdoblamiento en dos jurisdicciones penales de unos mismos hechos, máxime cuando, habiendo transcurrido su investigación paralelamente, se llega a la fase de enjuiciamiento en momentos diferentes. En casos como éste, ello es, por otro lado, lógica consecuencia de la celeridad que el Legislador imprime al procedimiento de menores y la mayor lentitud que, de contrario, deriva como inevitable consecuencia del cúmulo reforzado de garantías del que está revestido el sumario, cuya principal razón de ser estriba en la gravedad de las penas imponibles.

Algunos de los aquí implicados pudieron acogerse en el Juzgado a su derecho a no declarar, al estar abierta causa penal contra ellos en la jurisdicción de adultos. En cambio, otro de ellos –menor al tiempo de los hechos pero mayor de edad cuando vino a desarrollarse el juicio de adultos– hubo de declarar en este segundo juicio bajo el estatuto de testigo, al haber recaído sentencia firme respecto del mismo en la jurisdicción de menores (Acuerdo plenario de 16/12/2008, antes citado). Quizá el mayor de los inconvenientes que deriva de esta situación es la duplicidad de actuaciones y diligencias de prueba, que provoca como efecto colateral la repetición de testimonios, con pérdida general de calidad en las pruebas que, sometidas al principio de inmediatez, hayan de reiterarse ante una y otra jurisdicción y que, en el caso de las víctimas, incrementa además la victimización secundaria. La separación temporal entre los enjuiciamientos de ambas jurisdicciones, junto con la enorme repercusión social y mediática del presente procedimiento, han hecho que estas disfunciones en la prueba y en sus resultados cobren en este caso particular relevancia pública.

No se estima inconveniente, por ello, una solución legislativa que resuelva disyuntivas procesales como la presente, compatibilizando un enjuiciamiento conjunto en sede de adultos en el que también se vele por los fines tuitivos y por las demás garantías que al menor reconoce la LORPM.

(...)

Con las SSTS núm. 598/2011, de 17 de junio, y 1216/2002, de 28 de junio, hemos de afirmar que el encubrimiento exige dos requisitos previos, uno de carácter positivo y otro de índole negativa. Por el primero, es preciso que el encubridor tenga conocimiento de la comisión de un delito; por el segundo, no debe haber participado o intervenido en el mismo como autor o como cómplice, siendo los tres posibles componentes delictivos que sanciona el tipo posteriores a la comisión criminal. El conocimiento por el sujeto activo supone la noticia o percepción que se tiene de una cosa. Es un estado anímico de certeza, por lo que el encubridor debe conocer la trasgresión punible cometida, aunque no es necesario que sea de forma absolutamente precisa en sus circunstancias. No bastan simples sospechas o presunciones, sino que habrá de tener conocimiento de un acto ilícito anterior y, en concreto, de que se trata de un delito. En cuanto al momento del conocimiento, ha de ser previo a la realización de su propia conducta, planteándose algunos problemas cuando al tiempo de realizar su actividad el encubridor desconoce la comisión anterior de un delito que averigua después. Si en el primer momento tal acción sería impune, una vez que, enterado del delito, continúe su actividad desarrollará un encubrimiento. La conducta típica precisa así de una activa colaboración, es decir, de una ayuda o favorecimiento eficaces, consumándose mediante ella dicho ilícito siempre que el agente tenga la finalidad o motivación de poner obstáculos a la investigación y de tratar de auxiliar al autor de la imputación delictiva (STS núm. 1074/2010, de 21 de diciembre).

El artículo 451 CP describe tres posibles modalidades de encubrimiento. En palabras de la STS núm. 67/2006, de 7 de febrero, serán elementos comunes a todas ellas: *a)* la comisión previa de un delito; *b)* un segundo elemento de carácter normativo, como es el no haber intervenido en la previa infracción como autor o como cómplice, puesto que tanto el autoencubrimiento como el encubrimiento del copartícipe son

conductas postdelictuales impunes; y *c*) un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento de la comisión del delito encubierto, lo que se traduce en la exigencia de un actuar doloso por conocimiento verdadero de la acción delictiva previa, lo que no excluye el dolo eventual, que también satisface tal requisito y cuya concurrencia habrá de determinarse, en general, mediante un juicio de inferencia deducido de la lógica de los acontecimientos. En similares términos se pronuncia la STS núm. 178/2006, de 16 de febrero.

La forma de encubrimiento a la que debe entenderse que la parte recurrente reconduce estos hechos es la prevista en el artículo 451.2.º CP (conocida doctrinalmente como «favorecimiento real» frente al «favorecimiento personal» del apartado 3.º), según la cual será castigado quien, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o como cómplice, intervenga con posterioridad a su ejecución «ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento». El término «ocultar», que sería el aquí aplicable, es interpretado en su acepción gramatical de esconder o tratar de evitar que sea vista una persona o una cosa. La acción ha de recaer sobre el «cuerpo, efectos o instrumentos» del delito, y lo que se ha de pretender con estas conductas no puede ser otra cosa que impedir el descubrimiento del delito en sus aspectos jurídicamente relevantes, entre ellos, sin duda, las personas que han intervenido en su comisión.

Es oportuno recordar, en cualquier caso, que el artículo 454 CP exime de pena a los encubridores que lo sean de determinados parientes y, entre ellos, de sus ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad en los mismos grados, erigiéndose como única «excepción a la excepción» la del encubrimiento comprendido en el artículo 451.1.º CP. La excusa absolutoria del artículo 454, que conlleva la exención de responsabilidad penal para el pariente en estos términos, no es en cambio comunicable al ajeno a la familia, respecto del cual siempre subsistirá el citado delito de encubrimiento (SSTS núm. 624/2004, de 17 de mayo, y 475/2002, de 15 de marzo).

(...)

Sanciona el artículo 526 CP a quien «faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos», estableciendo para ello penas de tres a cinco meses de prisión o bien multa de seis a diez meses. El diccionario de la lengua española (DRAE) define el verbo «profanar» bajo dos únicas acepciones: 1) tratar algo sagrado sin el debido respeto o aplicarlo a usos profanos; 2) deslucir, desdorar, deshorrar, prostituir o bien hacer uso indigno de cosas respetables. Por su parte, el verbo «deshorrar» admite entre sus varias acepciones las de quitar la honra, injuriar y escarnecer o despreciar a alguien con ademanes o actos ofensivos e indecentes. Finalmente, por «ultrajar» se entiende tanto el hecho de injuriar como el de despreciar o tratar con desvío a alguien, entre otras opciones semánticas.

Son varias las ocasiones en las que esta Sala ha interpretado este precepto penal. Según constata la STS núm. 279/2010, de 22 de marzo, con las salvedades propias de los ilícitos en caso de conflicto armado, no existe ninguna otra figura típica en la que el cadáver sea el específico objeto de protección penal, lo que no quiere decir que no goce de amparo a través de otros apartados del Código por conexión con la protección de la persona misma. Por su parte, la STS núm. 70/2004, de 20 de enero, citada en el recurso, apunta hacia dos elementos concurrentes en este ilícito: 1) un acto de profanación de un cadáver, como en aquel caso se reputaba al hecho de haber incendiado el vehículo en cuyo interior se encontraba el cuerpo del fallecido, que los autores habían

arrastrado hasta allí, quedando de este modo calcinados vehículo y cadáver; y 2) tal acto de profanación ha de hacerse faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, no precisándose aquí del ánimo de ultraje que sí se exige, en cambio, a los daños en las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos.

La mayor parte de la doctrina viene entendiendo que el tipo delictivo que examinamos no exige un específico elemento subjetivo del injusto, añadido al dolo concurrente en toda clase de delitos dolosos: tal falta de respeto, simple mención en la definición legal del bien jurídico protegido, debe vincularse al valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida.

Adquiere así un marcado componente objetivo, independiente de la voluntad última de quien ejecuta el acto de profanación. De este modo, lo relevante es que el acto por el que se profana el cadáver o sus cenizas sea tenido por tal para el común de la sociedad, fuere ésta u otra la «vis» intencional que movió al autor. Ahora bien, para que pueda entenderse afectado el bien jurídico, el acto de profanación ha de revestir cierta entidad, como asimismo se desprende del segundo requisito, a saber, la mencionada falta de respeto, a la que va irremediabilmente concatenado. Se trata, en cualquier caso, de un concepto de compleja delimitación que, al aparecer formulado en forma abierta, admite ilimitados modos de comisión. En el plano subjetivo, únicamente exige el Legislador que el sujeto activo haya actuado con el doble conocimiento de que con su conducta profana un cadáver o sus cenizas y que con ello falta al respeto debido a la memoria de los muertos. Ninguna otra intencionalidad agrega el Legislador, que no usa en esta ocasión fórmulas que sí son habituales en otros apartados del Código, tales como actuar «con ánimo de», «con intención de», «con propósito de», «a sabiendas de» o «con el conocimiento de».

Volviendo a la perspectiva genérica de la acción típica, aclara la STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre, que, de las diferentes conductas que contempla el precepto, dos de ellas aparecen íntimamente enlazadas, como son la violación de sepulturas y la profanación de cadáveres, para las cuales se precisa faltar al respeto debido a la memoria de los muertos, mientras que la tercera consistirá en la destrucción, alteración o daño de otros objetos funerarios, precisándose solo en este caso un ánimo de ultraje.

Recordaba esta misma sentencia que las conductas de «violar» y «profanar» tienen en la doctrina un significado jurídico heterogéneo, dada la multiplicidad de usos gramaticales con los que se admiten en el Código Penal. Vulgarmente, por «violar» se entiende «infringir una Ley o precepto», «profanar un lugar sagrado» o «ajar o deslucir una cosa». También la «acción que material y físicamente incide sobre un determinado objeto, a través de formas tales como las de penetrar, hollar o manipular». Sintetizando todas ellas, podemos considerar típicos aquellos actos que impliquen violentar o manipular el interior, descubrir o penetrar un sepulcro o sepulturas. Estas dos últimas se confirman como el objeto de la acción y aunque realmente no sea necesaria su diferenciación, en cuanto ambos se corresponden con el lugar donde se enterra un cadáver, la doctrina los separa, definiendo el «sepulcro» como la «obra por lo común de piedra que se construye levantada del suelo para dar custodia a un cadáver» y la «sepultura» como el «hoyo que se hace en tierra para enterrar un cadáver». En ambos casos se exige que el cadáver se halle dentro, cualquiera que sea el estado en que se encuentre.

Es, no obstante, la segunda acción típica –profanar un cadáver o sus cenizas– la que ha de centrar nuestra atención, concibiéndose como aquel acto de deshonra o menosprecio directamente dirigido sobre el cuerpo sin vida de una persona, según apuntaba la citada STS núm. 1036/2007. Para solventar las dudas que generaba el antiguo artículo 340 del CP de 1973, el Texto actual amplía el objeto material,

siguiendo el derecho penal alemán, por cuanto las cenizas merecen idéntico respeto y protección. En todo caso se precisa que, como consecuencia de este comportamiento, se falte al respeto debido a la memoria de los muertos.

La naturaleza de este requisito es controvertida. Siguiendo en este punto a las SSTs núm. 70/2004 y 1036/2007, debemos rechazar, tal y como antes adelantábamos, que se trate de un especial elemento subjetivo del injusto, equiparable a un concreto ánimo del sujeto activo dirigido a faltar al mentado respeto. Con esta expresión se objetiva, en cambio, un elemento del tipo, de manera que las actuaciones de violación o profanación concretamente ejecutadas habrán de ostentar la significación objetiva de faltar al respeto, muestra del reflejo psicológico que ha de causar en la conciencia colectiva la acción de violar un enterramiento o de profanar un cadáver. Se trata, en definitiva, de una restricción del tipo objetivo desde el bien jurídico protegido, al que de modo inusual alude explícitamente la norma, concretada en el requisito de que la acción de violación y/o profanación ostenten la significación objetiva de faltar al respeto.

El bien jurídico común a todo el artículo 526 CP es la ofensa al sentimiento de respeto que inspira en la comunidad social la memoria de las personas fallecidas, por lo que presenta un marcado carácter sociológico-social. Sujeto pasivo es, bajo este punto de vista, la propia sociedad, en tanto que titular de ese sentimiento colectivo. Consecuentemente, si a pesar de realizar la conducta típica no se produce dicho efecto, el hecho no será punible.

Se ha estimado así que quedan fuera del tipo objetivo conductas como la del depósito colectivo de restos cadavéricos, en fosas comunes, por parte de los servicios públicos encargados de la organización y policía de los cementerios, aun cuando con ello se provocara su mezcla. Sí se han estimado, en cambio, concurrentes los dos elementos objetivos del tipo (profanación y ofensa al sentimiento de respeto que merecen en la comunidad social los seres humanos fallecidos y sus cadáveres, compatible esto último con otros ánimos específicos como el sexual, de venganza o de lucro), en la conservación en los bajos de una funeraria y en el propio domicilio de cajas con restos cadavéricos etiquetados bajo identidades correspondientes a personas cuyas cenizas figuraban como entregadas previamente a sus familiares, así como de cajas con restos de cuerpos esqueléticos etiquetadas con una identidad diferente de la de los restos descubiertos, acreditándose que correspondían a familias distintas, la correspondiente a la del nombre de la caja y las de los restos, y a los que en su día se les entregaron también las cenizas (STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre).

La STS núm. 1068/2010, de 2 de diciembre, descartaba por el contrario el delito de profanación de cadáveres ante un intento de descuartizar el cuerpo de la víctima, sin perjuicio de valorar tal circunstancia bajo un mayor reproche penal a la hora de individualizar la pena correspondiente al hecho previo de haberle dado muerte. Rechazaba asimismo este ilícito, en su formulación anterior del artículo 340 del CP de 1973, la STS de 19/11/1991 (rec. núm. 699/1990), al faltar la específica voluntad de menospreciar u ofender el cadáver de su víctima y de violentar así el respeto debido a la memoria de los muertos, pues la conducta allí ejecutada consistió en desvestir el cuerpo y, tras hacer el autor lo propio consigo mismo, colocarse sobre aquél con otros fines, lúbricos y auto-lesivos, no consiguiendo este último propósito el autor a pesar de intentarlo varias veces.

El propio Código Penal sanciona también entre los delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado, como antes apuntábamos, el despojo de sus efectos «a un cadáver, herido, enfermo, naufrago, prisionero de guerra o persona civil internada» (art. 612.7 CP). En similar forma proscribe el Código Penal Militar, como contrarios al decoro militar, no solo los actos de expolio y pillaje ejecutados sobre los

fallecidos, sino igualmente la «mutilación» o «ultraje» de un cadáver caído en acción militar o de guerra (art. 163 CPM), sin definir no obstante estos conceptos. También los cuatro Convenios de Ginebra y sus correspondientes Protocolos adicionales prevén, entre sus reglas éticas para el caso de guerra o conflicto armado, la prohibición de todo acto de profanación de los caídos con ocasión de tales acciones, sean civiles o militares.

Nuestro Legislador, lejos de acoger un criterio cerrado que delimite *a priori* lo que debemos entender por profanación penalmente punible, opta en todos estos casos –también en el del artículo 526 CP– por ofrecer un concepto más amplio o difuso, cuya concreción deja en manos del juzgador, que será quien a través de los perfiles que presente el supuesto enjuiciado, es decir, atendidas las circunstancias concurrentes, determine si ha existido un acto de profanación que lesiona el respeto debido a la memoria de los muertos. En todo caso, deberán describirse en el hecho histórico aquellas acciones determinantes del acto de profanación. El estudio de la cuestión requiere, pues, del análisis caso a caso. Sólo en función de sus concretas características podrá determinarse si existió un acto de profanación que, por su entidad, vulnera el respeto requerido por los ciudadanos sobre sus congéneres fallecidos.

Necesario es confrontar también este tipo penal con la figura del autoencubrimiento, es decir, con la conducta por la que el partícipe en un delito o falta trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque pudieren sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma. Al efecto, decíamos en la STS núm. 497/2012, de 4 de junio, siguiendo a las SSTS núm. 600/2007, de 11 de septiembre, y 671/2006, de 21 de junio, y por referencia a otras anteriores como la STS de 05/02/1990, que el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, por lo que para decidir la absorción por el primer delito de la acción que pretende encubrirlo habrá de estarse de nuevo a los matices del caso. También se refería la STS núm. 671/2006 a los llamados «actos copenados», es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal, de forma que lo menos queda absorbido en lo más por progresión delictiva. Ahora bien, añadía que «la consunción de una norma solo puede admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho queda sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos». Así, el principio de absorción delictiva (art. 8.3.^a CP) únicamente podrá aplicarse cuando el precepto penal más complejo consuma al otro más simple, lo cual solamente podrá admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin respuesta penal, pues en otro caso deberá acudir al concurso de delitos. En efecto, el artículo 8.3 CP recoge la fórmula «lex consumens derogat legi consumptae», lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí cuantos injustos menores se sitúan respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarlo. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación. También se admite la consunción respecto de la ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, que la STS núm. 671/2006 expresamente relacionaba con la inhumación ilegal del cadáver en supuestos de homicidio y asesinato. Se acoge así la teoría del autoencubrimiento impune (STS núm. 181/2007, de 7 de marzo).

El estudio de esta materia en nuestra jurisprudencia viene de antiguo, mostrándose ya favorable a la impunidad del autoencubrimiento, en virtud del principio de no exigibilidad. La STS de 18/09/1992 (rec. 273/1991), recogiendo otros precedentes remotos, tales como las SSTS de 5 de diciembre de 1956, 14 de mayo de 1960, o 19 y 21 de diciembre de 1977, entre otras, reconocía ya entonces que se encontraba en

franco retroceso la orientación favorable al concurso de delitos, por la que ninguna infracción absorbe a la otra al ser dos los bienes jurídicos atacados (SSTS de 8 de octubre y 22 de noviembre de 1947, 27 de enero de 1951, 14 de febrero de 1964, 4 de marzo de 1965, 15 de noviembre de 1977 y 4 de junio de 1983). Los fundamentos de la teoría del autoencubrimiento impune acabaron por imponerse en esta Sala, señalándose que no puede ser apreciado el delito de encubrimiento en aquellos supuestos en los que con el traslado del cadáver, e incluso con su descuartizamiento (STS núm. 398/2012, de 4 de abril) o con su posterior destrucción en una incineradora, exclusivamente se pretende esconder y disimular la acción homicida, y no atentar contra otras normas, incluidas las de salud pública (STS de 16/03/1993, rec. 256/1992). Cuestión distinta será, evidentemente, que con las actuaciones realizadas para semejante autoencubrimiento se rebase dicha finalidad, supuesto en el que podrá seguir valorándose un posible concurso de delitos, como examinaremos más abajo en relación con el delito contra la integridad moral.

La cuestión que se somete a nuestra consideración debe partir, en cualquier caso, de un punto previo a la tipicidad, en la medida en que ni de los apartados fácticos destacados por la acusación recurrente, ni del restante contenido de los hechos probados es posible extraer en este caso los elementos que han de sustentar el ilícito en cuestión. Ciertamente es que el hecho 2.º afirma en sus incisos 5.º y 6.º que, tras hablar y discutir durante un rato qué hacer ante la situación, Nazario Javier y «Bola» «decidieron hacer desaparecer el cadáver» de Luz Marina junto con todos sus efectos personales, y que entre los dos, contando con ayuda de al menos «un tercero desconocido», sacaron el cuerpo de la menor de la vivienda en la que había fallecido, valiéndose para ello de la silla de ruedas que había pertenecido a la madre de Nazario Javier. Lograron efectivamente su propósito, «haciendo desaparecer el cadáver en lugar que se desconoce». El hecho 6.º da también cuenta de cómo a lo largo del proceso Nazario Javier «de forma reiterada se ha negado a decir qué destino ha dado al cuerpo» de la víctima, llegando a ofrecer varias versiones, todo lo cual ha impedido a los familiares de Luz Marina «dar sepultura a su cuerpo causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas».

Aplicando la doctrina que nos ocupa a estos hechos, únicos de los que podría derivarse la consecuencia penal que interesa a la recurrente, no es posible entender concurrentes los elementos objetivos antes citados, es decir, la efectiva profanación unida a la falta del respeto debido a la fallecida Luz Marina y su memoria. Sin perjuicio de que, como señalamos en la STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre, el tipo penal no exige un dolo específico de ultrajar, siendo suficiente con atentar contra el respeto debido a la memoria de los muertos, lo escueto del pronunciamiento de instancia sobre las acciones efectivamente ejecutadas sobre el cuerpo de la joven y la situación en la que haya podido quedar su cadáver dificultan una aproximación a la figura delictiva del artículo 526 CP por vía de infracción de ley. A tenor del relato fáctico en su conjunto, solo llegamos a conocer que se le dio muerte bruscamente, empleando para ello un cenicero con el que se le propinó un contundente golpe seco en la sien, así como que poco después su cuerpo inerte fue colocado en la silla de ruedas, haciéndolo desaparecer de forma desconocida. De esas solas circunstancias no es viable entender profanado el cuerpo de Luz Marina.

Su sola desaparición no puede integrar el delito interesado, pues el tipo penal del artículo 526 CP precisa la constatación de un acto de profanación sobre el cadáver, debiendo ser dicho acto, por sí mismo deshonroso, indigno o indecoroso, el que conmueve a la sociedad y, por ende, lesiona el respeto exigible.

Tal desaparición, por otro lado, se muestra directamente relacionada en la sentencia con el ejercicio del derecho de defensa por parte de Nazario Javier (art. 24.2 CE),

argumento que maneja la Audiencia para excluir cualquier condena de esta naturaleza. En los hechos probados tampoco se recoge mención alguna de la que extraer respecto de este procesado un dolo, siquiera genérico, de faltar al respeto debido al cuerpo de Luz Marina. Nada se describe que, sobrepasando la mera intencionalidad de ocultarlo con fines de autoencubrimiento, pueda constituir un acto de profanación. A mayor abundamiento, y al hilo de la más reciente doctrina del TEDH sobre revisión en vía de recurso de elementos subjetivos frente a previos pronunciamientos absolutorios, de la que daba cuenta por primera vez nuestra STS núm. 670/2012, no es posible en sede casacional emitir el interesado pronunciamiento de tipicidad, en la medida en que comportaría modificar la valoración de instancia sobre los fines que presidieron la conducta de Nazario Javier, único procesado al que la sentencia combatida hace partícipe de las tareas de ocultación del cadáver de Luz Marina (recordemos que ninguna participación se atribuye a Primitivo Imanol, por lo que la petición típica que asimismo formula la acusación para este acusado excede nuevamente los límites de la infracción de ley). Siendo aquél el reconocido ejecutor de la muerte de la joven, su conducta personal dirigida al posterior ocultamiento del cuerpo y demás elementos de prueba resulta impune a la vista de los hechos declarados probados, al no rebasarse el autoencubrimiento en este caso.

(...)

Los hechos probados reflejan, efectivamente, en su apartado 6º que a lo largo del proceso Nazario Javier «de forma reiterada se ha negado a decir qué destino ha dado al cuerpo» de Luz Marina, «llegando a ofrecer varias versiones, es decir, en primer lugar que tiraron el cadáver de la menor al río, en segundo lugar, que lo tiraron al interior de un contenedor de basuras, cercano a la CALLE001 y, en tercer lugar, que ayudó a introducir el cadáver en un coche desconociendo qué se hizo con el mismo», lo que ha impedido a los familiares de Luz Marina «dar sepultura a su cuerpo, causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas». El apartado 7.º añade a lo anterior cómo en función de esas cambiantes versiones del procesado «se desarrollaron intensas labores de búsqueda en una extensa zona del río Guadalquivir», así como «en un vertedero de basura situado en Alcalá de Guadaíra». Igualmente, a raíz de una declaración de Rocío, que por entonces fuera novia de Nazario Javier, también se buscó el cuerpo de Luz Marina «en unos terrenos ubicados en el término municipal de Camas», ocasionándose al Estado unos gastos cifrados en su conjunto en 616.319,27 euros. Como después veremos, el apartado 7.º tiene relevancia a la hora de analizar el siguiente motivo por inaplicación del artículo 113 CP, pero no conforma propiamente el sustrato fáctico potencial del delito contra la integridad moral.

El estudio de esta cuestión requiere adentrarse previamente con carácter general en el conflicto entre el legítimo ejercicio del derecho de defensa y el colateral daño psíquico y moral que la conducta, en este caso de Nazario Javier, haya podido acarrear en los familiares directos de la víctima, al referir de forma continuada diferentes versiones sobre dos puntos fundamentales: a) la forma en la que la menor fue agredida, llegando a incluir en su relato en un determinado momento procesal elementos propios de una violación, lo que ya ha valorado esta Sala a efectos de estimar justificada la respuesta punitiva que ha merecido en la instancia el asesinato cometido; y b) el lugar en que se encuentra depositado el cuerpo y la forma en que las personas involucradas en su desaparición y, en particular, este procesado se deshicieron del mismo, cuyo análisis hemos de realizar ahora.

El derecho de defensa (art. 24.2 CE) es, en sus múltiples facetas, la principal manifestación de la tutela judicial efectiva que ha de amparar a todo ciudadano (art. 24.1 CE). No por ello está ausente de límites, algunos de los cuales ha perfilado

nuestra jurisprudencia (*vid.* a tal fin STS de 29/09/1994 o SSTS núm. 715/1996, de 18 de octubre, y 1085/2000, de 21 de julio), no pudiendo incurrir en «la tentación de instrumentar con hiperbólicos alcances su real y genuina función en el marco del más amplio panorama del derecho a la tutela judicial efectiva» (STS núm. 715/1996). En el elenco de derechos y garantías que incorpora la tutela judicial, se admite que el sospechoso, inculpado, imputado o acusado pueda guardar silencio, total o parcial, o incluso silenciar aquellas partes que no le convengan, siendo estas facultades una manifestación de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, expresamente previstos en el artículo 24.2 CE como garantía instrumental del más amplio derecho de defensa, a tenor del cual se reconoce a todo ciudadano el derecho a no colaborar en su propia incriminación (STS núm. 857/2012, de 9 de noviembre, por remisión a las SSTC núm. 57/2002, de 11 de marzo, FJ. 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ. 11; y 152/2004, de 20 de septiembre, FJ. 2).

Según destacaba la STS núm. 351/2012, de 7 de mayo, el mismo TEDH ha precisado –también lo ha apuntado nuestro Tribunal Constitucional– que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo es inherente a la noción de proceso justo del artículo 6 CEDH. Del mismo modo, recordó que no se trata de un derecho absoluto o ilimitado. Así, al igual que no podría aceptarse el abuso policial o judicial frente al legítimo ejercicio de estos derechos del acusado (STS núm. 178/2006, de 16 de febrero), tampoco cabe entender privado de toda frontera su utilización por aquél.

Los diferentes derechos y garantías constitucionalmente reconocidos al justiciable no son derechos absolutos en el sentido de ilimitados, particularmente en materia penal y procesal penal. En lo que nos afecta, no es concebible un ilimitado derecho de defensa que, bajo la aparente cobertura de sus concreciones en el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, autorice la lesión de bienes jurídicos sólidamente protegidos por el ordenamiento penal. En este sentido se ha pronunciado el TEDH en diversas ocasiones, subrayando que tales derechos a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo no son absolutos ni cuasi-absolutos, siendo incluso admisible extraer inferencias del silencio del acusado con determinados condicionantes (*vid.* STEDH de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria; o STEDH de 29 de junio de 2007, caso O’Halloran y Francis c. Reino Unido, entre otras).

Admitido por nuestro Tribunal Constitucional que el derecho a no declarar contra uno mismo puede extenderse al acto de callar, total o parcialmente, o incluso de mentir abiertamente, es oportuno destacar los límites que, ello no obstante, apunta el propio Tribunal en su STC núm. 142/2009, de 15 de junio, conociendo del recurso de amparo núm. 2406/2006: «Los recurrentes (...) sostienen que, en virtud del derecho fundamental que invocan, y en la conexión que el mismo tiene con el derecho de defensa, tenían derecho a mentir, dado que materialmente tenían la condición de imputados en el procedimiento administrativo, sin que de sus manifestaciones en la comparecencia en la información reservada pudiera derivarse consecuencia negativa alguna. Aluden también –bajo la confusa invocación del artículo 24.1 CE, articulada como tercer motivo de amparo– a que el derecho se ve vulnerado cuando los actos de ejercicio del mismo dan lugar a la imposición de una sanción. En esa misma línea, el Ministerio Fiscal sostiene que las manifestaciones realizadas por los agentes tenían un claro carácter defensivo de su actuación profesional, por lo que quedarían amparadas en el ejercicio del derecho fundamental.

Pues bien, situándonos en esa dimensión de la queja, es cierto que este Tribunal ha afirmado que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

(por todas, SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4) y que no pueden extraerse consecuencias negativas para el acusado derivadas exclusivamente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable (por todas, STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 8). A lo que cabría añadir que el ejercicio del derecho de defensa –al que aparecen íntimamente vinculados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes– ofrece una cobertura reforzada a las manifestaciones vertidas tanto por los Abogados en el ejercicio de su función de defensa, como por los ciudadanos que asumen por sí mismos en un procedimiento la defensa de sus derechos e intereses legítimos, por no ser preceptiva la asistencia letrada (por todas, SSTC 288/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 102/2001, de 23 de abril, FJ 4, y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 4).

Ahora bien, de todo lo anterior no puede concluirse –como hacen los recurrentes– que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva. Ello no es así ni siquiera en el proceso penal. Pues aunque hemos afirmado que la futilidad del relato alternativo no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, también hemos declarado que, en cambio, la versión de descargo puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (por todas, SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 15; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 6; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5, y 10/2007, de 15 de enero, FJ 5). Nuestra doctrina, por tanto, desvirtúa el argumento expuesto en la demanda según el cual ninguna consecuencia negativa puede derivarse de la falsedad de las afirmaciones de los recurrentes por haber sido emitidas en el ejercicio de su derecho a no confesarse culpables» (en ambos casos el subrayado es nuestro).

Extrapolando este criterio al supuesto de autos, debe disentirse de la opinión de instancia a tenor de la cual la conducta sostenida por Nazario Javier a lo largo del proceso, variando de forma caprichosa y contumaz su versión sobre lo sucedido, encuentra cobertura ilimitada en el derecho de defensa, de forma que es posible traspasar la línea del autoencubrimiento impune aun cuando dicha conducta sea lesiva de derechos de terceros, lesionando su integridad moral y sin que ello sea necesario además en términos de estricta defensa.

Excedió, en cambio, el acusado en este caso los límites de las garantías procesales que le asisten y, en particular, de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable para erigirse su conducta en una acción directamente lesiva de la dignidad de los padres de la víctima, sin que ello fuera necesario en términos de estricta defensa. Con el proceder que describen los hechos apuntados por el Fiscal, el único acusado condenado en la instancia ha hecho uso, ciertamente, de su legítimo derecho a declarar, cuantas veces y en la forma que se han estimado oportuno. Pero no se ha limitado a ello, como veremos a continuación.

La sentencia realiza una lacónica exclusión del delito en cuestión, refiriéndose al intangible derecho de defensa. Pero no puede compartirse, en términos de estricta legalidad, la posición exculpatoria mantenida por el Tribunal de instancia, que ciñe tal exculpación al solo ejercicio del derecho de defensa (art. 24 CE), en la medida en que el caso presenta muchos más matices. Reconocido el importante daño psíquico agregado al normalmente derivado de unos hechos de esta naturaleza, hemos de analizar

si ese innecesario sufrimiento subsiguiente al comportamiento de Nazario Javier goza por sí mismo de autonomía penal.

El inciso legal al que se contrae la queja castiga a quien inflija «a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral», que actualmente constituye el primer párrafo del artículo 173.1 CP y que, en su redacción anterior a la reforma operada por LO 5/2010, que era la vigente al tiempo de los hechos, conformaba la única figura delictiva en él tipificada. No ha sido, en cualquier caso, objeto de modificación interna alguna.

La integridad moral es un derecho fundamental reconocido a todos en el artículo 15 de nuestra Constitución, consecuencia de la cláusula general proclamada en su artículo 10, que establece como fundamento del orden político y de la paz social, entre otros derechos, la dignidad de la persona. Sin embargo, los límites del concepto constitucional de la integridad moral, cuya concreción tampoco es fácil, no tienen por qué coincidir fielmente con el ámbito de protección penal de la misma, reconocido en el artículo 173.1 CP que encabeza este apartado.

El precepto mencionado se refiere al trato degradante realizado por particulares que menoscaba gravemente la integridad moral de otro, con independencia de cualquier contexto o circunstancia en el que se lleve a cabo (laboral, funcional, de vivienda o familiar); es decir, el atentado a la integridad moral goza «per se» de autonomía penal, lo que explícitamente afirma el Legislador en la regla concursal contenida en el artículo 177 CP cuando se refiere aquellos casos en que, además del atentado a la integridad moral, se produjesen otros delitos, que serán castigados separadamente con la pena que les corresponda. De todo ello se infiere la necesidad de acotar el radio de acción de este tipo básico.

Decíamos que no es fácil definir la integridad moral como concepto autónomo con trascendencia penal. El Tribunal Constitucional se ha referido a los conceptos de inviolabilidad como derecho de la persona a ser tratada como tal y de dignidad, consistiendo éste en el derecho de toda persona a ser tratada como tal, sin hacerla padecer sufrimientos físicos o psíquicos mediante situaciones o conductas de humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización. De forma que el trato degradante a una persona conlleva el menoscabo de su integridad moral, que, siendo grave, alcanzará la calificación del artículo 173.1 CP, mientras que si no lo es podrá constituir una falta del artículo 620.2 CP.

Nuestra más reciente jurisprudencia (SSTS núm. 922/2009, de 30 de septiembre, o 985/2012, de 27 de noviembre) ha señalado que «[l]a integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, una realidad axiológica autónoma e independiente de la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones o el honor. De ahí que tanto el artículo 173 como el artículo 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral.

Pero también por eso hemos de considerar que no todo atentado a la integridad moral, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

Por lo que se refiere al concepto penal de integridad moral, diverso del derecho fundamental a la misma, resulta insuficiente apelar a la idea de dignidad de la persona.

El Tribunal Constitucional, que no fija un concepto preciso de integridad, le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa.

Esta Sala (STS de 3 de octubre de 2001), al referirse al bien jurídico protegido, declara: «El artículo 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la «integridad moral» y proscribire con carácter general los «tratos degradantes». La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto».

De todo ello se deduce que no es aceptable sostener una regla absoluta según la cual en nombre del autoencubrimiento impune, como expresión extensiva del derecho de defensa, el autor pueda vulnerar la integridad moral de un tercero. Lo que sucede, insistimos, es que el tipo objetivo exige la gravedad del trato degradante que por sí mismo menoscaba la integridad moral de la persona. Por otra parte, se trata de un delito de mera actividad y la medida de su tipicidad está en la gravedad del menoscabo de la tantas veces mencionada integridad moral.

En el caso, el procesado ha abierto erróneas líneas de investigación dirigidas a la búsqueda y hallazgo del cuerpo de Luz Marina, que adelantamos resultaban innecesarias en términos de defensa. Reconociéndose partícipe de las labores de ocultación del cuerpo, ha de ser sabedor de su paradero, por lo que le bastaba con guardar silencio o con negarse a contestar para ejercitar debidamente los derechos inherentes a su defensa. El nulo resultado de cuantas pesquisas se desplegaron para la localización de Luz Marina, a tenor de sus fluctuantes versiones, además de incidir en una más pronta finalización del proceso y de provocar con ello su dilación, y además de provocar una importante inversión humana, técnica y económica a sabiendas de su inutilidad, ha tenido otros graves efectos, independientes de los anteriores.

Las dificultades iniciales en la recuperación del cadáver siguen a día de hoy vigentes. Por ello resultaba de todo punto innecesario, en términos de defensa, desviar la atención hacia otras ubicaciones, generando mayor dispersión, en la medida en que, exploradas las vías racionales de investigación, la situación del cuerpo de la fallecida sigue siendo una incógnita. La ocultación del cuerpo de Luz Marina y de los restantes vestigios del crimen cometido ya estaba materializada, en forma tan efectiva que, pese a los considerables esfuerzos judiciales y policiales durante estos cuatro años, no se ha dado con su paradero. De modo que, en términos de defensa, resultaba innecesario que Nazario Javier ofreciera, a medida que decaían sus versiones anteriores, continuas «pistas falsas» que provocaron a su vez falsas expectativas, principalmente de cara a la localización del cuerpo y prioritariamente en sus parientes más allegados.

La zozobra dilatada en el tiempo, que indudablemente ahonda el padecimiento psíquico o moral de las víctimas del delito fruto de las variaciones sucesivas del acusado sobre el destino del cadáver, queda más allá del derecho de defensa en su modalidad de autoencubrimiento impune. Lo determinante del ilícito en cuestión es, en cualquier caso, ese incremento voluntario del dolor de los familiares de Luz Marina, con la importante repercusión emocional en sus padres que recoge el Tribunal en el apartado 6.º de los hechos probados, antes transcrito, y que con mayor detalle describe el FJ. 34, a tenor de los informes periciales que señalan las graves secuelas que presentan, y que bien pudieron llevarse al relato fáctico.

Generando esas continuas expectativas en cuanto a la posible localización del cuerpo, sucesivamente frustradas, y siendo tal resultado conocido «ex ante» por el acusado en tanto que sabía de la falta de certeza de sus propias manifestaciones, Nazario Javier dañó la integridad moral de las víctimas. Son aquí los padres de la menor y sus hermanas quienes adquieren esa condición de víctimas directas del

delito. Al daño moral inherente a la pérdida de un familiar tan directo, máxime cuando su muerte no es de etiología accidental sino violenta, se suma en este caso el dolor derivado de esas cambiantes versiones sobre lo sucedido y sobre su paradero, ajenas al autoencubrimiento inherente al derecho de defensa, despreciando los sentimientos y por ello la dignidad de las víctimas.

El desvalor del maltrato que, con su conducta a lo largo del procedimiento, ha ido causando Nazario Javier se proyectó sobre aquéllos, convirtiéndolos en sufridores de un trato vejatorio que, en tanto que continuado y persistente en el tiempo, ha generado en ellos un grave padecimiento no solo físico, sino muy especialmente psíquico, con evidente lesión de su integridad moral. Tal daño aparece reflejado en el relato fáctico cuando se asocia la crueldad de esas cambiantes versiones sobre su paradero al resultado final de no poder darle sepultura, «causando si cabe mayor dolor» al ya ínsito en la muerte de la menor. Los detalles de este padecimiento extraordinario, que va más allá de la imposibilidad de cerrar el duelo por la sola desaparición, y su efecto en la psique de Alejo Gregorio y Vicenta Bibiana los describe, como decíamos, el Tribunal en el FJ. 34 de la sentencia, dando cuenta pormenorizada de las importantes secuelas que, como consecuencia de todo ello, presentan en especial estos dos sujetos pasivos, a tenor de los informes médico-forenses. Rayan en este caso lo propio de un delito de lesiones, por el que, como lamenta el Tribunal de instancia, no se formuló acusación.

Existió, pues, un efectivo ataque al bien jurídico que la norma que analizamos trata de proteger y que esta Sala entiende como manifestación directa de la dignidad humana (arts. 10 y 15 CE), en todos las facetas de la personalidad, como la de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano (STS núm. 1218/2004, de 2 de noviembre). La afección última de la dignidad de los familiares de la joven fallecida dimana del vínculo parental mismo con la otrora víctima del delito de asesinato.

No puede justificarse, en suma, en nombre del derecho de defensa el menoscabo de la integridad moral de las personas y excluir la relevancia penal autónoma de dicha conducta, entre otras razones porque tampoco se desprende otra cosa en este punto del artículo 24.2 CE (no declarar contra sí mismo y no declararse culpable). Además, ni siquiera el derecho de defensa pudo resultar afectado materialmente. Por lo tanto, la doctrina del autoencubrimiento no justifica la conducta del procesado, sin que por ello exista una explícita colisión de derechos fundamentales, derecho de defensa y derecho a la dignidad, debiendo preservarse la autonomía punitiva en este caso de la protección de la integridad moral *ex* artículo 173.1 CP.

(Sentencia núm. 62/2013, de 29 de enero)

ARTÍCULO 149.2

Lesiones. Mutilación genital femenina. Extirpación del clítoris a menor inmigrante en su país de origen –Senegal– por motivos religiosos y culturales, antes de venir a España. Secuela consistente en una sinequia o adherencia de labios menores que obtura los orificios uretral externo y vaginal. Error de Prohibición. Incorrecta aplicación del error vencible. En el contexto en que se desarrollaron los hechos la acusada no disponía de medio adecuado que le informara de la ileg-

lidad de la ablación del clítoris, y en su caso impedir el resultado, teniendo en cuenta el ambiente en el que vivió y la inaccesibilidad a un medio o sistema de información capaz de deshacer el error.

La acusada ignoraba que la mutilación genital de su hija constituyera un delito no solo dentro de España, sino fuera de ella.

(...) es evidente que a la recurrente le asiste razón, ya que la única prueba inculminatoria (testimonio del enfermero) y la interpretación que de él hace la Audiencia, es absolutamente insegura y abierta, y en modo alguno justifica la participación consciente o negligente de la acusada en el hecho enjuiciado.

(...)

El testimonio del enfermero, que admite diversas interpretaciones, ninguna de ellas tiene carácter claramente inculminatorio, pues las alternativas son dos: que los padres conocían antes la lesión, o que si se descubrió en el Centro de Salud, es lógico que no sufrieran una reacción adversa y de contrariedad, si como explicó el marido y la Audiencia aceptó constituye una práctica usual y generalizada en las regiones rurales de su país, donde residía la menor, que no califican de ilícita ni ilegal.

Desde el punto de vista de la actuación omisiva o negligente, no puede tildarse de conducta irresponsable trasladar el cuidado y custodia de hecho a la abuela materna, que debe considerarse tan responsable o más que la madre, si ésta última por imperiosas razones vitales de subsistencia tenía que trabajar en el campo.

(...)

Ni siquiera por la vía de la omisión negligente del artículo 11 C.P., se acreditan hechos susceptibles de generar responsabilidad por la circunstancia de tener asignada la custodia legal por ley, cuando *de facto* se trasladó transitoria e intermitentemente a la abuela, por razones justificadas de necesidad.

(...)

Tampoco es posible responsabilizarla porque su marido residente varios años en España no le comunicara que en este país la ablación del clítoris es delictiva, pues si no lo hizo, como da a entender la Audiencia, la responsabilidad estaría de parte del marido, a quien afectan las mismas obligaciones derivadas de la patria potestad, y sin embargo, este último en la misma causa ha resultado absuelto, en sentencia dictada por la misma Sección en fecha 24 de julio de 2012.

(...)

No ha quedado acreditado, ni se ha razonado por la combatida, la accesibilidad a un medio o sistema de información capaz de deshacer el error, teniendo en cuenta el ambiente en el que vivió.

Esta Sala entiende que en el contexto en que se desarrollaron los hechos la acusada no disponía de medio adecuado que le informara de la ilegalidad de la ablación del clítoris, y en su caso impedir el resultado.

(Sentencia núm. 939/2013, de 16 de diciembre.)

ARTÍCULO 150

Lesiones. Deformidad. Agresión mutua en el transcurso de la cual el acusado golpeó a la víctima con un vaso de cristal, que se rompió.

Subtipo agravado por uso de instrumento peligroso. Causación de herida inciso contusa en el rostro que precisó para su curación de la aplicación de puntos de sutura como tratamiento médico quirúrgico. Secuela consistente en cicatriz de 3x2 cm. en el rostro, debajo del ojo, que genera perjuicio estético moderado. Subtipo agravado por deformidad, aplicado en segunda sentencia. Concepto de deformidad. No puede confundirse naturaleza valorativa del término con hacer descansar esa valoración en la opinión del sujeto pasivo.

En realidad, como se subraya, la Audiencia no es que discuta que estemos ante un alteración física que reúne todas las cualidades «objetivas» para ser etiquetadas como «deformidad», sino que viene a añadir un requisito más: no basta con que estemos ante una deformidad, sino además sería necesario que el perjudicado (y/o su dirección letrada, habría que apostillar) la considerase como tal. Pero eso es un requisito sin sustento legal que vendría a convertir ese tramo agravado de las lesiones en algo «disponible», es decir, solo perseguible a instancia de parte; y «perdonable» por el lesionado en esa porción de injusto. Lo mismo que las lesiones consistentes en la pérdida de un miembro principal, v. gr., no requieren que el afectado otorgue carácter esencial a ese «órgano» corporal (su opinión es indiferente), la deformidad es noción compatible con que el afectado rechace o no asuma, implícita o explícitamente, esa conceptualización. La afirmación de que es un concepto subjetivo no significa eso, sino que es valorativo, en el sentido de que hay que perfilarlo con valoraciones y estimaciones no exactas o aritméticas, pero no de que exija un «placet» o conformidad por parte del sujeto pasivo del delito. No puede confundirse naturaleza valorativa del término manejado por el legislador, con hacer descansar esa valoración en la opinión ni del sujeto pasivo, ni de su dirección letrada.

En el presente supuesto, además, el momento en que se efectúa la calificación por parte de la Acusación particular, antes de la formulada por el Fiscal; la similitud de las penas solicitadas, pese a la diversidad de tipificación; y la renuncia del afectado en virtud de la indemnización recibida, aunque sea posterior a la sentencia, hacen más que discutible que la interpretación de esa actitud procesal sea la que efectúa la Audiencia. Pero, aunque fuese correcta y el perjudicado rechace que esa secuela constituya deformidad, la aplicación de un precepto penal, salvo en casos excepcionales (injurias señaladamente: no pueden considerarse graves si el afectado la reputa leves), no queda al albur de la voluntad de la víctima, que no puede constituirse en ese sentido como en *dominus litis*, lo que no es compatible con la naturaleza de la ley y del proceso penales.

Es más, si nos sumergimos en el procedimiento (artículo 899) a los únicos efectos de indagar si efectivamente existen elementos que puedan pasar inadvertidos a esta Sala en casación y que pudieran abonar el mantenimiento de la calificación más benigna del Tribunal *a quo*, lejos de ello se confirman esas apreciaciones. En el escrito de la acusación particular se habla de «perjuicio estético tan importante que ha sido cifrado por el Médico Forense en 22 puntos» (folios 205 y 287). Y se solicita una pena de Tres años de prisión. Y en el trámite de informe al explicar esa posición procesal invoca loables razones más bien humanitarias y de compasión hacia quien es una persona joven que se va a ser afectada por una condena, lo que llevó al profesional a «contenerse» al plasmar su petición acusatoria. Es comprensible y perfectamente justificable esa posición: el principio de legalidad no vincula de igual forma a una acusación particular que a la pública. Pero proclama el propio letrado que no tiene duda de que penalmente la catalogación técnicamente más correcta es la que lleva los hechos

al artículo 150 CP y que el propio afectado le ha expresado los perjuicios que le acarrea una cicatriz en ese lugar visible, cuando percibe, o cree percibir, miradas de curiosidad fijas en la cicatriz en las que cree adivinar pensamientos no precisamente positivos, al tratar con otras personas o realizar alguna entrevista de trabajo. Quien asumió la dirección letrada como acusación particular lo dice claramente en el informe: « Existe esa deformidad... se ve...».

En efecto, existe.

(Sentencia núm. 759/2013, de 14 de octubre.)

ARTÍCULOS 172.1 Y 620.2

Coacciones. Revocación de condena por delito y tipificación como falta. Vulneración del principio de proporcionalidad. La conducta de quien, estando ligeramente embriagado, agarra la mano de unos niños en un lugar público, sin que conste que realizase sobre ellos ninguna maniobra de contenido lúbrico, ni tampoco que intentase desplazarlos o llevárselos consigo, limitándose a retenerlos por un breve espacio temporal, debe ser calificada como coacción leve. Escasa intensidad de la violencia ejercitada e irrelevancia del resultado ocasionado, atendiendo a la personalidad del sujeto activo y los factores ambientales concurrentes.

El delito de coacciones consiste en compeler, imponer o constreñir a otro para que lleve a cabo una conducta que no desee, sea justa o injusta, o impedirle la realización de los actos que quiere ejecutar, señalando la doctrina de esta Sala que la acción típica debe revestir la necesaria intensidad para diferenciarla de la coacción leve (SSTS 167/2007 de 27 de febrero y 632/2013, de 17 de julio).

La diferencia entre el delito de coacciones del artículo 172.1, incluida la modalidad atenuada del último párrafo, y la coacción leve constitutiva de falta del artículo 620.2, debe centrarse en la valoración de la gravedad de la acción coactiva (intensidad de la violencia ejercitada y entidad del resultado ocasionado), teniendo en cuenta la personalidad de los sujetos activo y pasivo, sus capacidades intelectivas y los factores concurrentes, ambientales, educacionales y circunstanciales en los que se desenvuelve la acción (SSTS 1367/2002 de 18 de julio, 731/2006 de 3 de julio y 632/2013, de 17 de julio).

Por tanto, la diferencia entre una y otra infracción punible estriba esencialmente en el grado de intensidad de la violencia y de la repercusión o incidencia en la libertad de decisión del sujeto pasivo. Su nota distintiva será fundamentalmente cuantitativa, pues en el fondo y desde una óptica cualitativa siempre debe concurrir en el hecho, nos hallemos ante un delito o una falta, una presión o coerción ejercida por el sujeto agente y una restricción de la libertad de obrar padecida por el sujeto pasivo (STS 843/2005 de 29 de junio y 632/2013, de 17 de julio).

En el caso actual, tomando en consideración que se trata de la conducta de un hombre ligeramente embriagado, realizada en pleno día, en un lugar público, que tiene una escasa duración temporal y se limita a agarrar a unos menores de la mano, e impedirles soltarse, cesando en su actuación inmediatamente por la intervención de la madre de uno de ellos, ha de considerarse que tanto valorando la mínima intensidad

de la fuerza empleada, como la escasa entidad del resultado producido, la personalidad del sujeto activo y los factores ambientales concurrentes, la coacción debe ser valorada como leve y sancionada como falta.

(Sentencia núm. 1005/2013, de 27 de diciembre.)

ARTÍCULO 174

Delito de Torturas. Cometidas por varios guardias urbanos y un «mosso d'Esquadra». Agresión, insultos y vejaciones a dos jóvenes en la estación de RENFE detenidos por error, que presuntamente habían agredido a un policía local, haciendo uso desproporcionado de la fuerza en represalia por tal hecho. Extralimitación en su actuación como agentes, más allá de un uso excesivo de fuerza, concurriendo un ánimo subjetivo de denigrar a los detenidos, realizando conductas vejatorias y humillantes—simulación de arrojar a la víctima bajo las ruedas del tren, amenazas y agresiones— subsumibles en el tipo del artículo 174.1 CP. Torturas en comisión por omisión. Dimensión puramente omisiva (no impedir) y positiva (dar consentimiento). Vertientes doctrinales. Revocación de condena para dos agentes, condenados en la instancia por el tipo omisivo del artículo 176 CP. No ostentaban ninguna posición de mando respecto del resto de los acusados, encontrándose en una situación de plena igualdad jerárquica. No consta de qué modo podrían haber evitado los excesos imprevistos de sus compañeros.

La argumentación básica de dichos motivos de recurso consiste en afirmar que los hechos declarados probados no integran un delito del artículo 174 CP, por no revestir los elementos configuradores de dicho tipo delictivo, y en su caso deberían subsumirse en el artículo 175 del mismo texto legal. Consideran que el relato fáctico no pone de relieve un trato que implique un menoscabo grave de la dignidad de las personas afectadas, distinto del menoscabo que para la integridad física y síquica de éstas se consigna en la sentencia, y que la violencia ejercida por los acusados no tiene la entidad suficiente para constituir un delito contra la integridad moral en su modalidad de torturas.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia (STS 27 de noviembre de 2012, núm. 985/2012, entre otras) han destacado que la diferencia entre el tipo penal de tortura del artículo 174 CP 95 y el delito residual de atentado contra la integridad moral cometido con abuso de cargo por autoridad o cargo público, «fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior», del artículo 175 CP, no estriba en la gravedad de la afrenta a la dignidad de las víctimas (pues expresamente se sancionan en ambos preceptos tanto los atentados graves como los que no lo son), sino en la ausencia en el tipo penal del artículo 175 del elemento teleológico —«con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier razón que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún

tipo de discriminación»— que exige el artículo 174, adecuadamente aplicado en el caso actual.

Ha de tenerse en cuenta que en el artículo 174 se incluye de forma expresa la sumisión de las víctimas a condiciones o procedimientos... que, de cualquier modo, «atenten contra su integridad moral», por lo que ha considerarse que cuando la autoridad o sus agentes someten a los particulares a condiciones o procedimientos (como malos tratos, insultos o vejaciones) que integran un atentado contra la integridad moral, tanto si el atentado es grave como si no lo es, la única manera de diferenciar dicho comportamiento del sancionado como atentado contra la integridad moral en el artículo 175, viene establecida por el elemento teleológico, que se exige en el primero de dichos tipos penales (174), pero no en el segundo (175).

Es cierto que este sistema de tipificación determina, como ha destacado la doctrina, que el concepto de tortura en nuestro ordenamiento penal positivo sea más amplio, en lo que se refiere a la entidad de la acción comisiva, que el prevenido en el artículo 1.º de la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984, pues prescinde de la exigencia de gravedad, que se contiene en dicho precepto internacional. En efecto, nuestro ordenamiento positivo no diferencia entre tratos degradantes y torturas por razón de su intensidad o gravedad, sino que todos ellos se califican de tortura, en el artículo 174, cuando son infligidos con abuso de su oficio por autoridades o funcionarios, con las finalidades previstas en dicho precepto.

En consecuencia, la gravedad del atentado constituye una circunstancia determinante de la aplicación de una modalidad agravada, sancionada con una pena superior («el culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuese grave y de prisión de uno a tres años si no lo es»). Pero, aún en los supuestos en los que el Tribunal sentenciador considera que concurre un atentado a la integridad de las víctimas que no sea grave, como sucede en el caso actual, la acción será igualmente tipificada como tortura del artículo 174 (no grave), siempre que concorra el elemento teleológico que es lo que caracteriza a este precepto.

Es posible que pueda considerarse contradictorio calificar una acción como tortura cuando el atentado a la integridad moral de la víctima no sea grave. Pero cualquier intento, basado en apriorismos, de corregir al Legislador en esta materia, vaciaría de contenido el supuesto legal, expresamente prevenido en el tipo, de torturas no graves, y conduciría a una ruptura del modelo legislativo, pues la diferenciación entre el tipo prevenido en el artículo 174 y en el 175 no puede fundamentarse en la gravedad del atentado (ambos contienen expresamente dos modalidades de sanción, una para atentados graves y otra para los que no los son), sino en su finalidad.

En el caso actual, la finalidad de represalia o castigo es manifiesta. Los agentes policiales acusados sometieron a sus víctimas a malos tratos y vejaciones, con abuso de un cargo que se les ha conferido para la tutela de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y no para que lo utilicen con el fin de agredirles y maltratarlos, precisamente como represalia o castigo por que creían, erróneamente, que eran los responsables de haber golpeado a un compañero. Es claro que los acusados no trataron de la forma violenta y vejatoria que se relata en los hechos probados a cualquier persona sospechosa de haber cometido un hecho delictivo, sino a quienes consideraban responsables de haber agredido a un compañero de la policía local de Barcelona, cuerpo policial al que los acusados también pertenecían. Es decir, a quienes pretendían castigar y escarmentar, *manu militari*, por haberse atrevido a golpear a otro agente.

El Legislador, con buen criterio, ha querido sancionar de modo expreso como tortura, los malos tratos policiales empleados no solo para obtener una confesión, sino también como represalia o castigo. La tutela de la seguridad y de la integridad física y

moral de los ciudadanos, en un Estado de Derecho social y democrático como el que afortunadamente tenemos en España, exige necesariamente que los abusos policiales sean reprimidos severamente, tanto cuando van dirigidos a obtener confesiones como cuando se ejercen como represalia o castigo, a través de una violencia incontrolada que impone miedo, genera impunidad y determina represión, pues son precisamente quienes deben proteger a los ciudadanos los que les agreden. Tomándose, además, la justicia por su mano en un malentendido acto de compañerismo, que en este caso les condujo a maltratar a pacíficos ciudadanos, una chica menor de edad y el joven que la acompañaba, que no tenían nada que ver con la agresión sufrida por su compañero.

Jóvenes a los que detuvieron en una estación de tren, mientras esperaban para volver a sus domicilios en los alrededores de Barcelona, y golpearon, insultaron, arrastraron, amenazaron, amedrentaron hasta el extremo de simular arrojar al joven bajo las ruedas del tren, patearon y vejaron, mientras la chica gritaba que era menor y por favor llamaran a su padre, como se establece en el relato fáctico. Actuando los agentes municipales condenados de un modo absolutamente intolerable e incompatible con el ejercicio de la función policial en un Estado de Derecho, que tiene entre sus funciones esenciales velar por el respeto de la integridad física y moral de sus ciudadanos. Todo ello hasta que los acusados condujeron finalmente a los aterrados jóvenes ante el compañero golpeado y el agente negó que hubiesen tenido nada que ver con su agresión.

Los agentes policiales no pueden tomarse la justicia por su mano. El Legislador, con buen criterio, ha reservado a los Jueces la sanción de los comportamientos delictivos, y ha previsto expresamente que los atentados contra la integridad moral de los ciudadanos, graves o no, sean calificados como tortura cuando se realizan por la autoridad o sus agentes, abusando de su cargo, si lo hacen con la finalidad de «castigar a una persona por cualquier hecho que haya cometido o que se sospeche que haya cometido». Este comportamiento íntegro, en nuestro ordenamiento, un delito del artículo 174 CP, tal y como acertadamente ha apreciado la Audiencia Provincial de Barcelona, por lo que los referidos motivos de recurso deben ser desestimados y la sentencia impugnada confirmada.

(Sentencia núm. 601/2013, de 11 de julio.)

ARTÍCULO 242.4

Robo con Intimidación. Actuación coordinada de dos Mossos d'Esquadra que se apropiaron del dinero que portaban unos transeúntes extranjeros a los que pararon para exigirles su identificación. Intimidación. Entrega del dinero conminados por el temor de que los agentes pudieran extender su acción abusiva, habida cuenta su situación de marginalidad y desarraigo, para evitar ser denunciados. Aprovechamiento de la condición de extranjeros sin trabajo de las víctimas, provocando el apoderamiento forzado por la velada alusión a la apertura de diligencias policiales. Subtipo atenuado del artículo 242.4 CP. Parámetros a tener en cuenta para evaluar la gravedad o intensidad antijurídica de los hechos y culpabilidad del sujeto.

Sobre la posibilidad de aplicación del artículo 242.4 CP los parámetros a tener en cuenta para evaluar la gravedad o intensidad antijurídica de los hechos y culpabilidad del sujeto según el precepto se reducen a dos:

- a) La mayor o menor entidad de la violencia e intimidación.
- b) Restantes circunstancias del hecho.

La sentencia explica que los sujetos pasivos tuvieron que someterse a una fuerte compulsión al intuir o percibir que cualquier reacción contra los agentes les podría generar severos inconvenientes, con posibilidad de que extendieran su abusiva actuación. No obstante hemos de admitir que la amenaza no fue directa, sino sugerida o velada y que tampoco existía una concreción anunciando gravísimos y determinados males, pues ello dependía de la subjetividad e interpretación por parte del sujeto. Ciertamente que con ello es suficiente para llenar la presión o coactividad que la ley exige para la comisión del delito.

La Audiencia por su parte hace referencia a tres circunstancias para descartar la aplicación del subtipo atenuado:

- a) Aprovechamiento por parte de los acusados de las facultades que el Estado les otorga para perseguir delitos.
- b) Desacreditan y comprometen ante los ciudadanos la credibilidad de las instituciones policiales creadas para el amparo de sus derechos.
- c) La sustracción del dinero la efectuaron a sujetos marginados, con desarraigo social, lo que no presagiaba que pudiera ser objeto de denuncias por parte de los expoliados.

Dicho lo anterior y analizando la decisión del Tribunal de origen es oportuno hacer las siguientes manifestaciones:

- a) La configuración de este subtipo atenuado es sucinta y elemental y el legislador la hace depender de dos parámetros valorativos en cuya determinación la competencia la ostenta la Audiencia Provincial. Esta Sala ejerce el control evitando el apartamiento de esos parámetros o la arbitrariedad o irracionalidad de los criterios utilizados como base de la decisión. Con todo ello queremos significar que esta Sala ha de partir del respeto inicial a la resolución del Tribunal de instancia.
- b) El hecho destacado por el recurrente de que existe jurisprudencia de la Sala Segunda, según la cual un criterio que inevitablemente ha de tenerse en cuenta, entre las circunstancias a valorar para la aplicación del artículo 242.4.º CP es la cuantía de la sustracción como dato esencial, aunque ello no nos debe inducir a alzaprimar ese elemento, ya que en el robo violento e intimidatorio el legislador posterga el monto de lo apropiado al castigar con la misma pena la sustracción de un euro que la de un millón, por poner un ejemplo. El componente de mayor grado de antijuridicidad en el tipo es la violencia e intimidación. En cualquier caso los acusados pretendían sustraer todo el dinero que portaran los registrados, sin ningún límite.

De acuerdo con lo manifestado es indudable que el acto de despojo objetivamente ponderado, sin atender a la condición del autor, no reviste una especial gravedad y habría que situarlo en los estadios mínimos de los actos violentos e intimidatorios de despojo de la propiedad ajena. Sin embargo, el Tribunal sentenciador, certeramente ha venido a destacar unas circunstancias que dotan de una indudable gravedad al hecho, provocando inseguridad y desconcierto en la sociedad con daño de la seguridad pública y desprestigio de las personas (agentes de la autoridad) precisamente encargadas de perseguir delitos y mantener el orden constitucional. Desde esta pers-

pectiva la reprochabilidad del hecho adquiere proporciones superiores a las que la conducta enjuiciada, desconectada de su autor merecería, en tanto produce un grave daño a la credibilidad de la institución policial. Prueba de ello es que nuestro Código Penal en el artículo 22.7.º, establece como circunstancia de agravación el «prevalerse del carácter público que tenga el culpable» para la comisión del hecho, cuya aplicación nadie propugnó.

(Sentencia núm. 67/2013, de 30 de enero.)

ARTÍCULO 250.1.6.

Apropiación indebida. Administrador único de sociedad que ordena una transferencia desde la cuenta de ésta a la suya personal para la satisfacción de necesidades propias ajenas a la entidad. Subtipo agravado por abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador del artículo 250.1.6.º (7.º antes de la reforma de 2010). Criterio restrictivo de aplicación. Doctrina jurisprudencial. Es consustancial al delito del artículo 252 CP quebrar la lealtad que se debe por la previa confianza con el autor.

Hay que ser cuidadosos y restrictivos en la aplicación del artículo 250.1.6.º en los delitos de estafa para exigir «algo más» y soslayar el grave riesgo de incurrir en un *bis in idem*. No faltan posiciones en la dogmática que consideran un equilibrio imposible intentar descubrir como «dos» confianzas defraudadas: la genérica de toda apropiación indebida o estafa y otra superpuesta, determinante de la agravación. El principio de vigencia obliga a buscar un ámbito para ese subtipo querido por el legislador al menos con toda seguridad para el delito de estafa. Se encuentra ese espacio tal y como revela la jurisprudencia, exigiendo unas relaciones personales concretas entre víctima y defraudador, de las que se abuse específicamente en la dinámica comitiva y que representen un mayor desvalor. Razona así la STS 371/2008, de 19 de junio, aunque refiriéndose a la agravante genérica: «Hemos mencionado la posibilidad de apreciar la agravante del artículo 22.6 CP cuando el autor del delito de estafa se aprovecha de la especial relación de confianza que le vincula a la víctima y perjudicada por la acción delictiva. Y lo hacemos a sabiendas de que un sector de la doctrina sostiene que dicha agravante no cabe en el delito de estafa porque se encuentra ínsita en el mismo. Sin embargo, a nuestro entender, ello no es así, al menos siempre. No puede hablarse de relación de confianza entre autor y víctima (y mucho menos de “especial relación de confianza”) cuando entre ambos no existe, o es muy limitado ese vínculo anímico. Tal sucede en numerosas modalidades de la estafa: tocomucho, “la estampita”, hurto de cheque a persona a quien no se conoce y se utiliza como instrumento de la defraudación patrimonial, etc. Es obvio que en estos casos no existe una relación de confianza inherente al delito de estafa. Pero cuando efectivamente concurra y el sujeto activo se aproveche de esa situación, violando los deberes de lealtad y fidelidad hacia quien, por ese vínculo de especial confianza y fiabilidad recíproca, no activa las medidas de protección y permite al autor una mayor facilidad para ejecutar el delito; en estos casos, repítese, no encontramos óbice alguno para apreciar una mayor reprochabilidad en quien así actúa, que debe tener su traducción en el nivel de antijuridicidad

y, consecuentemente, en la respuesta penológica por vía del artículo 22.6 CP. Dicho en pocas palabras: no es lo mismo estafar a un amigo que a un desconocido, y esa diferencia debe ser considerada por el derecho punitivo, como así lo hace el legislador al agravar estas conductas en el artículo 250.7.^a CP, bajo el concepto de “abuso de relaciones personales”».

Si del campo de la estafa, nos trasladamos al de la apropiación indebida las cautelas con las que ha de manejarse ese subtipo han de acentuarse más. El quebrantamiento de vínculos de confianza o relaciones personales es elemento ínsito en toda apropiación indebida y la graduación entre una mayor o menor confianza defraudada es escala poco nítida para sentar fronteras claras entre el tipo básico y el agravado con el nada desdeñable incremento de pena que comporta la diferenciación.

Será necesario señalar dos focos de confianza defraudados (en este caso el propio de la relación profesional de administrador y el de amistad), y un superior deber de lealtad violado al habitual; y que una de esas fuentes generadoras de confianza tenga su base en relaciones de tipo personal (las profesionales dan lugar a otro subtipo incluido en el mismo número) que además sean previas a la relación jurídica presupuesta de la apropiación indebida (depósito, comisión, administración...).

La reciente STS 37/2013, de 30 de enero recalca en la excepcionalidad de la aplicación del artículo 250.1.7.^a a los delitos de apropiación indebida, haciendo un recorrido muy completo sobre los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes: «La agravación prevista en el artículo 250.1.7, en cuanto se refiere a que el autor del delito cometa abuso de las relaciones personales que existan entre él y la víctima o se aproveche de su credibilidad empresarial o profesional, puede apreciarse –se dice en STS 368/2007 de 9 de mayo– con más claridad en los supuestos de estafa, en los que existe una maquinación engañosa previa al desplazamiento patrimonial en la que puede ser utilizada la facilidad que supone el abuso o aprovechamiento de aquellas circunstancias, que en los de apropiación indebida, en los que la recepción de la cosa o dinero se produce siempre en atención a una relación de confianza previa que el autor del delito quebranta posteriormente con su acción de apoderamiento (STS núm. 2232/2001, de 22 de noviembre).

El artículo 250.7.^o recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la «credibilidad empresarial o profesional», del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte el abuso de las «relaciones personales existentes» entre ambos.

Agravación específica del delito de estafa una figura que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza, consistente en el «abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador o el aprovechamiento por éste de su credibilidad empresarial o profesional», caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza que se quebranta en la estafa.

La STS 1218/2001, de 20 de junio, precisa que la agravación específica aparece caracterizados «por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza», lo que supone que la aplicación de la agravación debe derivarse de una relación distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa. Es decir, el presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa.

En igual sentido las SSTS 785/2005, de 14 de junio, y 383/2004, de 24 de marzo, 626/2002, de 11 de abril, recuerdan, que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal, quedaba reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza

genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (SSTS 2549/2001, de 4 de enero de 2002, 1753/2000, de 8 de noviembre).

En STS 1090/2010, de 27 de noviembre, se recuerda que esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de estafa del artículo 250.1.7.º del C. Penal que se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas –abuso de relaciones personales–, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda –abuso de la credibilidad empresarial o profesional–, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21 de abril y 813/2009, de 7 de julio).

Por ello la STS 979/2011 incide que en cuanto a la agravación específica prevista en el artículo 250.7.ª del Código Penal, es cierto que el delito de estafa requiere, como vía natural del engaño, el aprovechamiento de una cierta relación de confianza, bien previamente existente o, como ocurre de ordinario, creada por la maniobra engañosa desplegada por el autor. Esta Sala ha señalado que la agravación que se examina requiere de una confianza previa, añadida a la genérica afectada ya por el engaño, de manera que el autor aproveche sus relaciones personales para su propósito defraudatorio, en ocasiones en las que esas relaciones son determinantes para debilitar la reacción que naturalmente cabría esperar de la víctima, que, precisamente por tales relaciones, no llega a producirse.

Así, se ha insistido en «...la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el engaño que define el delito de estafa como el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado (STS 634/2007, de 2 de julio).

De modo que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario tal quebrantamiento se encontraría ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (STSS 1753/2000, de 8 de noviembre; 2549/2001, de 4 de enero; 626/2002, de 11 de abril; 890/2003, de 383/2004, de 24 de marzo; 813/2009, de 13 de julio; y 1084/2009, de 29 de octubre).

Igualmente tiene establecido esta Sala que la confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, pero han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS 371/2008, de 19 de junio).

Junto al engaño característico del delito de estafa ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS 1169/2006, de 30 de noviembre; 785/2005, de 14 de junio; y 9/2008, de 18 de enero).

Partiendo de esa postura restrictiva a la admisibilidad (la apreciación es posible pero la presunción es la de incompatibilidad) en este caso se entiende que no se da ese plus por cuanto las dos características que quieren diferenciarse (era administrador de la Sociedad y por otra parte era amigo de las víctimas) vienen a superponerse y a confundirse: en una sociedad limitada con tan reducido número de socios algún tipo de cercanía es justamente la que mueve ordinariamente a designar al administrador. No se detecta un «aliud» suficiente para dotar de contenido singular al subtipo agravado; máxime a la vista de la pobreza descriptiva de la sentencia sobre ese elemento. No se detalla qué nivel de amistad existía. Dentro del genérico concepto de amistad caben muchos grados. Sociológicamente la palabra «amigo» se usa para designar muy distintos niveles de relación.

Es casi redundante, «predeterminante» e insuficiente referirse de manera genérica a la «confianza» que existía entre ellos. Hablar genéricamente de «relaciones personales de amistad y confianza» es descripción muy parca y ambigua para rellenar ese plus que exige el subtipo, lo que no obsta para retomar esas relaciones como elemento individualizador de la pena que además es expresamente mencionado por el artículo 249 CP (relaciones entre autor y víctima).

(Sentencia núm. 295/2013, de 1 de marzo.)

ARTÍCULO 368.

Delito contra la salud pública. El acusado, con anuencia de la camarera de un bar, vende la sustancia ilícita a los clientes del establecimiento. La reticencia del comprador a identificar a la persona que suministra la sustancia no desvirtúa los elementos de cargo que fundan la condena. La mera tolerancia de la camarera-encargada del bar, la cual sirve de marco para la comercialización por su marido de la sustancia, no entraña en sí misma asunción propia de la actividad de venta, ni consta concierto con el vendedor, de modo que no puede tildarse de contribución relevante en orden a colmar las exigencias del tipo de autoría.

Con toda corrección la sentencia de instancia toma como punto de partida de la valoración jurídica de la conducta de la acusada la jurisprudencia, luego alegada también por la recurrente, a tenor de la cual la mera convivencia –y consiguiente conocimiento de su actividad– con quien se dedica a comercializar drogas no convierte en partícipe del delito al conviviente (Por todas, SSTS 1227/2006, de 15 de diciembre, 904/2008, de 12 de diciembre, 901/2009, de 24 de septiembre, o 446/2008, de 9 de julio). Abstenerse de denunciar esos hechos no solo no está elevado a la categoría de delito (*vid.* art. 450 CP), sino que además tratándose del cónyuge (o por analogía, persona ligada por una relación de afectividad equiparable a la matrimonial) concurda con la exención del deber genérico de denunciar los delitos públicos

(art. 261 LECrim). No solo cuando existe una manifestada oposición a esa actividad del cónyuge «traficante» la conducta será atípica.

Tampoco adquiere relieve penal cuando se detecta tolerancia, o incluso cierta connivencia o beneplácito. Hace falta algo más: un consorcio delictivo, una colaboración con la actividad del conviviente mediante acciones que supongan esa facilitación de su ilícito negocio o cooperación con el mismo. Más aún, incluso acciones que objetivamente contribuyen a esas tareas pero que pueden ser catalogadas como «neutras» quedarán fuera del campo de lo punible (repostar el vehículo común aún sabiendo que va a ser utilizado para distribuir la droga; comprar papel de aluminio para uso doméstico, aún con conciencia de que será aprovechado también para preparar las dosis por el conviviente; tareas de limpieza de la vivienda compartida donde se lleva a cabo la labor de venta; abrir la puerta ocasional y esporádicamente a algún comprador, sin más implicación en su atención...). Es necesario un plus, la prueba que demuestre que se ha dado el salto de un consorcio meramente afectivo a un consorcio criminal.

La Audiencia arranca de esa premisa pero cree encontrar ese elemento adicional en el hecho de que la acusada era la camarera-encargada del bar. Desde ahí construye una comisión por omisión en construcción que el Fiscal arguye también en casación para defender la condena.

Tal planteamiento, aún siendo inteligente y sugerente, no puede aceptarse. Descartada la aplicación del tipo agravado por considerarse que no se aprovechaba propiamente la condición de establecimiento abierto al público, y no siendo la acusada ni la única empleada, ni la titular del negocio, se desmoronan los ya de por sí frágiles fundamentos que podrían sostener esa imputación de un delito del artículo 368 en comisión por omisión.

No existe un deber de garante residenciado en los camareros de un establecimiento que los eleve a categoría de coautores por omisión de los delitos contra la salud pública que se puedan perpetrar en el local. Ni siquiera cuando se ostente un rango superior al de simple empleado y por tanto con mayores responsabilidades.

Es indudable que tienen un deber de denunciar esos hechos. Incluso desde la perspectiva de su relación laboral. Pero esa omisión no es equivalente en el sentido del artículo 11 CP a la actividad de venta de sustancias estupefacientes. Es más, en el caso de quien mantiene una relación marital con el traficante ese deber de denunciar se desvanece en virtud del principio de no exigibilidad (que inspira también la exención del art. 454 CP).

La indicación de que le «permitía» desarrollar esa actividad en el bar es insuficiente para concluir que se trataba de una actuación conjunta, en la que la acusada se sintiera concernida e implicada. Para la condena sería necesario que los hechos afirmasen eso con apoyo en datos expresos que avalasen esa estimación. El bagaje probatorio solo permite llegar a una sospecha fundada, pero insuficiente, de su implicación efectiva, más allá del mero conocimiento y tolerancia, en el negocio ilícito. No es baladí a ese respecto que no fuese la única que atendía en el local. No se duda de que tuviera conocimiento de los hechos que desarrollaba el acusado. Y su actitud, según se deduce, dista mucho de la propia de alguien que los rechaza. Pero de ahí a actos de autoría propia subsiste todavía un trecho que ni siquiera se colmaría con un nivel de complacencia superior a la mera tolerancia. Sería necesario acreditar esa asunción de la actividad como algo propio, sin perjuicio de quién fuese el encargado de la efectiva venta. La sentencia no ofrece datos para dar ese salto.

Lo mismo que la tolerancia por parte de un empleado de un local de esa actividad por algunos clientes no lo convierte en coautor; ni el empleo de la vivienda común por uno de los moradores para la actividad más o menos regular de venta de droga, arras-

tra a todos los moradores a la coautoría por el mero hecho de tolerarla, la actuación que de la acusada se describe en la sentencia no llega a alcanzar relieve penal. No es posible objetivar racionalmente una conducta esperada y exigible penalmente de la acusada que hubiere evitado los hechos y en cuya omisión podría basarse la aplicación del artículo 11 CP: ¿denunciar al coacusado? ¿amenazarle con romper la relación si proseguía con su actividad? ¿impedirle la entrada al bar? ¿de qué forma? No puede subsumirse la actitud resignada o tolerante o complaciente (es indiferente) de la acusada en el artículo 368 del Código Penal lo que deberá llevar a un pronunciamiento absolutorio tras la casación de la sentencia en este particular.

(Sentencia núm. 163/2013, de 23 de enero.)

ARTÍCULO 368.2.

Tráfico de drogas. Actos efectivos de venta de cocaína. Subtipo atenuado de escasa entidad. Procedencia. Pequeña cantidad objeto de tráfico, junto a las circunstancias del reo. Es posible su aplicación a pesar de la agravante de reincidencia, teniendo en cuenta el lapso temporal existente entre los primeros hechos y los que ahora se enjuician, de modo que no puede deducirse racionalmente que el acusado haya hecho de la venta de drogas su forma de vida.

En recientes sentencias de esta Sala 132/2011, de 25 de enero, 242/2011, de 6 de abril; 292/2011, de 12 de abril; 1339/2011, de 15 de diciembre, y 506/2012, de 11 de junio, se argumenta que el precepto artículo 368.2, vincula la atenuación a dos parámetros que no necesariamente han de exigirse acumuladamente bastando una de las alternativas –o menor antijuricidad, o menor culpabilidad–, y no la concurrencia de ambas. El juez o tribunal habrá de atender a ambas cuestiones –escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable–, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en ambos ámbitos (uno vinculado a la antijuricidad –escasa entidad–; el otro referido más bien a la culpabilidad –circunstancias personales–). Por eso la aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación, siendo éstas todas aquellas que determinen una menor culpabilidad o reprochabilidad en función de la inclinación del sujeto a realizar actos de tráfico o de posesión preordenada al mismo, derivada de la instrumentalización del delito como modo de satisfacción de sus necesidades toxicológicas y a aquellas situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social (STS 1230/2011, de 16 de noviembre).

Circunstancias personales que no se limitan a las condenas penales previas, que pueden entrar en consideración respecto de la agravante de reincidencia. En este sentido no faltan sentencias de esta Sala, por ejemplo núm. 1359/2011, de 15 de diciembre, que precisan que: «la agravante de reincidencia no ha de constituir un obstáculo insalvable para que opere el subtipo atenuado en los casos en que, con arreglo a la entidad de la gravedad del hecho, sí corresponde apreciar la norma atenuadora. Dis-

tinto sería si se diera un grado de injusto que siendo liviano no se hallara tan próximo al límite de la atipicidad, poniéndose así en cuestión el concepto de la «escasa entidad». En tal hipótesis cabría operar con unas circunstancias personales peyorativas que obstaculizaran la aplicación del subtipo atenuado.

Por lo demás, la agravante de reincidencia seguirá operando, pero no en el ámbito del tipo penal básico, sino en el del atenuado, con lo cual se evitará que se active dos veces en perjuicio del reo: bloqueando la aplicación del subtipo y exacerbando la pena del párrafo primero del artículo 368 del C. Penal».

En esta misma dirección en STS 244/2012, de 20 de marzo, hemos dicho: «A la vista de lo anterior, los hechos relatados revelan escasa entidad en atención a la droga incautada, que se trata de una única papelina. Al margen de lo anterior, no constan otras circunstancias personales que obsten o impidan la aplicación del artículo 368.2.º del Código Penal. Es cierto que se apreció la circunstancia agravante de reincidencia. Esto no obstante, tiene señalada la jurisprudencia de esta Sala que, desde el punto de vista de las circunstancias personales del acusado, la apreciación de la agravante de reincidencia no tiene por qué suponer, siempre y en todo caso, un obstáculo para la degradación de la pena. Se dice así en la STS 103/2011, 17 de febrero, que se oponen a esa regla de exclusión dos ideas básicas. La primera, que el legislador ya se ha encargado de forma expresa de establecer los términos de la incompatibilidad, señalando que esa atenuación está expresamente excluida en los supuestos en que el culpable pertenezca a una organización, utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito o se trate de hechos que revistan extrema gravedad (arts. 369 bis y 370 del CP). El legislador, pues, se ha reservado la facultad de fijar el ámbito de la restricción aplicativa, sin que resulte conveniente su ensanchamiento por vía jurisprudencial. La segunda, que la agravante de reincidencia no queda neutralizada por el hecho de la aplicación de la novedosa regla del artículo 368 párrafo segundo. Antes al contrario, en el marco punitivo que éste autoriza, la pena habrá de ser impuesta en su mitad superior (art. 66.3 del CP). Una interpretación contraria conduciría indefectiblemente a una doble valoración negativa de la reincidencia, actuando como regla de exclusión de un tipo atenuado y agravando la pena por la imposición de ésta en su mitad superior (STS 600/2011, de 9 de junio, 244/2012, de 20 de marzo).

En el caso presente la Sala sentenciadora analiza la posible aplicación del subtipo atenuado, y no la estima viable pues aunque la cantidad de droga con la que se traficó es ciertamente escasa (0,43 gramos de cocaína con una pureza del 36,4%), y al acusado se le aprecia una circunstancia atenuante analógica de drogodependencia, de la hoja histórico penal aportada se desprende que el acusado, ha hecho del tráfico de drogas casi un modo de vida que no puede justificar en modo alguno la apreciación del tipo delictivo, destinando como especialmente llamativo en este sentido el hecho de que el delito objeto de este procedimiento fue cometido en fecha 26.1.2010, solo tres meses y medio después de que el acusado se le notificase (el 7 de abril de 2010) la suspensión de la ejecución de otra condena por delito de tráfico de drogas.

Es cierto que esta Sala, en recientes sentencias 873/2012, de 5 de noviembre, ha resumido la doctrina jurisprudencial sobre esta materia –en particular cuando además de la agravante de reincidencia, concurren otras condenas suplementarias por el mismo delito de tráfico de drogas– señalando:

1.º El nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.

2.º Concorre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinan, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como «el último escalón del tráfico».

3.º La regulación del artículo 368 2.º no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.

4.º Las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

5.º Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

6.º La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7.º Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma.

En consecuencia, la primera detención por la venta aislada de una papelina de cocaína, por ejemplo, determinará, si no constan circunstancias desfavorables, una pena mínima de un año y seis meses de prisión por aplicación del subtipo atenuado. La segunda detención por los mismos hechos, con condena previa, determinará la aplicación de una pena mínima de dos años y tres meses de prisión, por la aplicación de la agravante de reincidencia en el ámbito del subtipo atenuado. Y la tercera detención, con previas condenas, una pena mínima de cuatro años y seis meses de prisión, por la aplicación de la agravante de reincidencia dentro del tipo básico.

Ahora bien el caso actual, presenta algunas peculiaridades que permiten modular esta doctrina general.

Así la primera sentencia por el delito contra la salud pública, firme el 20 de diciembre de 2002, se refiere a hechos que sucedieron el 13 de mayo de 2002. La segunda sentencia por este mismo delito firme el 16 de febrero de 2010, a hechos acaecidos e. 17 de febrero de 2008 –casi 6 años después– sentencia en la que no se apreció la reincidencia y sí, dada la pena que le habría sido impuesta, 3 años prisión, y la suspensión de su cumplimiento acordada en base al artículo 87 CP, la atenuante de grave adicción. Por último la presente sentencia se contrae a hechos del 16 de julio de 2010, dos años y cinco meses después de los de la anterior sentencia.

Siendo así el lapso temporal existente entre la 1.ª y 3.ª sentencia, más de ocho años, y la condición de drogadicto a la cocaína con afectación a sus facultades volitivas, permite sostener, no que el acusado haya hecho de la venta de droga su modo de vida, sino una persona que acude al pequeño tráfico del «menudeo» –acción utilizada en el nivel más inferior del comercio ilegal– como fuente de financiación de su propio consumo, dada la situación de objetiva precariedad de medios de vida, y que además

el acusado, al ser detenido, no tenía en su poder ninguna otra dosis y tampoco dinero que no fuera el de la venta que acababa de efectuar. Finalidad que aunque no desactiva el carácter delictivo de la conducta, se puede ser valorada junto con la escasa entidad del hecho desde el punto de vista objetivo, para la aplicación del subtipo atenuado.

(Sentencia núm. 94/2013, de 14 de febrero.)

ARTÍCULO 436

Malversación de caudales públicos. En concurso con prevaricación. Trama para empobrecer al erario público municipal a través del libramiento de facturas irregulares e improcedentes. Designación de letrados externos de forma arbitraria, con exceso en el ejercicio de funciones y prescindiendo del procedimiento establecido, para llevar a cabo servicios de asesoría y asistencia jurídica innecesarios, por los que se cobraban minutas exorbitantes e injustificadas. Facilitación de tales actuaciones a través de sociedades municipales que propiciaban una situación de opacidad y falta de transparencia de la gestión. Correcta aplicación del subtipo agravado de especial gravedad por simultaneidad de la importancia del valor de lo sustraído y el daño a la causa pública. Compatibilidad de la cualificación con la continuidad delictiva. Revocación de condena por fraude al entender subsumido el ilícito en el de malversación. Todos los actos de concierto estaban dirigidos única y exclusivamente a malversar. La mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado, excluye la aplicación del delito de peligro, en el estadio previo a la producción efectiva del perjuicio, siendo la relación entre ambas normas penales (arts. 432 y 436 CP) de progresión cuantitativa.

El recurrente que se limita a atacar la existencia del concierto delictivo, que se ha demostrado existió, sin embargo dentro del juicio de subsunción del delito de fraude en el artículo 436 CP, es posible acudir a un argumento, estrictamente jurídico, no invocado por este recurrente, pero sí por otros que se hallan en la misma o análoga situación.

Nos referimos a la absorción o consunción del delito o delitos de fraude, cuando todos los actos de concierto están dirigidos única y exclusivamente al delito de malversación de caudales públicos, que a su vez, se perfecciona y lleva a cabo, exponiendo las arcas del Ayuntamiento de Marbella.

La relación en que se encuentra el tipo penal de fraude y el de malversación es en el de progresión cuantitativa, de modo que el delito de fraude es un delito intermedio del delito de malversación de caudales públicos. Por ello, la mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado (delito de malversación), excluye la aplicación del concierto para defraudar que se tipifica como delito de peligro, en el

estado previo a la producción efectiva del perjuicio, toda vez que la relación entre ambas normas penales (arts. 432 y 436 CP) es de progresión cuantitativa, como acabamos de decir.

En esa progresión intensificadora del injusto se consume en el delito de malversación el desvalor de acción del acuerdo previo, produciéndose una unidad típica de acción, en la que se funden en una única valoración jurídica, las dos infracciones, y mucho más, cuando conforme con la opinión doctrinal mayoritaria en ambas se infringe el mismo bien jurídico.

Ello hace que la apreciación de una sola realización típica (la malversación) capte el contenido de injusto y culpabilidad de todo el hecho lo que no puede hacer el delito de fraude porque en él no se ha previsto el perjuicio.

La escasa jurisprudencia aplicable al caso, no excluye, sino que al contrario refuerza la tesis que esta Sala mantiene. Las tres sentencias dictadas sobre el particular se contraen a:

1) STS 566/1995, de 16 de febrero. En ella se precisa la naturaleza jurídica del delito de fraude, tratando de delimitar el momento consumativo como delito de simple actividad que es. La proclamación efectiva del perjuicio patrimonial pertenece a la esfera del agotamiento del delito, por lo que no sería necesaria para la existencia del delito consumado.

2) La STS número 1537/2002, de 27 de septiembre, explica que es posible la condena por fraude y por malversación, cuando los hechos enjuiciados, unos no pasaron del concierto para defraudar y en otros se produjo efectivamente la defraudación.

3) La STS núm. 257/2003, de 18 de enero, se limita a remitirse a la precedente de 2002.

De esta escueta jurisprudencia se concluye, que es posible la concurrencia de ambos delitos (concurso medial) cuando en unas actuaciones delictivas se realizan conductas objeto del concierto previo, que luego se consuman y otras que quedan en ese proyecto delictivo, que no pudo ser concluido.

En nuestro caso, sin apartarse de tales principios jurisprudenciales, se ha producido la plena consunción en el delito consumado de malversación de caudales, porque todos los pactos estaban única y exclusivamente dirigidos al objetivo malversador, que se consiguió plenamente. La concertación para defraudar se ha traducido en una lesión efectiva del patrimonio público, situación global, única que debe ser sancionada.

(Sentencia núm. 841/2013, de 18 de noviembre.)

DOCTRINA PAROT. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. TEDH

Se interpone este recurso de casación frente al Auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 22 de noviembre de 2012, que estimaba el recurso de súplica deducido por el Ministerio Fiscal frente al Auto de 23 de febrero de 2012, que acordaba no haber lugar a descontar los días sufridos por la penada en concepto de prisión preventiva del tiempo total de cumplimiento de la pena, que lo es de treinta años, en aplicación de la STS 197/2006, de 28 de febrero.

El recurso se formaliza en tres motivos de contenido casacional, y en suma, se solicita a esta Sala que se rectifique la liquidación de condena mandando computar

los abonos de privación de libertad preventiva y las reducciones de pena por el trabajo sin atenerse a la doctrina del Tribunal Supremo en sus SSTs 197/2006 y 208/2011, o subsidiariamente, validando la de 3 de mayo de 2011 y fijando el inicio del cómputo de los 30 años como el límite de cumplimiento, que comenzaría entonces el 28 de enero de 1998, finalizando conforme a tal límite, sin que puedan añadirse otros cuatro años más, hasta llegar a 34 años de cumplimiento penitenciario como se acuerda en la resolución judicial recurrida. En suma, se solicita que se abonen los 1.484 días de prisión preventiva al límite de los 30 años establecidos en la doctrina resultante de la STS 197/2006. También se solicita que no se aplique tal modo de cómputo sucesivo de las diversas penas a las que fue condenada la recurrente, en aplicación de la reciente doctrina del TEDH.

El recurso ha de ser estimado.

En lo que hace a la censura casacional relativa al abono de la prisión preventiva al total de cumplimiento, resulta tal operación de la propia STS 197/2006, en donde ya se decía que el límite de treinta años de prisión es un límite al cumplimiento efectivo; y de esta expresión –efectivo– que se consigna en la denominada doctrina Parot se deduce que es infranqueable, sin que pueda ser traspasado de forma alguna por los mecanismos de abono de la prisión preventiva en las diversas penas que se van cumpliendo sucesivamente. De este modo, hemos dicho ya en nuestra STS 1060/2011, de 21 de octubre, que el límite de treinta años, ha de ser intangible cualquiera que sean las vicisitudes que haya atravesado el finalmente penado (encontrarse, o no, en situación de prisión provisional), de manera que tal cómputo que es un límite infranqueable, no pueda ser traspasado como consecuencia de las circunstancias o avatares procesales del caso, por lo que el tiempo sufrido en prisión por las distintas causas en donde se proceda a la determinación de tal límite máximo de cumplimiento no sea desigual para unos o para otros, en función de las diversas prisiones provisionales a que se hayan visto sometidos, por lo que, al transcurso del mismo, se ha de proceder al licenciamiento definitivo del penado, pudiendo en estos casos computarse el día del ingreso en prisión preventiva como fecha de inicio del cumplimiento de la pena, pues a todos los efectos se le abona con tal finalidad.

Esta doctrina resulta también de las Sentencias 202/2012, de 20 de marzo, y 345/2012, de 16 de mayo, entre otras muchas.

En consecuencia, estimamos esta queja casacional.

Con respecto a la aplicación de la doctrina del TEDH, hemos de remitirnos a nuestro Acuerdo Plenario de 12 de noviembre de 2013, que señala lo siguiente:

Tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, Caso Del Río Prada c. España, y en relación con las condenas que se estén ejecutando con arreglo al Código Penal derogado de 1973, se acuerda lo siguiente:

1. En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el Código Penal derogado de 1973, por no resultar más favorable el Código Penal de 1995, las reducciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala núm. 197/2006, de 28 de febrero.

2. Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala.

3. El Tribunal considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH.

En lo que se refiere al cauce procesal, punto 2 del acuerdo plenario referido, el Pleno consideró, en primer lugar, que el TEDH, en la sentencia mencionada, viene a declarar que se produce una vulneración de los artículos 7 y 5 del Convenio Europeo con la aplicación del criterio al que se venía ajustando el cómputo de la redención de penas por el trabajo desde la STS núm. 197/2006, en lo que se refiere a penas ya impuestas, y que estén ejecutándose conforme al Código Penal derogado de 1973. Se trata, por lo tanto, de una decisión que impide continuar con la aplicación de tal criterio respecto de casos similares al contemplado en aquella sentencia del TEDH.

En segundo lugar, que, como se ha dicho, respecto de condenas todavía en ejecución, no solo nada impide la rectificación del criterio hasta ahora aplicado para sustituirlo por otro más favorable al reo en el sentido que se desprende de la tan mencionada STEDH, sino que resulta obligado en tanto que no es posible mantener una situación de privación de libertad basándose en un criterio que, en circunstancias similares a las contempladas en la referida STEDH, vulnera derechos reconocidos en el Convenio Europeo.

El Pleno tuvo en consideración que no se trata de un supuesto de rectificación de una condena para acordar la absolución o para imponer una pena más leve, lo que obligaría a acudir al recurso de revisión de sentencias firmes. Incluso en el caso de que, en una causa en concreto, lo que no ocurre en la presente, existiera alguna sentencia firme acerca de la pertinencia de la aplicación del criterio establecido en la STS núm. 197/2006, no se trataría de una decisión sobre el fondo jurídico penal del asunto, sino, más limitadamente, sobre la aplicación de las redenciones de penas por el trabajo durante la ejecución de la sentencia según un criterio que, tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, se ha revelado como incorrecto en cuanto vulnera derechos reconocidos en los artículos 7 y 5 del Convenio.

(Sentencia núm. 922/2013, de 2 de diciembre.)

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Año 2013)

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Doctor en Derecho
Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Durante el año 2013, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha abordado diversas cuestiones, relativas a su competencia jurisdiccional. En concreto, se ha reunido en cuatro ocasiones, tomando los siguientes acuerdos:

13 DE MARZO DE 2013

Asunto: Efectos de la sentencia recaída en los recursos de casación para unificación de doctrina en materia de menores.

Acuerdo: sin perjuicio del valor de la doctrina plasmada para supuestos futuros, la estimación de un recurso de casación para unificación de doctrina en materia de menores (art. 42 de la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores) solo incidirá en la situación concreta decidida por la sentencia recurrida si es favorable al menor.

Asunto: Criterio de interpretación del artículo 59.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado; asuntos en que no se alcanza una mayoría de cinco jurados favorables a la absolución ni de siete favorables a la condena.

Acuerdo: mayorías necesarias para alcanzar un veredicto en el proceso del jurado:

- a)* Para declarar probado un hecho desfavorable será necesario el voto de, al menos, siete jurados.
- b)* Para declarar no probado el hecho desfavorable son necesarios al menos, cinco votos.
- c)* Si no se alcanza alguna de esas mayorías, no habrá veredicto válido y habrá que operar en la forma prevista en los artículos 63 y 65 LOTJ (supuestos de seis o cinco votos a favor de declarar probado el hecho desfavorable).
- d)* Para declarar probado el hecho favorable es necesario el voto de cinco jurados. El hecho favorable se considerará no probado por el voto de cinco jurados.

24 DE ABRIL DE 2013

Asunto: Interpretación del artículo 416 LECRIM

Acuerdo: La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

- a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.
- b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.

12 DE NOVIEMBRE DE 2013

Asunto: Repercusiones de la Doctrina contenida en la Sentencia de la gran Sala del Tribunal Europeo de derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 (Asunto del Río Prada).

Acuerdo: Tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, Caso del Río Prada c. España, y en relación con las condenas que estén ejecutando con arreglo al CP derogado de 1973, se acuerda lo siguiente:

- 1) En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el CP. Derogado de 1973, por no resultar más favorable el CP. De 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas –una vez debidamente aprobadas– sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala núm. 197/2006, de 28 de febrero.
- 2) Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo previamente a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala.
- 3) El Tribunal considera necesario que el Poder Legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal procedente en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH.

19 DE DICIEMBRE DE 2013

Asunto: Interpretación de los arts. 58 y 59 del Código Penal en relación con la abonabilidad del cumplimiento de la obligación de comparecer periódicamente anudada a la libertad provisional.

Acuerdo: La obligación de comparecencia periódica ante el Órgano Judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado.

Asunto: Recurso de casación ante autos de las Audiencias resolviendo una declinatoria de jurisdicción como artículo de previo pronunciamiento.

Acuerdo: Los autos que resuelven una declinatoria de jurisdicción planteada como artículo de previo pronunciamiento son recurribles en casación siempre cualquiera que sea su sentido; es decir, tanto si estiman como si desestiman la cuestión.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad Internacional de la Rioja

Circulares

CIRCULAR 1/2013 SOBRE PAUTAS EN RELACIÓN CON LA DILIGENCIA DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

SUMARIO: I. Introducción. Ideas generales.–II. El derecho al secreto de las comunicaciones.–III. La diligencia de intervención de comunicaciones telefónicas.–IV. Marco jurídico general.–V. Contenidos protegidos. V.1 Listado de llamadas y otros datos externos. V.2 Revelación por un comunicante. V.3 Significación de la afectación de los derechos del comunicante ajeno a la investigación penal.–V.4 Utilización del teléfono por persona distinta al titular o al usuario. V.5 Acceso a agendas de contactos de teléfonos móviles. V.6 Acceso a mensajes de texto o SMS. V.7 Intervención en relación con terminal telefónico sustraído. V.8 Escucha y grabación directa de conversaciones. V.9 Visionado directo del número entrante. Rellamadas. V.10 Ampliación de las escuchas a otras líneas. V.11 Conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público.–VI. Hallazgos casuales.–VII. Escuchas mediante el Sistema Integrado de Interceptación de Telecomunicaciones (SITEL).–VIII. Identificación de IMEI e IMSI.–IX. Investigación del IP.–X. Correo electrónico.–XI. Acceso a otros datos de comunicaciones conservados por las operadoras.–XII. Otras vías de comunicación a través de Internet.–XIII. Presupuestos de la intervención. XIII.1 Cobertura legal. XIII.2 Fin legítimo. XIII.3 Concurrencia de indicios. XIII.3.1 Indicios de la existencia del delito. XIII.3.2 Informaciones anónimas. XIII.3.3 Argumentaciones improcedentes. XIII.3.3.1 Interdicción de argumentaciones tautológicas. XIII.3.3.2 Interdicción

ción de argumentaciones prospectivas. XIII.3.4 Convalidación de la intervención. XIII.3.5 Actuación del Fiscal en caso de insuficiencia del oficio policial. XIII.3.6 Identificación del terminal a intervenir. XIII.3.7 Identificación del titular del terminal. XIII.3.8 Momento relevante para valorar los indicios. XIII.3.9 Utilización de la información inicial generada por un proceso para una nueva interceptación. XIII.3.10 Determinación de los sistemas técnicos de intervención.–XIV. Necesidad en una sociedad democrática. Proporcionalidad. XIV.1 Reserva de la medida para los delitos de mayor entidad. XIV.2 Otras derivaciones de la proporcionalidad.–XV. Excepcionalidad.–XVI. Resolución judicial motivada. XVI.1 Resolución judicial. XVI.2 Resolución motivada.–XVII. Especialidad.–XVIII. Valoración de los resultados de intervenciones telefónicas practicadas en otro proceso judicial.–XIX. Aspectos procedimentales. XIX.1 Marco normativo. XIX.2 Adopción de la medida en diligencias de investigación. XIX.3 Adopción de la medida en diligencias indeterminadas. XIX.4 Control judicial. XIX.5 Notificación al Fiscal de la adopción de la medida. XIX.6 Traslado al Fiscal para dictamen sobre la procedencia de la medida. XIX.7 Notificación del cese de la medida. XIX.8 Competencia del Juez de Instrucción.–XX. Extensión temporal de la medida. XX.1 Cuestiones relativas a la duración. XX.2 Prórroga.–XXI. Intervención de comunicaciones y secreto de las actuaciones.–XXII. Cuestiones derivadas de la cooperación jurídica internacional. XXII.1 Intervenciones en el extranjero. XXII.2 Procedimientos incoados por investigaciones de servicios policiales extranjeros.–XXIII. Reproducción en el juicio oral. XXIII.1 Cuestiones generales. XXIII.2 Transcripciones. XXIII.3 Aportación de las grabaciones originales. XXIII.4 Puesta a disposición del total de material de audio grabado. XXIII.5 Identificación de voces.–XXIV. Supuestos de ilicitud de la intervención. Efectos. La conexión de antijuridicidad. XXIV.1 Ideas generales. XXIV.2 Especial referencia a la autoincriminación.–XXV. Pautas específicas para los Fiscales. XXV.1 En la fase de instrucción. XXV.2 En la fase intermedia del proceso. XXV.3 En la fase de juicio oral. XXV.4 Recursos contra la sentencia. XXV.5 Legitimación del Ministerio Fiscal para invocar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.–XXVI. Conclusiones.

Secreto de las comunicaciones. Pautas de actuación del MF en relación con las diligencias de intervención de las comunicaciones telefónicas. Criterios dirigidos a cumplir con el deber del Ministerio Público de velar por el derecho al secreto de las comunicaciones, asegurando que las pruebas a favor del acusado sean presentadas conforme a la ley o los requerimientos de un juicio justo. Deber de los Fiscales de excluir la prueba obtenida a través de métodos ilegales. Evolución de los sistemas de telecomunicaciones con las nuevas tecnologías que obliga a establecer un sistema de numerus apertus de los soportes técnicos y de las formas de llevar a cabo la comunicación. Marco jurídico y requisitos mínimos. Contenidos protegidos y excluidos: llamadas emitidas o recibidas por un terminal telefónico, agenda, SMS, rellamadas, hallazgos casuales, dirección IP, correo electrónico, chats y foros en Internet etc. Escuchas mediante el sistema SITEL. Requisitos para la adopción de la diligencia y para la incorporación, en su caso, como prueba en el juicio oral. Notificaciones, secreto de actuaciones y extensión temporal de la medida. Valoración de los resultados de intervenciones telefónicas practicadas en otro proceso judicial. Conexión de antijuridicidad. Control judicial y cooperación jurídica internacional.

CIRCULAR 2/2013 SOBRE INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

SUMARIO: I. Regulación legal.–II. Ámbito material de aplicación.–III. El incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo. III.1 Ideas generales III.2 El incidente de nulidad como modo de agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo.–IV. Resoluciones frente a las que cabe oponer el incidente de nulidad de actuaciones.–V. Inadmisión del incidente de nulidad.–VI. Legitimación. VI.1 Legitimación en general. VI.2 Legitimación del Fiscal. VI.2.1 Procesos en los que no es parte. VI.2.1.1 Legitimación para promover el incidente. VI.2.1.2 Legitimación para intervenir en el incidente. VI.2.2 Procesos en los que el Fiscal no ha sido parte aunque debió serlo conforme a la Ley. VI.2.3 Procesos en los que el Fiscal ha sido parte.–VII. Contenido del informe del Fiscal. –VIII. Cuestiones organizativas.–IX. Conclusiones.

I. REGULACIÓN LEGAL

La regulación de la nulidad de actuaciones ha sufrido un tortuoso proceso de modificaciones. La LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) admitió la posibilidad de declarar la nulidad de actuaciones por vía de los recursos correspondientes o por el propio Juez o Tribunal, de oficio, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, conforme a su artículo 240.

Posteriormente la LOPJ es reformada por LO 5/1997, de 4 diciembre, ensanchándose las posibilidades del incidente a fin de dar cobertura a la declaración de la nulidad radical de actuaciones tras la sentencia definitiva fundada en los vicios formales que generasen indefensión o incongruencia del fallo y que no fuera posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia.

La LO 13/1999, de 14 mayo volvió a retocar el precepto y posteriormente la LEC de 2000 introdujo en su artículo 228 el incidente de nulidad de actuaciones contra sentencias firmes por defectos de forma causantes de indefensión, quedando su entrada en vigor condicionada a la modificación de la LOPJ, modificación que tuvo lugar a través de la LO 19/2003, de 23 de diciembre.

El proceso culmina –hasta la fecha– con la disposición final primera de la LO 6/2007, de 24 mayo que vuelve a reestructurar el incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes, dando una nueva redacción al párrafo primero del apartado 1 del artículo 241 LOPJ. El propósito de esta nueva reforma es, como señala la Exposición de Motivos, introducir «medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria».

Conforme al artículo 241.1 LOPJ en su nueva redacción, y de acuerdo con el artículo 228 LEC, no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en éste último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

II. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN

Con esta nueva redacción se amplía teóricamente el ámbito de aplicación del incidente de nulidad, admitiendo ahora la alegación de vulneración de la totalidad de los derechos fundamentales en lugar de los dos supuestos tasados, consistentes en la alegación del defecto de forma que haya causado indefensión o incongruencia en el fallo, previstas hasta el momento. Se trata de configurar así una suerte de procedimiento tutelador de los derechos fundamentales que pudieren haber sido vulnerados en resoluciones judiciales firmes, en conexión con el artículo 53.2 CE.

La necesidad de esta nueva ordenación ya se sugirió desde antiguo en la doctrina del Tribunal Constitucional, que en STC núm. 185/1990 apuntaba ya la insuficiencia del desarrollo legislativo del artículo 53.2 CE al no posibilitarse un recurso jurisdiccional previo y sumario, hasta el punto de convertir al de amparo constitucional en un recurso subsidiario, pero también común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios en los que se causare indefensión cuando hubiera recaído sentencia firme.

Con la reforma introducida por la citada Ley Orgánica 6/2007 se reconoce a los órganos de la jurisdicción ordinaria el ejercicio de las facultades indispensables para llevar a cabo la función que constitucionalmente tienen atribuida, reafirmando a la vez, el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional.

No obstante, la amplitud teórica del objeto del incidente debe ser matizada, pues la lesión susceptible de ser invocada ha de ser imputable a la resolución que pone fin al procedimiento.

No pueden articularse a través de este incidente las violaciones de derechos y libertades imputables a órganos administrativos o a particulares, pues en estos casos habrá de impetrarse la tutela de los tribunales competentes ejerciendo las acciones procedentes, por lo que operaría la exclusión contenida en el artículo 241.1 LOPJ: «siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso».

III. EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES Y EL RECURSO DE AMPARO

III.1 Ideas generales

La STC núm. 155/2009, de 25 de junio interrelaciona el recurso de amparo con el nuevo incidente de nulidad de actuaciones, perfilando los respectivos papeles a distri-

buir entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, afirmando que la nueva regulación introduce como elemento más novedoso el requisito sustantivo o de fondo de la «especial trascendencia constitucional» que impone el artículo 50.1 b) de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) para la admisión del recurso de amparo.

Con tal nuevo requisito, ya no resultará suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública para articular el recurso de amparo. Sin perjuicio de que el recurso de amparo siga siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales, lo que hace el legislador es configurar ...un sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos ...a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete...

Las SSTC núm. 153/2012, de 16 de julio y 107/2011, de 20 de junio inciden en la idea de que la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso.

En el mismo principio se inspira la STC núm. 43/2010, de 26 de julio, cuando incide en el mayor protagonismo que han de asumir los Jueces y Tribunales ordinarios en la protección de los derechos y libertades fundamentales, que queda reforzado mediante esa suerte de declaración programática a través de la cual el Tribunal Constitucional reitera la realidad del nuevo papel que han de asumir los órganos judiciales.

Como destaca el Tribunal Supremo, el incidente de nulidad de actuaciones sigue siendo un incidente extraordinario que pretende corregir una vulneración de derechos fundamentales sin necesidad de acudir al recurso de amparo. En consecuencia, no se trata de una nueva instancia ni de un recurso ordinario o extraordinario... Se trata de un remedio orientado a corregir errores u omisiones en la tramitación o en la sentencia para evitar el amparo constitucional (*vid* ATS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de julio de 2008 rec. 7694/05).

La STC núm. 107/2011, de 20 de junio, vuelve a hacerse eco del protagonismo otorgado por la reforma 6/2007 a los Tribunales ordinarios acentuando su función como primeros garantes de los derechos fundamentales, afirmando, al igual que lo hiciera en la STC núm. 43/2010, de 26 de julio, que el incidente de nulidad de actuaciones es un instrumento idóneo para la tutela de los derechos fundamentales, y que su resolución debe tener presente que –de no tener el caso trascendencia constitucional– se tratará de la última vía que permita la reparación de la vulneración denunciada.

III.2 El incidente de nulidad como modo de agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo.

Los artículos 43, 44 y 49 LOTC compendian el conjunto de requisitos cuya concurrencia es necesaria para que pueda ser admitida a trámite una demanda de amparo, y para que tras ello, sea posible que el Tribunal Constitucional entre a resolver el fondo de la pretensión deducida.

Dentro de las exigencias procesales más relevantes que contempla la norma se encuentran la de la interposición temporánea; la del correcto agotamiento de la vía judicial y la de la formal y previa invocación en sede jurisdiccional ordinaria del derecho o derechos fundamentales pretendidamente vulnerados, posibilitando de éste modo la reparación de la alegada quiebra constitucional antes de acudir al Tribunal Constitucional impetrando su amparo.

De los mentados requisitos, los dos primeros son los que mayores problemas aplicativos han suscitado, convirtiéndose ambos en una fuente inagotable de conflictos para el intérprete.

En este punto conviene precisar que el artículo 44 LOTC al exigir que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial, incluye tanto los recursos como el incidente de nulidad de actuaciones.

Por un lado el incidente de nulidad se configura como requisito procesal de necesario agotamiento previo, sobre la base de la subsidiariedad del amparo (*vid.* STC núm. 62/2008, de 26 de mayo). Resulta indubitada la procedencia de acudir al incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa, cuando la lesión constitucional se imputa a la última de las resoluciones judiciales frente a la que no quepa recurso alguno (STC núm. 89/2011, de 6 de junio).

Por otro lado, debe tenerse presente que la interposición de un recurso notoriamente improcedente no suspende el plazo legalmente establecido para acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional (SSTC núm. 30/1982, de 1 junio; 50/1984, de 5 abril, 210/1994, de 11 julio). Por ello, la promoción no justificada del incidente de nulidad puede frustrar la posible reparación en sede constitucional del derecho fundamental lesionado, ya que el inexigido planteamiento convertiría al incidente en un recurso improcedente, y por ende, en un modo de alargamiento artificial de la vía judicial, que no impediría el inicio del cómputo del plazo para interponer el recurso de amparo, y que por tanto abocaría a la desestimación de éste por extemporaneidad.

En este sentido, en las SSTC núm. 17/2012, de 13 de febrero y 23/2012, de 27 de febrero, se inadmite por extemporaneidad el recurso de amparo formulado, pues en los respectivos casos que en tales resoluciones se estudian, la supuesta lesión del derecho fundamental no surge en la última de las resoluciones sino en la primera sentencia dictada en la instancia, cuyo fallo es posteriormente confirmado en apelación y más tarde en casación. Así, las sentencias citadas sostienen que ...la formulación del incidente de nulidad frente a la Sentencia de casación era manifiestamente improcedente, dado que en el incidente se denunció por la recurrente la lesión de un derecho fundamental (el garantizado por el artículo 20.1 CE) que no derivaba originariamente de dicha Sentencia, sino de las Sentencias anteriores de primera instancia y apelación, pues en las dos instancias ya se había planteado la posible vulneración del citado derecho. No se trata, así, de una supuesta lesión de un derecho fundamental «que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso».

El mismo criterio es asumido en el ATS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de julio de 2008 rec. 7694/05 en el que se afirma que no puede admitirse a trámite el incidente de nulidad contra sentencias o autos del Tribunal Supremo no susceptibles de recurso ordinario o extraordinario: primero, cuando se aleguen vulneraciones de derechos fundamentales que pudieron ser denunciadas con anterioridad a la sentencia cuya nulidad se pretende; segundo, cuando se pretenda que el Tribunal rectifique el criterio expresado en su resolución, basándose para ello en argumentos coincidentes o no con los ya utilizados en el recurso; tercero, cuando se aleguen vulneraciones de derechos fundamentales ya alegadas en el recurso.

De la incertidumbre en esta materia es consciente incluso el propio TC, como reconoce en la STC núm. 13/2011, de 28 de febrero, cuando admite que se sitúa al justiciable ante una delicada disyuntiva sobre el modo en que debe dar adecuada satisfacción al referido requisito procesal que franquea el acceso al amparo, puesto que una actitud medrosa o, por el contrario, arriesgada en el cálculo de la estrategia procesal pertinente puede conducir a un incumplimiento por defecto o por exceso que dé lugar a la producción del referido óbice procesal, haciendo que la demanda de amparo

resulte extemporánea. Esta misma resolución introduce un nuevo matiz, pues dice que no cabrá calificar como extemporánea la demanda de amparo en caso de que venga precedida de un agotamiento no plenamente exigible en la vía judicial, si es que en ello no se aprecia «ánimo dilatorio».

IV. RESOLUCIONES FRENTE A LAS QUE CABE OPONER EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

Como se ha señalado supra, el artículo 241.1 LOPJ prevé la excepcional admisión del incidente de nulidad de actuaciones planteado por quienes sean parte legítima en el procedimiento judicial, o que hubieran debido serlo, siempre que se aduzca cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE; que aquella no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso, y en fin, que la resolución impugnada no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

El incidente debe promoverse ante el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para solicitar la nulidad de actuaciones será el de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

Respetando estos parámetros, se podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del Capítulo II CE, de manera que podrá formularse el incidente contra cualquier resolución judicial, con independencia de la forma que ésta adopte, en la que pretendidamente se hubiera ocasionado una lesión de derechos fundamentales, comprendiéndose –en principio– tanto la afectación de garantías procesales como de derechos sustantivos.

V. INADMISIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD

Para abordar este punto debe partirse de que el incidente no puede considerarse como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan «podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario» (art. 241.1 LOPJ). En definitiva, el incidente de nulidad de actuaciones sirve para reparar aquellas lesiones de cualquier derecho fundamental que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley. Su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el artículo 241.1 LOPJ, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida por los órganos judiciales.

La STC núm. 185/1990, de 15 de noviembre declaró que será preciso interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de Sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales. La STC núm. 153/2012, de 16 de julio, aplicando tal doctrina, estima

ahora que el órgano judicial debe, salvo que se den las causas de inadmisión de plano, en el que podrá realizarse una motivación sucinta (art. 241.1 LOPJ), realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, tramitar el incidente y motivar, en cualquier caso, suficientemente su decisión.

El precepto analizado mantiene la posibilidad de inadmitir a trámite el incidente, mediante providencia sucintamente motivada, cuando se «pretenda suscitar otras cuestiones». No obstante, en todo caso, la decisión de inadmisión debe estar suficientemente motivada, y de no hacerlo así puede incurrirse en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La Ley restringe las causas de inadmisión y, por consiguiente los Sres. Fiscales deberán evitar en lo posible que se produzcan resoluciones de inadmisión a trámite por providencia en las que el Tribunal en realidad resuelve sobre el fondo, anticipando lo que debería ser una resolución por auto y después del debate.

VI. LEGITIMACIÓN

VI.1 Legitimación en general

La legitimación para promover el incidente de nulidad de actuaciones es abordada en el artículo 241.1 LOPJ, que la reconoce ...a quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo... La literalidad de la norma incluye pues, no solo a las partes procesales, sino también a quienes debieron haberlo sido en el proceso judicial y no fueron llamadas ni tuvieron conocimiento de su existencia.

La falta de emplazamiento de quienes, no obstante la titularidad de un interés legítimo, no han sido convocados al proceso, que acarrea la lesión de un derecho fundamental adjetivo –cuál es el de la obtención de la tutela judicial (art. 24 CE)–, es un supuesto en el que con frecuencia el TC ha venido pronunciándose, desautorizando en un gran número de ocasiones el rechazo por parte de los órganos de la jurisdicción de incidentes de nulidad formulados como consecuencia de la alegada defectuosa conclusión de actos de comunicación procesal.

En todo caso debe recordarse que, dado el carácter excepcional del incidente de nulidad, dicha falta de emplazamiento puede subsanarse por otros medios más eficaces, como la personación y retroacción del procedimiento, caso de ser factible, o la propia audiencia al rebelde, por lo que el incidente sólo procederá cuando el proceso haya terminado y no sea posible acudir a estos remedios procesales.

VI.2 Legitimación del Fiscal

El papel del Fiscal en la tramitación de estos incidentes debe analizarse partiendo de la función que la Constitución le asigna en defensa de los derechos de los ciudadanos.

VI.2.1 PROCESOS EN LOS QUE NO ES PARTE

VI.2.1.1 Legitimación para promover el incidente

Si el Fiscal ni ha sido ni ha debido ser parte en el proceso subyacente, carecerá de legitimación para promover el incidente. El ATC núm. 36/2011, de 11 de abril subraya

que ...es clara e indubitada la específica limitación de la legitimación activa de este incidente a quienes hubieran sido parte legítima o hubieran debido serlo, lo que imposibilitaba al Ministerio Fiscal la promoción de dicho incidente, pues, como es obvio, ni fue parte en el procedimiento ni tampoco debiera haberlo sido, al tratarse de un procedimiento ordinario en que no está prevista legalmente su participación.

VI.2.1.2 *Legitimación para intervenir en el incidente.*

Avanzando un paso más, debemos plantearnos qué posición adoptar en los supuestos en los que promovido el incidente por parte legitimada y no siendo el Fiscal parte en el proceso subyacente, el órgano jurisdiccional da traslado al Ministerio Público, en tanto se introduce una cuestión que afecta a derechos fundamentales. Esta situación se planteará básicamente en los procesos civiles, contenciosos y sociales en los que el Fiscal no tenga intervención.

La complejidad de la cuestión radica en el silencio que la Ley guarda al respecto y en la inexistencia de pronunciamientos de los Tribunales sobre la materia. En este contexto habrán de darse unas pautas con el fin de garantizar el principio de unidad de actuación, pautas que deberán mantenerse en tanto no se consolide una jurisprudencia contraria a los criterios que a continuación se exponen.

Podría defenderse que el Fiscal no tiene reconocida una legitimación general para actuar siempre en estos procesos incidentales y que consiguientemente, sólo intervendría si hubiera sido parte en el proceso subyacente en el que se alega la violación del derecho fundamental.

Sin embargo, existen fundamentos de peso para defender que siempre que se dé traslado al Fiscal para que informe en el incidente de nulidad sobre violación de derechos fundamentales, éste intervenga.

En efecto, si se parte de que el Fiscal siempre interviene en las cuestiones de inconstitucionalidad, sea o no parte en el proceso subyacente, y que igualmente siempre interviene en la tramitación del recurso de amparo (art. 3.11 EOMF), concurriría la *eadem ratio decidendi* que llevaría a afirmar la legitimación para intervenir en estos incidentes de nulidad, posición que por lo demás es coherente con la asignación contenida en el apartado 3 del artículo 3 EOMF: velar por el respeto... de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.

A fortiori, debe recordarse la categórica doctrina ya asentada desde la STC núm. 86/1985, de 10 de julio, de que la legitimación institucional del Ministerio Fiscal para interponer el recurso de amparo, reconocida en los artículos 162.1 b) CE y 46.1 b) LOTC... no queda en ningún caso condicionada a la exigencia de haber actuado como parte en el proceso judicial antecedente.

Debe tenerse presente, no obstante, que en los procesos civiles, sociales o contenciosos sin intervención del Fiscal en los que se promueva el incidente y se dé traslado al Ministerio Público, el informe habrá de versar exclusivamente sobre lo relativo a la lesión de derechos fundamentales, sin entrar en puntos carentes de relevancia constitucional.

VI.2.2 PROCESOS EN LOS QUE EL FISCAL NO HA SIDO PARTE AUNQUE DEBIÓ SERLO CONFORME A LA LEY

En relación con los procesos en los que el Fiscal no haya sido parte, pese a que hubiera debido serlo conforme a la Ley, no sólo habrá de dársele traslado del escrito de promoción del incidente planteado por las partes del proceso, sino que además estará legitimado para su interposición, pudiendo fundamentarlo precisamente en la preterición sufrida, siempre y cuando ello haya causado una indefensión material.

Antes de hacer los Sres. Fiscales uso de esta facultad deberán evaluar los perjuicios que para las partes del proceso pudiera suponer la estimación del incidente y la mayor o menor relevancia de la omisión del trámite en el resultado final del proceso.

VI.2.3 PROCESOS EN LOS QUE EL FISCAL HA SIDO PARTE

En estos casos el Fiscal estará legitimado para su promoción e intervendrá en el incidente de nulidad de actuaciones aunque no haya sido el promotor.

VII. CONTENIDO DEL INFORME DEL FISCAL

Los Sres. Fiscales deberán prestar especial atención a la resolución de estos remedios procesales, en ejercicio de sus funciones de defensa de los derechos de los ciudadanos.

En ningún caso será admisible un informe formulario que postule, sin motivación, la mera inadmisión o desestimación del incidente, ni la mera remisión al recurso de amparo constitucional. La necesidad de cumplir con la exigencia de la motivación de los informes ya fue puesta de manifiesto en la Instrucción 1/2005, 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal.

Su primera función consistirá en asegurarse de que el incidente resulta efectivamente procedente. Si la lesión de derechos fundamentales que se denuncia ha tenido lugar antes de la sentencia y ha habido posibilidad de alegarla y de ser resuelta con anterioridad, los Sres. Fiscales deberán advertirlo así, motivadamente, para que la nulidad de actuaciones pueda ser rechazada *a limine*, neutralizando estrategias procesales dilatorias o simplemente, actuaciones erróneas.

Por el contrario, si la demanda incidental resulta formalmente procedente, los Sres. Fiscales deberán entrar en el examen del fondo de las pretensiones, actuando realmente como si de un recurso de amparo anticipado se tratara. No debe olvidarse que es la última oportunidad para que los Jueces y Tribunales ordinarios, guardianes primarios de los derechos fundamentales, remedien la posible lesión o incidan en la innecesariedad de hacerlo.

VIII. CUESTIONES ORGANIZATIVAS

A fin de coadyuvar al control de calidad de los dictámenes que se evacuen en los incidentes de nulidad promovidos conforme al artículo 241 LOPJ y con el objeto de promover la especialización, los Sres. Fiscales Superiores y Fiscales Jefes designarán, de entre los miembros de la plantilla, a un Fiscal encargado de coordinar la materia, con las facultades que, conforme a la autonomía organizativa de la Fiscalía, se estimen oportunas. Este Fiscal podrá asumir de acuerdo con lo que en cada Fiscalía se decida, bien funciones de consulta y resolución de dudas, bien funciones de visado, bien funciones de despacho de los incidentes de nulidad.

Será aconsejable que la designación recaiga en el Fiscal o Fiscales encargados, conforme a las previsiones de la Instrucción 2/2012, del despacho de las cuestiones de inconstitucionalidad, contribuyendo así a conformar una deseable especialización en

Derecho Constitucional, aunque ésta será también una cuestión a decidir en el seno de cada Fiscalía, atendiendo a sus singularidades y necesidades específicas.

En los casos en los que una Fiscalía territorial pretenda promover el incidente de nulidad previsto en el artículo 241.1 LOPJ, con carácter previo y por conducto del Fiscal Jefe o del Fiscal coordinador de la materia, habrá de evacuar consulta con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

IX. CONCLUSIONES

1. El Ministerio Fiscal carece de legitimación para promover el incidente de nulidad previsto en el artículo 241.1 LOPJ cuando ni ha sido ni ha debido ser parte en el proceso subyacente.

2. Los Sres. Fiscales deberán intervenir siempre que se les dé traslado para que informen en un incidente de nulidad sobre violación de derechos fundamentales promovido por parte legítima, aunque no hayan sido partes en el proceso subyacente.

3. En los procesos sin intervención del Fiscal en los que se promueva el incidente y se dé traslado al Ministerio Público, el informe habrá de versar exclusivamente sobre lo relativo a la lesión de derechos fundamentales, evitando abordar cuestiones carentes de relevancia constitucional.

4. En los procesos en los que el Ministerio Fiscal ha sido parte o hubiera debido serlo, el mismo estará legitimado para su promoción e intervendrá en el incidente de nulidad de actuaciones aunque no haya sido el promotor.

5. Los Sres. Fiscales deberán prestar especial atención a la resolución de estos remedios procesales, en ejercicio de sus funciones de defensa de los derechos de los ciudadanos.

6. Los Sres. Fiscales habrán de motivar suficientemente sus dictámenes, incluido el de inadmisión.

7. En ningún caso será admisible un informe formulario que postule, sin motivación, la mera inadmisión o desestimación del incidente, ni la mera remisión al recurso de amparo constitucional.

8. Si la lesión de derechos fundamentales que se denuncia ha tenido lugar antes de la sentencia y ha habido posibilidad de alegarla y de ser resuelta con anterioridad, los Sres. Fiscales deberán advertirlo así, motivadamente, para que la nulidad de actuaciones pueda ser rechazada *a limine*, neutralizando estrategias procesales dilatorias o simplemente, actuaciones erróneas.

9. En todo caso, los Sres. Fiscales promoverán una interpretación en el sentido más favorable para permitir la tutela de los derechos fundamentales en fase jurisdiccional, oponiéndose a que la providencia de inadmisión sea utilizada para resolver sobre el fondo.

10. Los Sres. Fiscales Superiores y Fiscales Jefes designarán, de entre los miembros de la plantilla, a un Fiscal encargado de coordinar el despacho de los incidentes de nulidad previstos en el artículo 241 LOPJ, con las facultades que, conforme a su autonomía organizativa, se estimen oportunas.

11. En los casos en los que una Fiscalía territorial pretenda promover el incidente de nulidad previsto en el artículo 241 LOPJ, con carácter previo y por conducto del Fiscal Jefe o del Fiscal coordinador de la materia, habrá de evacuar consulta con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

CIRCULAR 3/2013 SOBRE CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL

SUMARIO: I. Consideraciones generales.–II. Régimen jurídico aplicable a las distintas modalidades de internamiento terapéutico.–III. Presupuesto para la aplicación del internamiento terapéutico en régimen cerrado.–IV. Inaplicabilidad al internamiento terapéutico cerrado de los períodos de seguridad previstos en los artículos 10.1 b) y 10.2 LORPM.–V. Posibilidad de cumplir el internamiento terapéutico en régimen cerrado en Centro Penitenciario.–VI. Admisibilidad de la regresión al internamiento terapéutico cerrado.–VII. Posibilidad de suspender las actividades fuera del centro en el internamiento terapéutico en régimen semiabierto.–VIII. Inadmisibilidad de la conversión del internamiento terapéutico semiabierto en cerrado.–IX. Competencia para conocer los permisos.–X. Requisitos para conceder permisos.–XI. Suspensión y revocación de permisos.–XII. Especialidades en los medios de contención.–XIII. Especialidades en el régimen disciplinario.–XIV. Especialidades en los Centros de ejecución.–XV. Otras cuestiones en orden a la ejecución de la medida de internamiento terapéutico.–XVI. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La previsión del internamiento terapéutico en el repertorio de medidas aplicables en la jurisdicción de menores tiene antecedentes en nuestro ordenamiento. Ya el artículo 17.a) 5.º de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (texto refundido de 11 de Junio de 1948) preveía el ingreso en establecimiento especial para «menores anormales».

Para contextualizar la actual regulación del internamiento terapéutico en la Justicia Juvenil y orientar la interpretación de los preceptos que la integran es preciso mencionar los pronunciamientos internacionales que hacen referencia a esta cuestión.

Con un carácter general, el punto 46 de las Reglas de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, adoptadas en Resolución de la Asamblea General 45/112, de 14 de diciembre de 1990 (en adelante, *Directrices de Riad*), señala que sólo deberá recluirse a los jóvenes en instituciones como último recurso y por el período mínimo necesario, debiendo dar la máxima importancia a los intereses del joven. Los criterios para autorizar una intervención oficial de esta índole deberán definirse estrictamente y limitarse a una serie de situaciones concretas entre las que figura el haberse manifestado en el propio comportamiento del niño o joven un grave peligro físico o psíquico para él mismo y ni los padres o tutores ni el propio niño o joven ni los servicios comunitarios no residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución.

Por su parte la núm. 53 de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de menores privados de libertad, adoptadas por Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 (*Reglas de la Habana*) dispone que: Todo menor que sufra una enfermedad mental deberá recibir tratamiento en una institución especializada bajo supervisión médica independiente. Se adoptarán medidas, de acuerdo con los organismos compe-

tentes para que puedan continuar cualquier tratamiento de salud mental que requiera después de la liberación.

También con carácter general, la Resolución 46/119 de Naciones Unidas de 17 de diciembre de 1991 sienta los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. En ella se declaran los principios, derechos y libertades básicas de las personas afectas de enfermedad mental (vida en comunidad, determinación de la enfermedad, examen médico, confidencialidad, tratamientos, información sobre los derechos y consentimiento para el tratamiento...) así como los derechos y condiciones de las personas recluidas en instituciones penitenciarias y los recursos de que éstas deben disponer, los procedimientos de ingreso y las garantías de los mismos. Expresamente se hace referencia en el principio núm. 20 a las personas que cumplen penas por comisión de hechos delictivos, a quienes resultan aplicables los derechos y principios que se declaran, sin que quepa invocar excepción alguna de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, y otros instrumentos pertinentes como es ahora la Declaración sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Estas personas deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental. Los presentes principios se aplicarán en su caso, en la medida más plena posible, con las contadas modificaciones y excepciones que vengan impuestas por las circunstancias.

En el ámbito europeo, la Recomendación (2008)¹¹ del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 5 de noviembre de 2008, sobre tratamiento de menores sujetos a sanciones o medidas dispone en su punto 57 que los menores que estén sufriendo enfermedad mental y que deban estar privados de libertad habrán de ser custodiados en instituciones de salud mental.

En el plano interno, el artículo 17.6 de la LO 4/1992, de 5 de junio por su parte, recogía como medidas el internamiento en un centro de carácter terapéutico y el tratamiento ambulatorio, ésta con carácter novedoso como medidas imponibles a menores infractores aquejados de enfermedad o anomalía psíquica o de adicción al alcohol o sustancias estupefacientes.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM) contempla con más detalle la medida de internamiento terapéutico en su artículo 7.1.d) que, a su vez es objeto de desarrollo en los artículos 27, 50 y 59 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley (en adelante, RLORPM). Pese a ello, la práctica ha generado ciertas cuestiones que no encuentran respuesta expresa ni en las previsiones legales ni en las reglamentarias. Es necesario, pues, abordar varias dudas interpretativas.

El punto de partida se encuentra en el artículo 5.2 LORPM. Según su tenor literal, cuando en un menor concorra alguna de las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 CP le serán aplicables, en caso necesario, las medidas de internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio.

Por tanto, la previsión del artículo 5.2 LORPM será aplicable en supuestos en los que se aprecien «anomalías o alteraciones psíquicas que impidan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión», «trastorno mental transitorio no provocado para delinquir», «intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas», «síndrome de abstinencia a causa de la dependencia a tales sustancias que impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» y «alteraciones en la percepción desde

el nacimiento o desde la infancia que alteren gravemente la conciencia de la realidad».

Conforme al artículo 9.5 LORPM, en su redacción dada tras la reforma de 2006, cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras *d*) y *e*) de la misma.

Consiguientemente, apreciada alguna de las eximentes reseñadas sólo podrán aplicarse (art. 9.5), en caso necesario (art. 5.2), las medidas de internamiento terapéutico y de tratamiento ambulatorio.

Por tanto, ante la apreciación de una causa de inimputabilidad sólo puede imponerse una medida terapéutica, pero tal imposición no es inexorable, toda vez que no hay necesidades preventivas generales ni retributivas que satisfacer. Así, en estos casos, la medida sólo debe imponerse si existe una necesidad objetiva. Es por ello que el artículo 5.2 LORPM se refiere a la imposición en caso necesario.

Será preciso que la necesidad de tratamiento, la peligrosidad del menor y la prevención especial positiva (finalidad de reintegración social) justifiquen en cada caso la imposición de la medida.

Al igual que la medida de seguridad en el Derecho Penal de adultos, el internamiento terapéutico debe asentarse sobre garantías básicas: judicialidad en la imposición, legalidad, proporcionalidad, intervención post-delictual y duración limitada.

Cuando se aplica la medida a un menor en el que concurre una causa de inimputabilidad su fundamento, ya que no puede ser la culpabilidad, ha de buscarse en la peligrosidad o probabilidad de comisión futura de una acción delictiva así como en la finalidad de reintegración social. De ello deriva que, no concurriendo peligrosidad, la absolución del inimputable no implica necesariamente la imposición de un internamiento terapéutico, aunque puedan adoptarse otras medidas desde el área de Protección de Menores. El juicio de peligrosidad, por aplicación supletoria del Código Penal, consiste en evaluar si del hecho y de las circunstancias personales del sujeto puede deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95.1.2.^a CP).

La imposición del internamiento terapéutico en los casos de inimputabilidad declarada no es preceptiva, ni siquiera cuando los hechos en sí puedan subsumirse en tipos que integren supuestos de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM), sin perjuicio, lógicamente, de que a mayor gravedad de los hechos, pueda, como regla general, inferirse mayor peligrosidad y, correlativamente pueda ponerse con más claridad de relieve la necesidad de imponer un internamiento terapéutico.

La Exposición de Motivos de la LORPM establece que el internamiento terapéutico se prevé para aquellos casos en los que los menores, bien por razón de su adicción al alcohol o a otras drogas, bien por disfunciones significativas en su psiquismo, precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica, no dándose, ni, de una parte, las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni, de otra parte, las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación a aquél de un internamiento en régimen cerrado.

Pese a la literalidad de la Exposición de Motivos, cuando se aprecia una eximente, por imperativo del artículo 9.5 solo podrá imponerse internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio. Por mucho que concurren «condiciones de riesgo», nunca podría imponerse un internamiento en régimen cerrado. Lo que sí es posible tras la reforma 8/2006, es la imposición en estos casos de un internamiento terapéutico en régimen cerrado.

La Circular 1/2000 divide el internamiento terapéutico en dos subespecies: 1) la medida impuesta en caso de anomalías o alteraciones psíquicas, para cuya imposición se prescinde de la voluntad del menor y 2) la medida impuesta para el tratamiento de las adicciones a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, que requiere para su imposición y ejecución el concurso voluntario del menor. La Circular a estos efectos interesa de los Fiscales que, cuando hayan solicitado una medida de esta naturaleza, interroguen al menor acerca de su aceptación. En todo caso, el rechazo sobrevenido en fase de ejecución implicará que el tratamiento no podrá seguirse coactivamente, y por tanto, habrá de ser suspendido y sustituido por otra medida. Así se desprende también del artículo 27.3 RLOPRM.

Tal sustitución debe entenderse limitada cuando se ha aplicado una eximente, pues –como se expuso más arriba– solo cabe la imposición de una medida terapéutica.

Debe recordarse en este punto la modificación introducida en el apartado 3 del artículo 100 del Código Penal, tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pues señala ahora el precepto en su inciso segundo que no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido.

Por otra parte, las medidas terapéuticas no son sólo aplicables a menores inimputables. La Circular 1/2000 resalta que las medidas de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio también podrán imponerse en los supuestos en que dichas circunstancias se valoren como eximentes incompletas del artículo 21.1.ª CP o atenuantes analógicas.

En supuestos de inimputabilidad incompleta o parcial, si la entidad jurídica de los hechos lo justifica, cabrá imponer una medida privativa de libertad (internamiento ordinario cerrado, semiabierto o abierto) y al mismo tiempo una medida de seguridad de internamiento terapéutico. En estos casos el cumplimiento seguiría el denominado sistema vicarial, de manera que se iniciaría con el cumplimiento inicial de la medida de seguridad, con la posibilidad de su sustitución por otra o de su suspensión, y con el posterior cumplimiento –si es necesario– de la medida de internamiento ordinario. Este mecanismo vicarial es especialmente adecuado en el Sistema de Justicia Juvenil porque su flexibilidad permite una amplia gama de respuestas con base en la valoración de la situación terapéutica del sometido a la medida (evolución del tratamiento, modificaciones en el diagnóstico, actitud del sujeto, etc...), de modo que atendiendo a las necesidades concretas y al interés del menor, podría cancelarse la medida terapéutica e iniciar el internamiento ordinario, o agotarse la medida terapéutica y cancelar el internamiento ordinario, o reducir la medida terapéutica y sustituir el internamiento ordinario por una medida en medio abierto. Las posibilidades son múltiples y permiten, conforme a los postulados de la Justicia Juvenil, adecuar la respuesta ante el delito a las necesidades del menor infractor.

Incluso debe mantenerse que estas medidas –respetando los límites impuestos por los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación– pueden aplicarse a los menores que las necesiten, aunque su enfermedad o adicción no haya determinado déficit de imputabilidad en relación con los hechos realizados. Es en estos ámbitos en los que no se ha declarado la exención total de responsabilidad del menor donde adquiere sentido la previsión contenida en el artículo 7.1.d) LORPM de que esta medida (terapéutica) podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo, previsión que no operará cuando concurre una eximente conforme a las restricciones derivadas de la regla contenida en el apartado quinto del artículo 9 LORPM.

También debe tenerse presente que el internamiento terapéutico, en tanto tiene la consideración legal de medida privativa de libertad, no podrá exceder en su duración del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal, como expresamente determina el artículo 8.2 LORPM.

Además, la Circular 1/2000 reconoce que en estas medidas también rige el principio acusatorio, «tanto en la extensión de la medida solicitada e impuesta, como en lo relativo a la mayor o menor afectación de derechos». De lo expuesto hasta ahora se desprende que el régimen jurídico del internamiento terapéutico no es uniforme. Dependerá básicamente de si se impone por problemas o enfermedades mentales (anomalías o alteraciones psíquicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad) o por adicciones (dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas). Desde esta perspectiva, los efectos del consentimiento del menor serán radicalmente distintos en uno y otro caso.

También dependerá de si se ha impuesto a un inimputable por apreciarse una eximente completa o si se ha impuesto a un menor imputable total o parcialmente (por concurrir semieximente, atenuante analógica o pese a no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad). Desde este enfoque, mientras que la medida impuesta a un inimputable debe estar inspirada por criterios exclusivamente terapéuticos, la medida impuesta a un imputable puede atender a otras consideraciones como la necesidad pedagógica de expresar al menor el reproche que su conducta merece. Además, en el primer caso sólo cabrá imponer la medida terapéutica mientras que en el segundo cabrá imponer además otras medidas.

Finalmente, tras la reforma de 2006, el marco jurídico concreto dependerá de si el internamiento terapéutico ha sido impuesto en régimen cerrado, abierto o semiabierto.

La medida de internamiento terapéutico, en sus distintos regímenes precisará para su ejecución del dictado de sentencia, a salvo la posibilidad de imponerla antes como medida cautelar (art. 29 LORPM). Por tanto, apreciada durante la instrucción la concurrencia de una causa de inimputabilidad en el menor, si se estima procedente la imposición de una medida terapéutica, deberá continuar la tramitación del procedimiento hasta el dictado de sentencia para, en su caso, imponer la medida, lo que comporta la exclusión de soluciones extrajudiciales.

En estos casos también deberá la sentencia pronunciarse sobre la responsabilidad civil, si se hubieran ejercitado acciones para lograr la reparación, restitución o indemnización de daños y perjuicios, por aplicación supletoria de las previsiones contenidas en el artículo 118 CP, conforme al que, la exención de la responsabilidad criminal declarada en los núms. 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º artículo 20 no comprende la de la responsabilidad civil.

En relación con la medida cautelar de internamiento terapéutico, habrá de estarse a las previsiones contenidas en el epígrafe VI.4 de la Circular 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.

Esta misma Circular 1/2007 se plantea la posibilidad de aplicar la medida de internamiento terapéutico en expedientes por faltas, concluyendo con que las previsiones penológicas que el CP contempla para las faltas inhabilitan el uso del internamiento terapéutico para menores autores de estas infracciones veniales.

II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS DISTINTAS MODALIDADES DE INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO

La reforma operada por LO 8/2006 ha introducido un cambio esencial en la regulación de la medida de internamiento terapéutico, dividiéndolo en tres regímenes distintos: cerrado, semiabierto o abierto [art. 7.1.d)].

Tal estructuración de los internamientos terapéuticos queda huérfana de desarrollo normativo, pues la LO 8/2006 nada dice en cuanto al contenido de cada una de las modalidades.

Pese a la falta de previsión legal sobre los efectos de tal novedad legislativa, su interpretación debe orientarse a la efectividad jurídica de la nueva disposición.

Para determinar los distintos efectos de cada uno de los regímenes de internamiento terapéutico, debe repararse en el dato, sin duda esencial a efectos de una interpretación sistemática, de que el internamiento ordinario puede adoptar distintas modalidades, a las que se asigna idéntica denominación: régimen cerrado, semiabierto o abierto.

Estas tres modalidades sí que están legalmente definidas y reglamentariamente desarrolladas:

Las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen cerrado residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio [art. 7.1.a)].

Las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen semiabierto residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. [art. 7.1.b)].

Las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen abierto llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo [art. 7.1.c)].

Pues bien, siguiendo un criterio hermenéutico sistemático y reparando en esa nomenclatura común, y en el hecho, ciertamente revelador, de que el internamiento terapéutico está definido inmediatamente tras las anteriores enunciaciones, ha de llegarse a la conclusión de que, en principio, en todo lo que no sea incompatible con su naturaleza esencialmente terapéutica, los internamientos terapéuticos en régimen cerrado, semiabierto y abierto seguirán las pautas respectivas, *mutatis mutandis*, de los internamientos ordinarios en régimen cerrado, semiabierto y abierto. Este criterio debe combinarse con el dato, sin duda también importante, de que mientras que las diferentes modalidades de internamientos ordinarios se regulan dentro del artículo 7.1 LORPM con autonomía en distintas letras a), b) y c), el internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto y abierto se regula en una sola letra d) lo que apunta a la idea de una única medida con tres regímenes distintos.

El doctrinalmente denominado argumento de la constancia terminológica parte de la inteligencia de que el legislador emplea las palabras con el mismo significado al menos dentro del mismo sector normativo. Con mayor razón, hay que entender que el legislador emplea los términos con el mismo significado dentro de una misma Ley y –aún más– dentro de un mismo artículo.

La novedad introducida por la reforma de 2006 no debe interpretarse como un reforzamiento del carácter sancionador de la medida. Cuando el internamiento terapéutico se impone como consecuencia de la aplicación de una eximente, a la hora de seleccionar un régimen concreto, esto es, cerrado, semiabierto o abierto, habrán de

valorarse circunstancias ajenas a las retributivas, tales como los requerimientos terapéuticos específicos, el riesgo de fuga o la necesidad de contención.

III. PRESUPUESTO PARA LA APLICACIÓN DEL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN RÉGIMEN CERRADO

Cabe plantearse si, además de las limitaciones directamente derivadas de las reglas de determinación de la medida, debe añadirse específicamente para el internamiento terapéutico en régimen cerrado la de que solamente cabría en los casos en los que, conforme al artículo 9.2 LORPM, pueda imponerse el internamiento ordinario en régimen cerrado (hechos tipificados como delito grave, hechos tipificados como delito menos grave cometidos con violencia, intimidación o grave riesgo, hechos cometidos en grupo o por banda).

Esta cuestión se complica porque el internamiento terapéutico puede imponerse no sólo a menores inimputables o parcialmente imputables, sino también –dentro de los límites legales– a menores imputables respecto de los que se consideren apropiados los contenidos terapéuticos en razón de anomalías, enfermedades o adicciones, aunque las mismas no hubieran afectado a su imputabilidad.

Sin embargo la respuesta debe ser en todo caso afirmativa, aunque por razones parcialmente diferentes.

Cuando se aprecia plena inimputabilidad la sentencia, sin perjuicio de la imposición de la medida, es técnicamente una sentencia absolutoria. El internamiento terapéutico en estos casos carece de finalidades retributivas por lo que no es una medida sancionadora-educativa como el resto de medidas imponibles en la Justicia Juvenil, sino una medida de seguridad propiamente dicha (arts. 95 y ss. del CP) cuyo contenido específico está inspirado exclusivamente por necesidades terapéuticas y por el nivel de peligrosidad concurrente. Además, como se verá más adelante, se ejecuta en condiciones especiales, tanto en cuanto al régimen de permisos como al régimen disciplinario.

Habida cuenta de ello y con miras a optimizar el paso del menor por el sistema de Justicia Juvenil, desde la perspectiva de su educación y reinserción en todos los niveles, podría plantearse un despliegue exclusivamente terapéutico de la medida y por ende, la posibilidad de su aplicación en régimen cerrado en base a criterios y requerimientos médicos, incluso en supuestos en los que los hechos cometidos por el menor inimputable, permitiendo la privación de libertad, no autorizaran el internamiento en régimen cerrado.

Sin embargo, en la Justicia Juvenil y sin perjuicio de las medidas procedentes en el ámbito de Protección Jurídica del menor, deben regir los límites fijados con carácter general por los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación, también en este ámbito.

Así, para las medidas de seguridad privativas de libertad son de aplicación los límites previstos en los artículos 101.1 *in fine*, 102.1 *in fine*, 103.1 y 104.1 del Código Penal.

En este mismo sentido, el párrafo 2.º del artículo 8 LORPM incorpora una regla esencial de determinación de la medida imponible disponiendo que no podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad (internamiento cerrado, semiabierto y abierto, internamiento terapéutico y permanencia de fines de semana), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se hubiere

impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable conforme al Código Penal.

Esta limitación temporal debe ponerse en relación con el principio de proporcionalidad característico de la Justicia Juvenil, una de cuyas vertientes integra el principio de no discriminación sentado con carácter general en el artículo 2 de la Convención de Derechos del Niño (en adelante, CDN), y en particular, en relación con el Derecho Penal de adultos, respecto del que debe considerarse ley especial más favorable (arts. 37 y 40 CDC).

En tal sentido la núm. 9.1 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985, indica que ninguna disposición de las presentes Reglas podrá ser interpretada en el sentido de excluir a los menores del ámbito de la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas y de otros instrumentos y normas reconocidos por la comunidad internacional relativos al cuidado y protección de los jóvenes.

Entre estos últimos y en el ámbito de la salud mental debe citarse la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, cuyo artículo 14.1.b) impone a los Estados partes el deber de asegurar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, ...b) no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

Las pautas o criterios que ofrecen estos preceptos y disposiciones internacionales conducen a una doble conclusión: 1) El internamiento terapéutico como medida de seguridad sólo puede imponerse al menor absuelto por su inimputabilidad cuando los hechos que se le hubieren imputado fueran susceptibles de ser sancionados con medida privativa de libertad y por el tiempo máximo de ésta. 2) Por extensión natural del criterio de no discriminación del menor en relación con el adulto y del menor discapaz en relación con el capaz, no podrán imponerse al menor inimputable contenidos o condiciones de rigor –como podría ser el régimen cerrado del internamiento–, que no estén expresamente previstos en la medida que en concreto pudiera imponerse por los mismos hechos y en las mismas circunstancias bien al adulto, bien al menor que respectivamente hubieran sido declarados responsables conforme al CP o a la LORPM.

De ahí que el internamiento terapéutico, como medida de seguridad, sólo podrá imponerse en régimen cerrado a menores declarados plenamente inimputables, cuando los hechos realizados fueran incardinables en el artículo 9.2 LORPM.

Cuando se trata de menores a los que se declara imputables o semiimputables por concurrencia de eximente incompleta o atenuante analógica, la cuestión no permite dudas. Resultan plenamente operativos los límites del mismo artículo 9.2, en tanto el internamiento terapéutico no se configura en tales casos como medida de seguridad sino como medida sancionadora-educativa, fundada en la culpabilidad aunque esta se encuentre disminuida. Si no puede imponerse al menor imputable que hubiera sido declarado responsable de los mismos hechos un internamiento ordinario en régimen cerrado, los argumentos expuestos y en definitiva, la coherencia sistemática y la lógica impiden que pueda imponerse un internamiento terapéutico en régimen cerrado al menor declarado imputable o semiimputable.

IV. INAPLICABILIDAD AL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO CERRADO DE LOS PERÍODOS DE SEGURIDAD PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 10.1 B) Y 10.2 LORPM

Cabe plantearse si los periodos de seguridad previstos en los artículos 10.1.b) y 10.2 de la LORPM como pauta y contenido específico del internamiento en régimen cerrado, constituyen un aspecto del mismo compatible con las finalidades del internamiento terapéutico y por ende, de aplicación al mismo cuando se impone como cerrado.

Para desear esta cuestión han de tomarse en consideración ciertos presupuestos:

En primer lugar, la necesidad de ponderar a la hora de seleccionar el régimen concreto de internamiento terapéutico (abierto, semiabierto o cerrado), fundamentalmente los requerimientos terapéuticos específicos del caso, así como también otras circunstancias ajenas a finalidades retributivas, como son el riesgo de fuga o la necesidad de contención.

En segundo lugar, el hecho de que los periodos de seguridad en el cumplimiento de determinadas medidas de internamiento durante los cuales está vedada la modificación de la medida se compadecen mal cuando no se oponen abiertamente a la índole y finalidad de los tratamientos que integran la medida de internamiento terapéutico.

En tercer lugar, el ya invocado principio de no discriminación del menor en la Justicia Juvenil, siempre de carácter especial y favorable respecto del Derecho Penal de adultos que plasman los ya citados artículos 37 y 40 de la CDN y el párrafo 2.º del artículo 8 LORPM.

La Circular FGE 1/2009 sobre sustitución en el sistema de Justicia Juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento, señala que «... del espíritu de este precepto se infiere que si la duración de las medidas privativas de libertad no debe exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad para el mismo delito cometido por un adulto, con más razón estará prohibido imponer medidas privativas de libertad cuando el Código Penal no las prevea para los mismos hechos».

La misma orientación debe seguirse en la interpretación de condiciones de rigor de una medida (internamiento cerrado) como son los periodos de seguridad, no expresamente previstos en la medida de seguridad (internamiento terapéutico) que en concreto pudiera imponerse por los mismos hechos y en las mismas circunstancias a un adulto.

Así se desprende de la doctrina hasta ahora sentada por el Tribunal Constitucional.

La STC núm. 36/1991, de 14 de febrero ya se pronunció sobre «la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratare». La STC núm. 61/1998, de 17 de marzo declara que se infringe el principio de legalidad al imponerse a un menor la medida de cuatro meses de internamiento en centro semiabierto por una falta de hurto frustrada, restando validez a la fundamentación del Juzgado de Menores sobre «las necesidades del menor». Según el TC, «debe tomarse como referencia, no superable, la correspondiente sanción prevista en el CP».

Pues bien, en el ámbito del Derecho Penal de adultos, las posibilidades de cese y modificación de la medida de seguridad no están sujetas a período de seguridad alguno (art. 97 CP). El Reglamento Penitenciario establece un amplio margen tanto de actividades rehabilitadoras como de relaciones con el exterior en los artículos 189 y 190 centrados en los programas individuales de rehabilitación, con exclusión de periodos de seguridad.

En el Derecho comparado, sigue la misma tendencia la jurisprudencia italiana. La Corte Costituzionale italiana, en diversas sentencias, ha ido modificando la dureza inicial del Codice Rocco de 1930, al considerar inconstitucional la irrevocabilidad de la medida antes del vencimiento de su término de duración mínima (Sentencia n. 110 de 5 de abril de 1974), la obligación de revisiones periódicas de la situación de peligrosidad del afectado (Sentencias n. 139 de 27 de julio de 1982 y n. 249 de 15 de julio de 1983) y –parcialmente– los artículos 206 y 222 del Código Penal italiano en cuanto asumen la aplicación de las disposiciones del hospital psiquiátrico judicial a los menores de edad (Sentencia n. 324 de 14 julio de 1998). Finalmente, en la Sentencia núm. 253/2003 de 18 de julio de 2003 declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 222 del Código Penal italiano en la medida en que impedía la posibilidad de adoptar medidas de seguridad alternativas al internamiento en hospital psiquiátrico penitenciario cuando, previstas en la ley, resultaban «idóneas para asegurar la adecuada cura del enfermo mental y hacer frente a su peligrosidad social».

En consecuencia, no puede imponerse en su ámbito un régimen más severo que el paralelamente previsto en la legislación de adultos. Por tanto, las previsiones de los artículos 10.1.b) y 10.2 LORPM sobre periodos de seguridad del internamiento cerrado no deben considerarse aplicables al internamiento terapéutico en régimen cerrado.

V. POSIBILIDAD DE CUMPLIR EL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN RÉGIMEN CERRADO EN CENTRO PENITENCIARIO

No sería aplicable al internamiento terapéutico cerrado la posibilidad de cumplimiento en Centro Penitenciario una vez el ejecutoriado alcance los 18 o 21 años. El artículo 14 LORPM se refiere expresa y exclusivamente a la medida de internamiento en régimen cerrado como la susceptible, en las condiciones previstas en el propio precepto, de ser ejecutada en Centro Penitenciario.

Consiguientemente, no podrá continuar el cumplimiento de un internamiento terapéutico en régimen cerrado en un Centro Penitenciario, ni siquiera en una Unidad Psiquiátrica Penitenciaria. No cabe aquí sino recordar la conclusión XII.4.1.º de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006 conforme a la que el cumplimiento en Centro Penitenciario sólo podrá aplicarse ante medidas de internamiento en régimen cerrado, no siendo factible la remisión al Centro Penitenciario cuando quien alcanza 18 o 21 años cumpla otras medidas de internamiento (semiabierto, abierto, terapéutico o permanencias de fines de semana).

Esta interpretación concuerda plenamente con cuanto expone el Comité de los Derechos del Niño (UN) en los párrafos 85 y 86 de su Observación General núm. 10/2007 sobre los derechos del niño en la Justicia de Menores (CRC/C/GC/10 25 de abril de 2007) sobre la excepción contemplada en el párrafo c del artículo 37 CDN.

A juicio del Comité la disposición sobre que la separación deberá efectuarse, «a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño» debe interpretarse de forma restrictiva y que tal alusión no se refiere a lo que sea conveniente para los Estados Partes que tienen la obligación de crear centros separados para los menores privados de libertad, dotados de personal especializado y en los que se apliquen políticas y prácticas especiales a favor de los menores. La norma, como expresa también el citado Comité «no significa que un niño internado en un centro para menores deba ser trasladado a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los

18 años». Se estima que «debería poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro».

Todo ello lógicamente debe entenderse sin perjuicio de que el internamiento terapéutico en régimen cerrado (al igual que el semiabierto o abierto) pueda continuar cumpliéndose en el correspondiente centro de menores o sociosanitario aun cuando el ejecutoriado rebase los dieciocho o los veintiún años.

VI. ADMISIBILIDAD DE LA REGRESIÓN AL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO CERRADO

Se plantea también la posibilidad de aplicar la previsión del artículo 51.2 LORPM a los internamientos terapéuticos. Recordemos que este precepto permite al Juez de Menores cuando hubiera sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado si el menor evoluciona desfavorablemente.

Es el mecanismo al que la Circular 1/2007 denomina regresión al internamiento cerrado. Como expone esta Circular esta regla, pese a que habilita para volver a un régimen más estricto de ejecución, no plantea ningún problema desde el punto de vista del principio de legalidad en la ejecución, en tanto opera sobre la base de una medida de internamiento cerrado, cuya ejecución se ha visto *ex post facto* atemperada.

Pues bien, teniendo en cuenta la naturaleza de esta previsión legal, ningún obstáculo debe tener su traslación al internamiento terapéutico cerrado. Si una vez acordada la progresión a semiabierto o abierto se observa una evolución desfavorable y si las necesidades terapéuticas exigen una vuelta a un régimen de mayor contención, podrá acordarse la regresión.

Será conveniente en estos casos operar con las cautelas introducidas por la Circular 1/2007 de modo que los Sres. Fiscales, cuando informen favorablemente la conversión de un internamiento terapéutico cerrado en semiabierto o abierto, «interesen expresamente que la resolución que se dicte, caso de optar por la conversión, haga expresa referencia a que la misma podrá quedar sin efecto si la evolución no es favorable. Tal indicación, además del plus de certeza y seguridad jurídica que añade, supondrá sin duda un reforzamiento en la ejecución y servirá de poderosa advertencia al menor ejecutoriado para que mantenga su buena disposición en el cumplimiento de la medida».

Con esta habilitación se incentivan decisiones de progresión en el régimen de internamiento que, en otro caso, esto es, si no se reconoce la posibilidad de regresión, podrían postergarse. También desde el punto de vista terapéutico es conveniente, pues, que el Juez de Menores disponga de esta posibilidad.

VII. POSIBILIDAD DE SUSPENDER LAS ACTIVIDADES FUERA DEL CENTRO EN EL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN RÉGIMEN SEMIABIERTO

El internamiento terapéutico en régimen semiabierto se caracteriza por permitir a los menores sometidos a la medida realizar fuera del centro alguna o algunas de las

actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida.

Cabrá también en este caso la suspensión de actividades fuera del centro en atención a la evolución del menor y al cumplimiento de los objetivos previstos, pero tal suspensión, como recoge la conclusión XII.2.1 de la Circular 1/2007 exigirá una decisión motivada del Juez de Menores. Previa a la decisión, y pese al silencio del artículo 7.1.b) habrá de entenderse necesaria la audiencia del Fiscal y habrá igualmente de oírse al menor afectado. La decisión debe además fijar un plazo concreto de vigencia, aunque nada impide que agotado el primer plazo, pueda nuevamente renovarse la suspensión si la evolución lo justifica, decisión que exigirá en todo caso de nuevo la audiencia del Fiscal y del menor. Debe entenderse que también cabrá graduar el ámbito de la suspensión.

De nuevo, si la medida se ha impuesto a un menor amparado por una eximente, la suspensión de actividades deberá estar aconsejada desde una perspectiva terapéutica.

Por contra, si la medida se ha impuesto a un menor no amparado por una eximente, la suspensión podrá estar justificada por otras razones, tales como el mal comportamiento del menor durante las salidas.

VIII. CONVERSIÓN DEL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO SEMIABIERTO EN CERRADO

Distinta debe ser la respuesta a la pregunta de si cabría aplicar a los internamientos terapéuticos impuestos la previsión del inciso segundo del apartado segundo del artículo 51 LORPM, que establece que si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de Menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley.

La excepcionalidad de esta previsión, que supone una mutación *in peius* de la medida impuesta en la sentencia aconseja –odiosa *sunt restringenda*– limitar su aplicación a los internamientos ordinarios, que son los expresamente previstos por la Ley.

IX. COMPETENCIA PARA CONCEDER PERMISOS A LOS MENORES INTERNADOS

La práctica ha puesto de manifiesto discrepancias interpretativas acerca de la competencia para conceder permisos a menores internos en centros.

Desde luego, queda fuera de toda duda que corresponde al Juzgado de Menores la aprobación de los permisos de salida ordinarios, permisos de fin de semana, salidas programadas y permisos extraordinarios de menores sometidos a medidas cautelares o definitivas de internamiento en régimen cerrado.

También está fuera de toda duda que para la aprobación de los permisos de salida ordinarios, permisos de fin de semana, salidas programadas y permisos extraordinarios de menores sometidos a medidas cautelares o definitivas de internamiento en régimen semiabierto o abierto, la competencia se atribuye al Director del Centro de Internamiento o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

Las discrepancias surgen en relación con la aprobación de los permisos de salida ordinarios, permisos de fin de semana, salidas programadas y permisos extraordinarios de menores sometidos a medidas, cautelares o definitivas, de internamiento terapéutico.

Una interpretación literal de las previsiones del RLORPM puede llevar a la conclusión de que la aprobación de estos permisos y salidas corresponde igualmente al Juzgado de Menores.

En efecto, conforme al artículo 50.1 RLORPM las salidas, permisos y comunicaciones con el exterior de los menores sometidos a internamiento terapéutico se autorizarán, en el marco del programa individual de tratamiento, por el juez de menores en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley Orgánica 5/2000...

Sin embargo, antes de asumir sin más el contenido de esta disposición se hace preciso tomar en consideración un dato fundamental: el Reglamento, publicado en 2004, no ha sido reformado para adaptarlo a la LO 8/2006. Ha de indagarse, por tanto, si tal reforma debe irradiar efectos sobre el régimen de permisos y, en su caso, cuáles sean éstos.

De nuevo hay que partir del esquema general ya determinado: en todo lo que no sea incompatible con su naturaleza esencialmente terapéutica, el régimen jurídico de los internamientos terapéuticos en régimen cerrado, semiabierto y abierto se asimila, *mutatis mutandis*, al de los internamientos ordinarios en régimen cerrado, semiabierto y abierto.

En este contexto, la previsión reglamentaria de unificación del régimen jurídico de autorización de todos los permisos y salidas en el internamiento terapéutico ha de entenderse parcialmente modificada por la posterior reforma legislativa de 2006.

Deberán pues distinguirse el régimen de permisos y salidas en el internamiento terapéutico cerrado, respecto del que la previsión de autorización judicial sigue teniendo sentido, por asimilación al régimen del internamiento ordinario cerrado (la ratio común sería la de someter a control judicial las incidencias afectantes a las medidas más restrictivas); y el régimen de permisos y salidas en los internamientos terapéuticos en régimen semiabierto y abierto, respecto de los que ningún sentido tiene ya someterlos a autorización judicial, debiendo pues, entenderse que en estos casos la competencia se atribuye al Director del Centro de Internamiento o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

Mantener la necesidad en todo caso de autorización judicial supondría no dotar de eficacia a una norma posterior en el tiempo y superior en rango jerárquico.

X. REQUISITOS PARA CONCEDER PERMISOS

El desarrollo reglamentario de la regulación del internamiento terapéutico lo concibe como medida de seguridad *strictu sensu*, de contenido esencialmente terapéutico.

Por ello se establece un régimen de contactos con el exterior extraordinariamente flexible, sin sujeción a pautas predeterminadas ni a plazos. Las salidas y permisos se conectan con el abordaje terapéutico del ejecutoriado, de manera que deben entenderse inaplicables los requisitos contenidos en los artículos 45 a 48 RLORPM. El disfrute de estos permisos bascula, pues, sobre la evolución del menor y sus necesidades terapéuticas, plasmadas en el programa individual.

Por contrariar la esencia terapéutica de la medida, debe entenderse igualmente inaplicable al internamiento terapéutico en régimen cerrado el requisito de haber

cumplido un tercio de la medida para poder disfrutar de permisos. En estos casos, si el programa individualizado de ejecución de la medida considera conveniente desde la perspectiva terapéutica la concesión de estos permisos antes del transcurso del primer tercio de la medida, será admisible tal concesión.

Del mismo modo, a fin de salvaguardar el núcleo terapéutico de la medida, tampoco deberán entenderse aplicables los topes máximos de días de permiso.

Debe recordarse que conforme al punto 118 de la Recomendación (2008)¹¹ del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, adoptada en fecha 5 de noviembre de 2008, el tratamiento para los problemas de salud mental en tales centros deberá determinarse exclusivamente sobre bases médicas, deberá seguir los estándares nacionales reconocidos y prescritos para centros de salud mental y deberá estar regido por los principios contenidos en los instrumentos internacionales aplicables.

Por su parte, el punto 119 establece que en los centros de salud mental los estándares de seguridad... para menores infractores deberán estar determinados fundamentalmente sobre bases médicas.

Aplicar las disposiciones restrictivas de las salidas previstas para los internamientos ordinarios supondría una desnaturalización del carácter terapéutico de la medida.

XI. SUSPENSIÓN Y REVOCACIÓN DE PERMISOS DE SALIDA

El artículo 52 apartado primero RLORPM dispone que, cuando antes de iniciarse el disfrute de un permiso ordinario, de un permiso extraordinario o de las salidas a los que hacen referencia los artículos 45, 46, 47 y 48 se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión, la entidad pública podrá suspenderlos motivadamente. Si el permiso o la salida se hubiese autorizado por el juez de menores, la suspensión tendrá carácter provisional y se pondrá inmediatamente en conocimiento del juez para que resuelva lo que proceda.

A la hora de determinar la competencia para revocar, habrán de aplicarse *mutatis mutandis* los criterios expuestos más arriba, por lo que la regla será la de que en el internamiento terapéutico cerrado será necesaria la resolución judicial para la revocación de permisos, mientras que para la revocación en los internamientos terapéuticos en régimen semiabierto y abierto habrá de reconocerse competencia al Director del Centro de Internamiento o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

XII. MEDIOS DE CONTENCIÓN

Aunque el artículo 55 RLORPM no introduce ninguna especialidad cuando los medios de contención hayan de aplicarse en relación con menores que cumplen medidas de internamiento terapéutico por razones de salud mental, habrá de entenderse que, como regla general, la intervención deberá realizarse a través de profesionales sanitarios, que además habrán de realizar un seguimiento especialmente intenso cuando la medida aplicada se prolongue temporalmente.

XIII. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

El artículo 59.2 RLORPM declara con carácter general que el régimen disciplinario se aplicará a todos los menores que cumplan medidas de internamiento en régimen cerrado, abierto o semiabierto y terapéuticos, pero el apartado tercero de este mismo precepto exceptúa del régimen disciplinario a los menores a los que se haya impuesto una medida de internamiento terapéutico como consecuencia de una anomalía o alteración psíquica o de una alteración en la percepción que les impida comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a aquella comprensión, mientras se mantengan en tal estado.

Por tanto, sólo se prevén peculiaridades en el régimen disciplinario para menores inimputables por problemas de salud mental. Del artículo 59.3 RLORPM a sensu contrario cabe concluir que si la medida de internamiento terapéutico se ha impuesto por la dependencia del menor a bebidas alcohólicas, drogas o sustancias psicotrópicas, el ejecutoriado estará sometido al régimen disciplinario común sin especialidad alguna. Esto mismo será predicable respecto de otros menores a los que no se hayan apreciado eximentes o a los que sólo se hayan aplicado eximente incompleta o atenuante analógica.

Incluso en los casos exentos de sometimiento al régimen disciplinario, tal exención sólo se prolonga en tanto el ejecutoriado continúe imposibilitado en sus facultades intelectivas y/o volitivas. Sin embargo, esta disposición no precisa ni la competencia ni el procedimiento para decidir si el menor ejecutoriado se mantiene o no en tal estado.

Tal silencio deberá interpretarse en el sentido de que no se modifican las normas generales de competencia y procedimiento para imponer la sanción si bien en el propio expediente sancionador, como presupuesto ineludible, habrá de hacerse constar la superación de la anomalía o alteración psíquica.

Lógicamente, si la superación de la anomalía o alteración psíquica es total y permanente habrá necesariamente de promoverse la modificación de una medida que a todas luces ha dejado de ser adecuada a la situación del menor.

XIV. CENTROS DE EJECUCIÓN

Pese a que las medidas terapéuticas debieran tener un amplio campo en el ámbito de menores, en la práctica se constata un déficit de plazas de esta naturaleza.

Las Directrices de Riad declaran imprescindible la habilitación de fondos suficientes para proporcionar, instalaciones y personal que presten «servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, vivienda y otros servicios necesarios, en particular la prevención y tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol» (art. 45).

Por su parte, el punto 57 de la Recomendación (2008)¹¹ del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre tratamiento de menores sujetos a sanciones o medidas dispone que los menores que estén sufriendo enfermedad mental y que deban estar privados de libertad habrán de ser custodiados en instituciones de salud mental.

En el punto 60 se establece que los y las menores deberán ser internados con carácter general en centros separados o en unidades distintas dentro de un mismo

centro, pero que no necesitará aplicarse la separación en centros de protección o de salud mental.

Igualmente el CP en su artículo 101.1 da pautas abiertas al disponer el cumplimiento del internamiento psiquiátrico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie.

Al igual que hace la Recomendación (2008)¹¹ y el CP, también la LORPM introduce mecanismos flexibilizadores en cuanto al lugar de ejecución de las medidas de internamiento terapéutico.

Esta flexibilidad no puede amparar malas prácticas tales como ejecutar el internamiento terapéutico en centro semiabierto con seguimiento de terapia ambulatoria, pues ello supone desnaturalizar la medida y debilitar su potencialidad terapéutica. Debe exigirse que los centros estén atendidos por personal especializado y capacitado para prestar la asistencia terapéutica requerida (psiquiatras, psicólogos clínicos, etc.).

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/1993, de 16 de marzo, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, tratando de aportar soluciones a la escasez de plazas, establecía que si no hay específicos centros terapéuticos, bastarán los centros en que hay alguna Unidad en que se de acogida a los jóvenes, sin que sea imprescindible su autonomía.

Tal previsión debe quedar sin efecto, pues ya no tiene base legal: habrá de exigirse que para que pueda cumplirse una medida de internamiento terapéutico en un centro de internamiento ordinario, éste cuente al menos con una Unidad terapéutica autónoma.

En la línea flexibilizadora, el artículo 54.2 LORPM prevé que las medidas de internamiento podrán ejecutarse en centros socio-sanitarios cuando la medida impuesta así lo requiera, con autorización del Juez de Menores.

Desarrollando esta previsión, el artículo 27.4 RLORPM dispone que cuando la entidad pública, en atención al diagnóstico realizado por los facultativos correspondientes o a la evolución en la medida considere que lo más adecuado es el internamiento en un centro sociosanitario, lo solicitará al juez de menores.

Por tanto se posibilita la ejecución en centros que no sean específicamente centros del Sistema de Justicia Juvenil, previa autorización judicial, que lógicamente estará subordinada a la comprobación de que el centro designado sea adecuado para el cumplimiento de los fines terapéuticos de la medida. Sin embargo, no desarrolla el precepto cómo ha de realizarse el control o seguimiento judicial de la ejecución de la medida.

Tanto si la medida se desarrolla en centros específicos como en centros de la red general sociosanitaria, pesa sobre el Fiscal un deber general de inspección cuya realización práctica se orienta en el Protocolo de actuaciones del Fiscal en las visitas de inspección a los Centros de Reforma de Menores, aprobado por el Fiscal General del Estado el 5 de febrero de 2009, básicamente incorporado a la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unificación de la actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Responsabilidad Penal de los Menores.

Respecto a los centros sociosanitarios de la red general, el Protocolo y Circular consideran conveniente que los Sres. Fiscales visiten estos centros en caso de que algún menor se encuentre ingresado en los mismos y que, si en el curso de las visitas de inspección a centros de internamiento ordinarios se detecta que un menor interno precisa de un tratamiento médico, psicológico o de educación especial que por sus características no pueda ser prestado en el centro de menores ordinario, se promoverá

ante el Juez de Menores su traslado al centro sociosanitario que mejor se acomode a sus necesidades.

Se expresa también la necesidad de comprobar que, si alguno de los menores internos sufren este tipo de patologías, reciban asistencia y tratamientos adecuados, cualquiera que sea la naturaleza del Centro en el que permanezcan internados y sin perjuicio, en su caso, de promover la correspondiente modificación de la medida impuesta, para asegurar que la misma se amolda al superior interés del menor.

XV. OTRAS CUESTIONES EN ORDEN A LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO

La medida de internamiento terapéutico tiene en su ejecución preferencia sobre cualquier otra medida, en tanto los presupuestos de su imposición y la especificidad de su contenido y finalidad justifican que se ejecute en primer lugar. Las otras medidas que se hubieran impuesto al menor en la misma o en diferentes causas deben quedar en suspenso hasta la finalización de ésta, sin perjuicio de las posibilidades del Juez, conforme al artículo 13 LORPM, de sustituir, modificar o cancelar las demás medidas teniendo especialmente en cuenta los resultados del tratamiento.

En relación con la refundición de medidas de internamiento de distintas clases habrá de estarse a las previsiones del epígrafe III.7.3.3.3 de la Circular 1/2007.

También debe recordarse que conforme a la Circular 9/2011 «en el caso de que como consecuencia de una visita de inspección se detecte la enajenación sobrevenida de un menor interno, deberá interesarse la suspensión de la ejecución de la medida que se impuso partiendo de que el menor era imputable (disposición final 1.ª LORPM en relación con el artículo 60 CP). En su caso, podrá promoverse no solamente la suspensión de la medida en ejecución sino también la sustitución por una medida terapéutica de internamiento o tratamiento ambulatorio siempre con los requisitos y límites previstos en los artículos 13 y 51 LORPM y supletoriamente en el artículo 60.1 CP».

Esta misma Circular establece la necesidad de visitar estos centros al menos dos veces al año por Fiscales de la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial en que radiquen.

Habrán los Sres. Fiscales de hacer un exhaustivo seguimiento en la ejecución de la medida de internamiento terapéutico para evitar prolongaciones indebidas pues desde el momento en que, conforme a criterios médico-psiquiátricos, no sea recomendable la continuación del internamiento, éste deberá alzarse, ya pura y simplemente, ya mediante su sustitución por una medida de tratamiento ambulatorio si se apreció en la sentencia inimputabilidad, o por otra medida distinta de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 LORPM, si no se apreció una eximente.

La flexibilidad en la ejecución, consustancial al Derecho Penal Juvenil y decididamente asumida en la LORPM (arts. 13 y 51) debe entenderse intensificada cuando la medida que se ejecuta es el internamiento terapéutico, no sólo por aplicación directa de los reseñados preceptos, sino por la aplicación supletoria de la regulación del CP que prevé en su artículo 97 el cese de la medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto, la sustitución de la medida de seguridad por otra que estime más adecuada o la suspensión de la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación. Tal consecuencia es lógico corolario de la previsión que como pósito de todo el sistema de medidas de seguridad se contiene en el artículo 6.2 CP las medidas de seguridad no pueden... exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

Igualmente, como se establece en el epígrafe VIII. 5 de la Circular 9/2011, «ha de velarse por que la medida de internamiento terapéutico no quede desnaturalizada en su ejecución a través de la utilización de otro tipo de medidas que no respeten su esencia. A tales efectos, habrá de analizarse el programa individualizado de ejecución, que deberá contener un programa de tratamiento de la problemática objeto del internamiento, con las pautas sociosanitarias recomendadas y, en su caso, los controles para garantizar el seguimiento, conforme a las previsiones del artículo 27 del RLORPM».

XVI. CONCLUSIONES

1.º Si no concurre peligrosidad, la absolución del inimputable menor de edad no debe llevar aparejada la imposición de un internamiento terapéutico, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse desde el área de Protección de Menores.

2.º Estas medidas terapéuticas (internamiento o tratamiento ambulatorio) pueden aplicarse a los menores que las necesiten, aunque su enfermedad o adicción no haya determinado supresión o disminución de su imputabilidad, con los límites derivados de los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación.

3.º El internamiento terapéutico, en tanto tiene la consideración legal de medida privativa de libertad, no podrá exceder en su duración del tiempo ni comportar mayor rigor que los inherentes a la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable.

4.º Cuando el internamiento terapéutico se imponga como consecuencia de la aplicación de una eximente, a la hora de seleccionar un régimen concreto, esto es, cerrado, semiabierto o abierto, habrán de valorarse circunstancias ajenas a las retributivas, tales como el riesgo de fuga, la necesidad de contención, o los requerimientos terapéuticos específicos.

5.º El internamiento terapéutico sólo podrá imponerse en régimen cerrado cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 9.2 LORPM (hechos tipificados como delito grave, hechos tipificados como delito menos grave cometidos con violencia, intimidación o grave riesgo, hechos cometidos en grupo o por banda).

6.º Las previsiones de los artículos 10.1 b) y 10.2 LORPM sobre periodos de seguridad del internamiento cerrado no deben considerarse aplicables al internamiento terapéutico en régimen cerrado.

7.º El internamiento terapéutico en régimen cerrado no podrá ejecutarse en un Centro Penitenciario, ni siquiera en una Unidad Psiquiátrica Penitenciaria.

8.º Es aplicable a los internamientos terapéuticos la previsión del artículo 51.2 inciso primero LORPM, por lo que puede el Juez de Menores cuando hubiera sustituido la medida de internamiento terapéutico en régimen cerrado por la de internamiento terapéutico en régimen semiabierto o abierto, dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento terapéutico en régimen cerrado si el menor evoluciona desfavorablemente.

9.º En el internamiento terapéutico en régimen semiabierto cabrá acordar la suspensión de actividades fuera del centro en atención a la evolución del menor y al cumplimiento de los objetivos previstos. Si la medida se ha impuesto a un menor amparado por una eximente, la suspensión de actividades deberá estar aconsejada desde una perspectiva terapéutica.

10.º No cabe aplicar a los internamientos terapéuticos semiabiertos impuestos en sentencia la previsión del inciso segundo del apartado segundo del artículo 51 LORPM (sustitución por la medida de internamiento en régimen cerrado).

11.º Los permisos y salidas en el internamiento terapéutico cerrado deben ser autorizados por el Juez de Menores.

Los permisos y salidas en el internamiento terapéutico semiabierto y abierto pueden ser autorizados por Director del Centro de Internamiento o el órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

12.º Debe entenderse no aplicable al internamiento terapéutico en régimen cerrado el requisito de haber cumplido un tercio de la medida para poder conceder permisos.

En estos casos, si el programa individualizado de ejecución de la medida considera conveniente desde la perspectiva terapéutica la posibilidad de conceder estos permisos antes del transcurso del primer tercio de la medida, será admisible tal concesión.

Del mismo modo, a fin de salvaguardar el núcleo terapéutico de la medida, tampoco deberán entenderse aplicables los topes máximos de días de permiso.

13.º En el internamiento terapéutico cerrado será necesaria la resolución judicial para la revocación de permisos, mientras que para la revocación en los internamientos terapéuticos en régimen semiabierto y abierto habrá de reconocerse competencia al Director del Centro de Internamiento o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

14.º Cuando los medios de contención hayan de aplicarse en relación con menores que cumplen medidas de internamiento terapéutico por razones de salud mental, habrá de entenderse que como regla general deberá preservarse la intervención a través de profesionales sanitarios.

15.º Para aplicar el régimen disciplinario a menores a los que se haya impuesto una medida de internamiento terapéutico como consecuencia de una anomalía o alteración psíquica o de una alteración en la percepción será necesario que en el propio expediente quede constancia de que ya han superado las circunstancias que les impedían comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a aquella comprensión.

16.º Para cumplir una medida de internamiento terapéutico en un centro de internamiento ordinario, éste deberá contar con una Unidad terapéutica autónoma. La posibilidad de ejecutar la medida en centros socio-sanitarios, previa autorización judicial, estará subordinada a la comprobación de que el centro designado sea adecuado para el cumplimiento de los fines terapéuticos de la medida.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

CIRCULAR 4/2013 SOBRE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

SUMARIO: I. Introducción.–I.1 Doctrina de la Fiscalía General del Estado.
I.2 Régimen jurídico y denominación de las diligencias.–I.3 Principios generales.–II. Recepción de la *notitia criminis*.–III. Práctica de diligencias.
III.1 Toma de declaración del investigado. III.2 Otras diligencias.

III.2.1 Ruedas y reconocimientos fotográficos. III.-2.2 Declaraciones testificales. III.2.3 Inspecciones oculares. III.2.4 Diligencias limitativas del derecho a la intimidad. III.2.5 Exhumación de cadáveres. III.2.6 Investigaciones patrimoniales. III.2.7 Entregas vigiladas. III.2.8 Autorización de la técnica del agente encubierto. III.2.9 Acceso a la información de los registros oficiales. III.3 Diligencias cuya práctica está vedada al Fiscal. III.3.1 Entradas y registros. III.3.2 Comunicaciones telefónicas.–IV. Posibilidad de declaración del secreto de las actuaciones.–V. Adopción de medidas cautelares.–VI. Diligencias a instancias del investigado.–VII. Principio de proporcionalidad: plazo máximo y prórrogas.–VIII. Conclusión de las diligencias. VIII.1 Principios generales. VIII.2 Conclusión tras la práctica de diligencias. VIII.2.1 Archivo. VIII.2.2 Formulación de denuncia o presentación de querrela. VIII.4 Remisión de testimonio a autoridades administrativas.–IX. Recursos. IX.1 Recursos contra resoluciones del Juzgado de Instrucción. IX.2 Recursos contra resoluciones del Fiscal.–X. Valor de las diligencias practicadas por el Fiscal.–XI. Personación de perjudicados y ofendidos.–XII. Cuestiones sobre competencia. XII.1 Cuestiones generales. XII.2 Competencia de los Fiscales Superiores.–XIII. Aforados.–XIV. Diligencias de investigación y tutela de víctimas.–XV. Auxilios Fiscales.–XVI. Aspectos Accesorios.–XVII. Tratamiento de las solicitudes de copia de las actuaciones.–XVIII. Diligencias de investigación y relaciones con los medios de comunicación.–XIX. Diligencias de investigación y cooperación jurídica internacional.–XX. Diligencias pre-procesales en ámbitos no penales.–XXI. Conclusiones.

Diligencias de investigación del fiscal. Concepto y ámbito. Actuaciones previas para investigar si un hecho tiene relevancia penal, que no precisan del aval del Secretario Judicial. Recepción de la notitia criminis por denuncia, tanto de particulares como de organismos o instituciones públicas, por remisión de atestado o por directo conocimiento del Fiscal. Especial referencia a las denuncias anónimas. Incoación de las diligencias mediante decreto de apertura. Contenido. Diligencias que el fiscal puede practicar u ordenar. Diligencias cuya práctica está vedada al Fiscal. Principio de proporcionalidad: plazo máximo –6 meses– y prórrogas. Facultad de instar la práctica de diligencias en descargo del investigado. Resolución de las diligencias. Su conclusión debe realizarse por decreto motivado, tanto cuando se acuerde el archivo como cuando se decrete la presentación de denuncia o querrela. La decisión de archivo en ningún caso podrá equipararse ni en su naturaleza ni en sus efectos jurídicos a la decisión de sobreseimiento del Juez de Instrucción. Irrecurribilidad de las resoluciones del fiscal. Valor de las diligencias del fiscal. Es superior a las practicadas por la Policía Judicial en el atestado, aunque no alcanzan el de las practicadas por el Juez de Instrucción asistido del Secretario Judicial. Deber de notificar la resolución a perjudicados y ofendidos, hayan sido o no denunciantes. Una vez judicializadas las investigaciones y personadas en forma, podrán intervenir en las diligencias y será preceptivo el ofrecimiento de acciones (art. 776 LECrim). Si, por el contrario, el Fiscal acuerda el archivo, podrán reproducir su denuncia ante el Juez de Instrucción. Posibilidad de adoptar medidas en protección de víctimas y testigos en el curso de sus diligencias de investigación. Cuestiones de competencia.

INSTRUCCIONES

INSTRUCCIÓN 1/2013, DE 23 DE JULIO DE 2013, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, SOBRE INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL PROCESO CONCURSAL

SUMARIO: I. Introducción.–II. Aspectos funcionales. II.1 Ideas generales. II.2 Formación de la sección sexta. II.3 Contenido del dictamen del Fiscal. II.4 Los motivos de culpabilidad. II.5 Procedimiento. II.6 Sentencia. II.7 Otros efectos de la calificación concursal: la cobertura del déficit concursal. II.8 Deducción de testimonio. II.9 Especialidades en casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad. II.10 Medidas cautelares.–III. Aspectos orgánicos.–IV. Conclusiones.

Pautas de intervención del MF en el procedimiento concursal. Facultades en relación con la pieza de calificación del concurso y formación de la sección (6.ª) de calificación. Absoluta autonomía entre la jurisdicción civil y la penal a la hora de calificar jurídicamente el concurso. Emisión del dictamen y requisitos mínimos: plazo, contenido, razonamiento y documentación sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Especificidades en el dictamen cuando el concurso sea calificado como culpable. Sentencia y efectos de la calificación del concurso. Deducción de testimonio si al estudiar las actuaciones se considera que los hechos pueden tener trascendencia penal y actuaciones específicas del MF en el ámbito del proceso penal para con los acreedores. Medidas cautelares. Aspectos orgánicos y competenciales. Como regla general, se atribuye el despacho del dictamen en estas piezas a los Fiscales asignados a las Secciones de lo Civil, debiendo actuar en coordinación con los Fiscales de las Secciones de Delitos Económicos. Excepcionalmente, a las Secciones de Delitos Económicos, poniéndolo en conocimiento de la Fiscalía General del Estado. El Fiscal Jefe de la Sala de lo Civil del TS como Fiscal de Sala Delegado del Fiscal General coordinará la intervención de los Fiscales en los procedimientos concursales, incluso cuando se asignen estas funciones a las Secciones de Delitos Económicos.

INSTRUCCIÓN 2/2013, SOBRE ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A ASOCIACIONES PROMOTORAS DEL CONSUMO DE CANNABIS

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión con referencia al marco normativo del derecho de asociación.–II. Posición del Fiscal en el expediente administrativo de inscripción de asociaciones entre cuyas finalidades figure el cultivo de cannabis.–III. El régimen de fiscalización sobre el cultivo de cannabis y la relevancia penal o administrativa de esta actividad.–IV. Los límites del derecho de asociación. Análisis de la entidad jurídico-penal de la actividad declarada en los Estatutos de las asociaciones y averiguación de la efectivamente realizada.–V. Asociación y organización criminal.–IV. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN CON REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

El derecho fundamental de asociación, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en lo sucesivo LODA), estableciendo un régimen general de este derecho compatible con la normativa especial de las modalidades asociativas específicas con relevancia constitucional –partidos políticos (art. 6 CE), sindicatos (arts. 7 y 28 CE), confesiones religiosas (art. 16 CE), asociaciones de consumidores y usuarios (art. 51 CE) y organizaciones profesionales (art. 52).

El ámbito de la LODA está limitado a las asociaciones sin fin de lucro, quedando al margen de la misma las sociedades, corporaciones, comunidades, cooperativas o mutualidades, cuyas naturalezas no responden a esta esencia asociativa, sin perjuicio de que les sea de aplicación en aspectos tangenciales en que estas entidades contemplen derechos asociativos que no tengan carácter patrimonial.

El derecho de asociación se desarrolla en la LODA bajo los principios de libertad en la constitución de asociaciones y voluntariedad en la pertenencia a las mismas, sin perjuicio de las condiciones que para su ejercicio establece la legislación vigente. Se otorga a las asociaciones personalidad jurídica con plena capacidad de obrar, destacando en este aspecto la posibilidad de establecer su propia organización a través de sus estatutos, así como su inscripción registral.

En desarrollo de este último aspecto, mediante RD 1497/2003, de 28 de noviembre, se aprobó el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones (en lo sucesivo RRNA), en el que se establece que el Registro Nacional de Asociaciones estará bajo la dependencia orgánica del Ministerio del Interior, radicará en Madrid y tendrá carácter unitario para todo el territorio del Estado (art. 29 RRNA).

En el ámbito competencial de las respectivas Comunidades Autónomas también existen registros autonómicos de asociaciones, estableciéndose en el artículo 50 RRNA la obligación de éstos de comunicar al Registro Nacional de Asociaciones los asientos de inscripción y disolución de las asociaciones de su territorio.

La inscripción registral de las asociaciones tiene carácter meramente declarativo (art. 10.2 LODA), toda vez que para su constitución se requiere únicamente un acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, formalizado mediante un acta fundacional, en documento público o privado. Sin embargo, se establecen ciertos efectos de la inscripción sobre el régimen de responsabilidad de las asociaciones. La falta de inscripción de las asociaciones tiene como consecuencia la atribución personal y solidaria a sus promotores de la responsabilidad por las obligaciones contraídas con terceros (art. 10 LODA).

Al amparo del expresado marco normativo se están constituyendo numerosas asociaciones cuya finalidad u objeto declarado en los Estatutos es promover el consumo de cannabis mediante el cultivo y la distribución de esta sustancia entre sus socios.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 RRNA, estas asociaciones vienen presentando sus Estatutos y demás documentación precisa para su inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones o en los registros creados en las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes reguladoras del derecho de asociación en sus territorios.

Los órganos administrativos encargados de la gestión de los diferentes registros que reciben solicitudes de inscripción de asociaciones han de dar traslado al Ministe-

rio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente de la documentación presentada al efecto, en los supuestos en que aprecien indicios de ilicitud penal en la constitución (párrafo 1.º) o en la propia actividad (párrafo 2.º) de la asociación, toda vez que el apartado cuarto del artículo 30 LODA, establece que cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la entidad asociativa, por el órgano competente se dictará resolución motivada, dándose traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada, quedando suspendido el procedimiento administrativo hasta tanto recaiga resolución judicial firme.

Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de la entidad asociativa, el órgano competente dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada.

La presente instrucción pretende unificar el criterio de los órganos del Ministerio Fiscal ante la recepción de estos traslados o comunicaciones, establecer las actuaciones que deben realizarse para concretar la entidad jurídico-penal de la actividad de estas asociaciones promotoras del cultivo y consumo del cannabis, así como las pautas interpretativas sobre la procedencia del ejercicio de las acciones penales y demás funciones encomendadas en los apartados 4 y 5 del artículo 3 EOMF y artículo 105 LECrim.

II. POSICIÓN DEL FISCAL EN EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE INSCRIPCIÓN DE ASOCIACIONES ENTRE CUYAS FINALIDADES FIGURE EL CULTIVO DE CANNABIS

Los Estatutos deben describir de forma precisa los fines y actividades de la asociación (art. 7.1.d LODA).

En virtud de lo dispuesto en el expresado apartado cuarto del artículo 30 LODA, cuando los Estatutos declaren que la finalidad u objeto de la asociación es la promoción del consumo de cannabis mediante el cultivo y la distribución de esta sustancia entre sus socios, el Registro Nacional de Asociaciones así como, en su caso, los Registros Autonómicos de Asociaciones suelen apreciar indicios racionales de ilicitud penal y trasladar las solicitudes de inscripción de las asociaciones a la Fiscalía General del Estado o al órgano del Ministerio Fiscal correspondiente al respectivo territorio.

Esta comunicación del Registro en cumplimiento de la transcrita disposición constituye formalmente una denuncia, a la que deberá darse el curso procesal correspondiente (art. 269 LECrim).

En su virtud, los Sres. Fiscales, una vez recibida la documentación expresada en el artículo 30.4 LODA, deberán, mediante la incoación de las diligencias de investigación penal que autoriza el artículo 5 EOMF, constatar la entidad jurídico penal de la actividad efectivamente realizada por la asociación solicitante.

La posición del Fiscal en el expediente administrativo es muy limitada. No evacua informe previo sobre legalidad o ilegalidad, ni tampoco ha de informar sobre la procedencia o improcedencia de la inscripción por defectos formales o por otras causas. Los Sres. Fiscales se deberán ceñirse simplemente a acusar recibo del expediente con indicación de los datos de identificación de las diligencias de investigación incoadas al efecto.

III. EL RÉGIMEN DE FISCALIZACIÓN SOBRE EL CULTIVO DE CANNABIS Y LA RELEVANCIA PENAL O ADMINISTRATIVA DE ESTA ACTIVIDAD

Con los términos de cannabis o marihuana, entre otros muchos, se conoce a la planta que contiene diversas sustancias psicoactivas denominadas cannabinoides (principalmente THC o tetrahidrocannabinol).

El cannabis es una sustancia estupefaciente sometida a fiscalización internacional, estando incluidas tanto la planta, como su resina, extractos y tinturas en la lista I de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, en cuyo artículo primero se establece que se entiende por «cannabis» las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe.

La Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el Convenio Único de 1961 sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, atribuye al Estado el almacenamiento y distribución de los productos estupefacientes para los laboratorios, oficinas de farmacia, hospitales y centros distribuidores autorizados para la fabricación de medicamentos o fórmulas magistrales.

La fiscalización de estas sustancias supone que ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción (...), ni aún con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización (art. 8.1 Ley 17/1967).

El artículo 22 de la expresada Ley 17/1967, dispone que no se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados. Dicha Ley establece un régimen de sanciones administrativas respecto del incumplimiento de sus normas, sin perjuicio de que la infracción pueda ser constitutiva de delito.

En definitiva, en todo caso se requiere autorización administrativa para el cultivo de cannabis, cuya competencia el artículo 5 de la Ley 17/1967 la atribuía al Servicio de Control de Estupefacientes, así como para la intervención, vigilancia y control de cosechas, almacenamiento, depósito, producción y fabricación de productos o sustancias estupefacientes y sus primeras materias. En la actualidad, el apartado 27 del artículo 7 del Estatuto de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, aprobado por Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, establece entre las competencias de este organismo la de desarrollar las funciones y responsabilidades estatales de inspección y control en materia de tráfico y uso lícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Por tanto, en ningún caso es lícito el cultivo de cannabis sin autorización administrativa, aunque sea para uso privado. Por el contrario, dicha actividad será constitutiva de delito contra la salud pública o, en su defecto, de infracción administrativa (arts. 32 y 33 Ley 17/1967).

Tampoco es lícita la tenencia de cannabis aunque no esté preordenada a la transmisión a terceros, toda vez el artículo 25 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, sanciona tal conducta como infracción grave, estableciéndose en el artículo 29 la procedencia de su incautación inmediata.

En su virtud, cuando los Sres. Fiscales no aprecien entidad penal en el ámbito de sus propias diligencias o en el de las realizadas por los órganos jurisdiccionales respecto de actividades de cultivo de dicha planta, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la correspondiente Subdelegación del Gobierno, a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.

Dichas actividades de cultivo de la sustancia estupefaciente podrán tener relevancia penal cuando estén pre-ordenadas a su distribución entre terceras personas, incluyendo en este concepto la difusión entre los integrantes de la asociación investigada.

Sin embargo, la cuestión sobre la relevancia penal de la posesión de drogas presenta un amplio ámbito de interpretación, toda vez que los términos en los que aparece redactado el tipo básico del delito de tráfico de drogas en el artículo 368 de Código Penal, como delito de peligro abstracto, castigando a los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, determina que los límites de la ilicitud penal en estos casos sean muy sutiles.

Desde una perspectiva basada en la interpretación literal de la norma (art. 368) cualquier conducta (de otro modo) tendente a favorecer el consumo de drogas por terceros incurriría en el tipo penal. Sin embargo, el fenómeno de las drogas tiene numerosas implicaciones, afectando a diversos ámbitos sociales y sanitarios, entre otros.

Por ello el propio Tribunal Supremo ha adoptado fórmulas interpretativas en las que ha tenido en cuenta estas circunstancias, delimitando el rigor del tipo penal y estableciendo como supuestos de atipicidad: el consumo compartido entre toxicómanos (o autoconsumo plural en terminología de la STS núm. 1102/2003, de 23 de julio, también STSS núm. 1105/2003, de 24 de julio; 1254/2006, de 12 de diciembre; 1081/2009, de 3 de abril; 357/2009, de 3 de abril; 171/2010, de 10 de marzo), la entrega gratuita de mínimas cantidades de droga a individuos toxicómanos por personas allegadas (SSTS núm. 527/1998, de 15 de abril; 905/1998, de 20 de Julio; 789/1999, de 14 de mayo; 1653/2001, de 16 Julio; 887/2003, de 13 de junio), el tráfico con pequeñas cantidades (Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003 y de 3 de febrero de 2005), de manera que si la droga objeto de tráfico no supera las cantidades establecidas como dosis psicoactiva, no se rellena el contenido de la tipicidad (STS núm. 1913/2009, de 18 de marzo, FJ 1.º en otras muchas).

En relación con el autoconsumo compartido de drogas, las pautas sentadas por la jurisprudencia (*vid.* SSTS núm. 888/2012, de 22 de noviembre, 669/2012 de 25 de julio, 171/2010, de 10 de marzo entre otras) exigen para la falta de relevancia penal de esta conducta los siguientes requisitos: a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, interpretándose «adicto» también como consumidor de fin de semana. b) El consumo de drogas ha de realizarse en lugar cerrado. c) La cantidad de droga ha de ser insignificante como correspondiente a un normal y esporádico consumo. d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, perfectamente identificables por su número y condiciones personales, por lo que han de ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales. e) Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas.

Las conductas de producción o cultivo de cannabis para su ulterior distribución entre los miembros de la asociación puede no encajar dentro de estos límites tan estrechos y entrar en el ámbito de las que se tipifican en los artículos 368 y siguientes. En estos casos los Sres. Fiscales habrán de promover las correspondientes acciones penales.

IV. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN. ANÁLISIS DE LA ENTIDAD JURÍDICO-PENAL DE LA ACTIVIDAD DECLARADA EN LOS ESTATUTOS Y AVERIGUACIÓN DE LA EFECTIVAMENTE REALIZADA

No ofrece ninguna duda que el límite infranqueable de protección del derecho de asociación lo constituye la ilicitud penal de sus objetivos o finalidades.

En este sentido podría plantearse si la actividad de los promotores que pretenden la inscripción de una asociación entre cuyas finalidades figure el cultivo y consumo compartido entre los socios, pudiera incurrir en la conducta tipificada en el artículo 515.1 CP, que define como asociaciones ilícitas las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión (...).

Interpretando este precepto, la jurisprudencia ha considerado que no se consuma cuando en el desenvolvimiento de su actividad se cometen determinadas infracciones, sino que desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, bastando con que se acredite alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción (STS núm. 290/2010, de 31 de marzo). La última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución se encuentra en que la actuación sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal (SSTS núm. 765/2009, de 9 de julio; 1086/2001, de 8 de junio).

La simple actividad realizada por los promotores en las fases iniciales de constitución de la asociación, consistente en plasmar en los Estatutos presentados para inscripción registral su objetivo de cultivar cannabis, no colma el tipo de delito de asociación ilícita, que precisaría de otros actos externos relacionados con la finalidad delictiva, como la captación de nuevos miembros, la preparación o ejecución de acciones concretas.

No obstante, conviene precisar que, como se ha indicado *ut supra*, la publicidad constituye el principal efecto jurídico de la solicitud de inscripción de una asociación. Su constitución tiene que haberse producido previamente, por lo que es posible que antes de dicha solicitud de inscripción ya se hayan materializado sus actividades.

Por ello, los Sres. Fiscales en el ámbito de las diligencias de investigación incoadas al efecto deberán practicar las actuaciones necesarias para constatar si la proclamación estatutaria de cultivo de cannabis se ha materializado mediante la actividad efectivamente realizada por las asociaciones que, a través del trámite indicado, pretenden su inscripción en alguno de los registros de asociaciones.

Obviamente cabe decretar directamente el archivo de dichas diligencias cuando los fines o actividades expresadas en los Estatutos se refieran a iniciativas para modificar la legislación vigente en aras de la denominada «legalización» o «despenalización» del tráfico de drogas, así como aquellas relacionadas con la divulgación científica como son los estudios sobre el cannabis o similares, las cuales suponen manifestaciones de la libertad de expresión o del derecho de asociación constitucionalmente protegidos.

Cuando del contenido de los Estatutos se deduzca un objeto o finalidad que pueda tener relevancia penal, los Sres. Fiscales deberán practicar las actuaciones que estimen necesarias, directamente o a través de la policía judicial, dirigidas a la concreción de la actividad realizada por la asociación y a su valoración jurídico penal.

Aunque se presenten diversas solicitudes a la vez, dichas diligencias de investigación penal se incoarán individualizadamente, una por cada asociación.

En los supuestos en los que la asociación efectivamente haya realizado alguna actividad relativa al cultivo de cannabis, se deberá valorar si los hechos y demás circunstancias concurrentes son irrelevantes penalmente o si constituyen alguno de los supuestos tipificados como delitos de tráfico de drogas.

Si del resultado de las diligencias de investigación no deducen elementos acreditativos de que los miembros de la asociación han pasado de la mera ideación a la ejecución realizando actividades relativa al cultivo o distribución del cannabis, se deberá estimar que por desistimiento voluntario (art. 16.2 CP) u otras circunstancias, no se

han superado las barreras de protección que establece el Derecho punitivo. Por tanto, procederá el archivo de las diligencias de investigación incoadas al efecto, haciendo constar expresamente en el correspondiente decreto que tal resolución está referida exclusivamente a las actuaciones realizadas en relación con la solicitud de inscripción registral de la asociación y que cualquier actividad ulterior de cultivo o distribución de cannabis podrá dar lugar a nuevas actuaciones de carácter penal.

En los supuestos en que del resultado de la diligencias de investigación o de las realizadas por los órganos jurisdiccionales se evidencien actividades de cultivo de cannabis, pero en atención a las circunstancias concurrentes los Sres. Fiscales no aprecien entidad penal en tales conductas, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la Subdelegación del Gobierno de la provincia, a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.

Los decretos que concluyan las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal deberán notificarse al organismo denunciante y a la asociación investigada.

En todo caso, los Sres. Fiscales procurarán que estas diligencias se practiquen con la mayor celeridad, toda vez que hasta que no se produzca resolución judicial firme se encuentra en suspenso la solicitud de inscripción registral.

V. ASOCIACIÓN Y ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Hay que tener en cuenta que detrás de la apariencia jurídica de algunas asociaciones se pueden ocultar auténticas organizaciones o grupos dedicados a la distribución de drogas, utilizando la cuota social como contraprestación de la sustancia que se recibe de la asociación o realizando cualquier otra conducta de similar entidad.

Cuando se acredite que dicho revestimiento jurídico es utilizado para disimular la efectiva realización de delitos de tráfico de drogas podrá ser de aplicación la tipicidad de organización o grupo criminal, definidas en los artículos 570 bis y ter CP, a cuyo tenor, la agrupación formada por dos o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, ha de ser considerado como organización criminal (art. 570 bis CP) o grupo criminal en el caso de que dicha agrupación no reúna alguna o alguna de las características de la organización criminal (art. 570 ter CP).

Los supuestos concursales que se produzcan deberán ser resueltos conforme al principio de alternatividad establecido en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 570 quáter y artículo 8.4.^ª CP. Las Circulares de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales y núm. 3/2011, sobre la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y de precursores, se refieren a diversas cuestiones jurídicas derivadas de estos supuestos.

IV. CONCLUSIONES

Primera. El traslado de la documentación al Ministerio Fiscal establecido en el apartado cuarto del artículo 30 LODA, tiene el carácter legal de denuncia, a la que deberá darse el curso procesal correspondiente (art. 269 LECRIM).

Segunda. Recibida la documentación a la que se refiere la conclusión anterior, los Sres. Fiscales incoarán diligencias de investigación penal (art. 5 EOMF), dirigidas a concretar la efectiva actividad de la asociación solicitante de inscripción registral. Estas diligencias se incoarán individualizadamente, una por cada asociación.

Tercera. La actuación del Ministerio Fiscal en el expediente administrativo de inscripción registral de asociaciones se ciñe a acusar recibo de la denuncia haciendo constar los datos de identificación de las diligencias de investigación incoadas.

Cuarta. Si la asociación estuviera realizando actividades de cultivo de cannabis y distribución entre sus socios deberán realizarse las actuaciones complementarias que se estimen procedentes conducentes a la presentación de denuncia o querrela ante el órgano jurisdiccional competente, siempre que se sobrepasen los límites establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la atipicidad del autoconsumo compartido de drogas.

Quinta. En los supuestos en que la asociación no haya desplegado actividad alguna en relación con el cultivo o distribución del cannabis, si no concurren otros elementos de los que pueda deducirse que los integrantes de la asociación han pasado de la mera ideación a la ejecución, se deberá estimar que no se han superado las barreras de protección que establece el Derecho penal. Por tanto, los Sres. Fiscales procederán a decretar el archivo de las diligencias incoadas al efecto, haciendo constar expresamente en el correspondiente decreto que tal resolución está referida exclusivamente a las actuaciones realizadas en relación con la solicitud de inscripción registral de la asociación y que cualquier actividad ulterior de cultivo o distribución de cannabis podrá dar lugar a nuevas actuaciones de carácter penal.

Dicho decreto se notificará a la representación de la asociación investigada y al Registro correspondiente.

Sexta. En todo caso, el cultivo de cannabis, así como la posesión de esta planta o de sus derivados, aunque sean para uso privado, constituyen actividades ilícitas, salvo que se cuente con las correspondientes autorizaciones administrativas. En su virtud, cuando los Sres. Fiscales no aprecien relevancia penal en el ámbito de sus propias diligencias o en el de las realizadas por los órganos jurisdiccionales respecto de dichas actividades, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la correspondiente Subdelegación del Gobierno a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.

En razón de lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones se atenderán en lo sucesivo al cumplimiento de las prescripciones contenidas en la presente Instrucción.

BIBLIOGRAFÍA

Revista de Libros

LEGANÉS GÓMEZ, Santiago: *La prisión abierta. Nuevo régimen jurídico*. Edisofer. Madrid, 2013, 530 páginas

I

El régimen abierto de cumplimiento penitenciario es tema ciertamente relevante y, en este sentido, destacadas obras de importantes penitenciaristas, como Neuman (1962) o Steffen (1971), en la literatura extranjera, escribieron con sumo acierto al respecto. Pero faltaba, aunque existe un trato más que aceptable de manual o articulista, la obra monográfica definitiva en España, si bien no puede olvidarse la anticipación que supuso el serio trabajo de la prof^a. Asúa Batarrita (1992). Este vacío es precisamente el que ha venido a rellenar con el presente libro Santiago Leganés, funcionario del Cuerpo Técnico de IIPP, especialidad de jurista, y prestigioso premio Victoria Kent de la Dirección General del ramo, en su primera edición del año 2004 con una gran monografía titulada «La evolución de la clasificación penitenciaria» (Ministerio del Interior, 2005).

Leganés, doctor en Derecho, es un estudioso nato del sistema penitenciario al que ha dedicado su vida profesional. Es de esos funcionarios que no entienden finalice su jornada con la asistencia, dentro de sus competencias, a los reclusos, sino que la prolonga con la investigación científica dando así unos frutos cuantiosos y meritorios, que prestigian a la Institución a la que, con dedicación, sirve. Es aquí donde se inscribe la actual obra que entiendo prácticamente exhaustiva, de redondo contenido e impecables formas.

Dividida en cinco extensos capítulos, poco deja de lado respecto a la regulación actual de la institución de la prisión abierta, si acaso la vertiente histórica como de seguido indicaré. Ello no es obstáculo para entender el trabajo como ejemplar y su cometido, el dar a conocer con profundidad este concreto sistema de cumplimiento de la pena privativa de libertad, modélico.

Pienso que una introducción acerca de la historia de la institución no hubiera estado de más. Todo lo regulado penitenciarmente hoy, tiene sus antecedentes en nuestras benefactoras normativas decimonónicas y en nuestra excelente doctrina del ramo de la época y de entrado el siglo xx. Desde los acortamientos de condena de la gran norma de presidios de 1834 hasta la libertad condicional pensada por Cadalso, pasando por aquella lejana y mag-

nífica libertad intermedia de Montesinos, todo se conjugaba para anticipar excarcelaciones y procurar un retorno más pronto a la vida comunitaria. El régimen abierto es la culminación de un largo proceso de entendimiento del encierro carcelario como un tránsito obligado y necesario hacia la vida que fue. Y todo esto, francamente digno de permanente recuerdo y estudio, se echa de menos en la presente gran obra.

La prisión abierta y su correspondiente régimen, objeto de la investigación, se define por Santiago Leganés, con toda corrección, como «un tipo de vida penitenciaria que se desarrolla en semilibertad en el que se aplican diversos controles a los penados capacitados para vivir en la misma», mencionando de seguido sus evidentes ventajas: garantiza la recuperación social, favorece la salud psíquica y mental del condenado, mejora la disciplina, facilita las relaciones familiares, es menos onerosa para el Estado y posibilita la búsqueda de trabajo, siendo incomparablemente más humana que el resto de las otras modalidades de encierro (p. 492).

Para introducirnos en el conocimiento de la institución, el autor parte de la novedad que efectivamente supuso la vigente Ley General penitenciaria de 1979, legislación expresamente valorada, desde un principio, por Leganés y así, nos dice: «La aprobación de esta ley, supuso un paso definitivo en la incorporación de la legislación española al movimiento internacional de reforma penitenciaria» (pág. 34) y concluyendo, reitera: «Hay que resaltar la importancia de la LOGP que al ser una ley moderna y flexible le ha permitido permanecer vigente durante más de tres décadas», lo que la ha convertido, junto con la Constitución, en «una de las leyes más estables e intocables» hasta las contrarreformas de 2003 (pág. 494).

Al situar el régimen abierto entre los tres que propugna la norma, Santiago Leganés centra su inicial análisis en el sistema progresivo de cumplimiento de condenas en paralelo al de individualización científica señalado en la disposición orgánica (pp. 67 y ss.). La rigidez de antaño desaparece hoy. Por eso, los dos no son contrapuestos. Ya he manifestado por escrito, hace algún tiempo, el por qué de la terminología adoptada en el artículo 72, que refunde nominativamente ambos por su imponente carga histórica, y esta explicación permanece inmutable en el tiempo. De ahí, que pueda entenderse el actual como un sistema mixto de ambos componentes (progresivo e individualización), único en el Derecho comparado, como bien resume el autor, al significar, por un lado, que los países europeos, aunque no concretan el tratamiento, se inclinan por la progresión hacia una mayor libertad, predominando en cambio en los latinoamericanos el sistema progresivo tradicional y, en determinados casos, perfeccionado por el de individualización científica (pág. 508).

Si el planteamiento previo de la regulación legal del tratamiento le parece satisfactorio, el autor rechaza, *ab initio*, la involución que supuso la Ley 7/2003 (pp. 72 y 73), que modifica sustancialmente el ejemplar precepto anteriormente citado, que permitía el acceso al tercer grado con mucha tolerancia, restringiendo ahora su obtención con obstáculos importantes, tales como la entidad del delito cometido, el tener satisfechas las responsabilida-

des civiles dimanantes de del hecho criminal, etc. Otra cosa es cómo, empleando su generosidad histórica, Instituciones Penitenciarias ha salvado algunos de estos inconvenientes que parecían insalvables. Tampoco gusta Leganés del introducido entonces periodo de seguridad (pp. 121 y ss.) que, de nuevo, trastoca el ascenso al tercer grado estableciendo límites temporales antes inexistentes.

De igual forma pero al revés, es decir expresando su gusto por instituciones creadas reglamentariamente, que allanan el camino de los reclusos hacia su libertad, defiende Santiago Leganés el reglamentario principio de flexibilidad (pp. 80 y ss.), que estudia acompañándolo de cuanta jurisprudencia concordante procede, postulado de tanta utilidad actual, que puede ser considerado como verdadero paso, auténticamente intermedio, hacia el régimen abierto, siéndolo ya de manera efectiva en determinados aspectos.

II

La clasificación en tercer grado es, como no cabe duda, consecuencia del tratamiento. Por eso el autor diferencia, siguiendo la Ley penitenciaria, entre la previa del art. 16 (pág. 62) y la que se regula en el Título III de la disposición. En efecto, la primera es mera distribución que se lleva a cabo al ingreso en el centro. Se trata de una separación elemental, que tiene sus lejanos orígenes en las reformas propugnadas por Howard, y que representa la modernidad carcelaria aplicada con propiedad a los internos preventivos, cuando la cárcel lo era esencialmente de custodia. Pero esta clasificación inicial no es tratamiento. Por el contrario, sí lo es cuanto representa estudio de la personalidad del condenado sin tener nada predeterminado por las condiciones referidas al sexo, edad, primariedad delictiva, etc. del recluso.

Leganés, partidario de la prisión abierta, como nos expresa al proclamar: «no cabe duda de las bondades del régimen abierto como forma alternativa de cumplimiento de la pena privativa de libertad frente a la prisión cerrada y ordinaria» (p. 506), nos ofrece de principio una estadística de internos en tercer grado que comienza en el año 1999 y finaliza en el 2010 (pp. 99 y 100). La escala es positiva, desde el más del 13% hasta los superiores al 15/16% de los postreros años, que es cifra contundente. Como es notorio, después del segundo grado, es el que más se aplica, a infinita distancia del escasísimo porcentaje de condenados situados en primer grado, como se recoge en un cuadro posterior, donde se demuestra solo alcanza en la actualidad el 1,5% no habiéndose superado nunca el 3,6% de hace doce años (p. 401). Ignoro si los números señalados, referidos el régimen abierto, es el conveniente. Únicamente pienso que cuanto más aumente la cantidad de penados en los CIS, dentro de las posibilidades legales, mejor se cumplirán los designios constitucionales y penitenciarios de reinserción social.

Existen dos instituciones que le preocupan al autor y que trata a continuación, en ocasiones sin presidirle el claro acierto de otras ocasiones. Me

parece correcta su inquietud por el aumento a los cuarenta años de cumplimiento efectivo en los supuestos de acumulación jurídica, que enlaza con su certera crítica a la idea de la denominada prisión perpetua revisable, término contradictorio donde los haya, penalidad desconocida materialmente en nuestro acontecer histórico. También es acertada su incursión en el asunto de la clasificación en los casos de terrorismo y delincuencia organizada, sin perjuicio de entenderse que la limitación del acceso al tercer grado de estos delincuentes puede ser razonable.

Pero con lo que no estoy de acuerdo es en considerar que nos encontremos ante un derecho penal o penitenciario del enemigo, en el mismo momento en que la actividad legislativa estatal se endurece, ante unos criminales extremos que ponen en grave peligro el sistema. Personalmente, este concepto no entra en mis planes por todo lo que tiene de peyorativo y de inversión de la carga de la prueba en contra del legislador cuando éste nada tiene que demostrar salvo defender a la sociedad y ajustar sus leyes y reglamentos a los principios democráticos, cosa que se logra cuando nunca se ha impugnado ante el órgano judicial competente ni, en consecuencia, ha obtenido vicio de constitucionalidad, el tratamiento que se aplica a los mencionados delincuentes por muy severo que ello sea. Igual acontece cuando se utiliza machaconamente la terminología de «control», como algo malo o negativo, cuando de la ejecución penitenciaria se trata, siendo precisamente aquél lo que ha de pretenderse con el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Otra cosa es que, como acontece en nuestro penitenciarismo, precisamente por la flexibilidad del mismo, puedan alcanzarse permisos de salida o situaciones de prelibertad, pero eso acontece porque ha existido el denotado «control» previo, que pierde así su carácter eminente represivo como es exclusivamente considerado por esa doctrina.

Las siguientes grandes partes del libro de Santiago Leganés (Caps. III y sigs.) se ocupan de las especialidades del tercer grado, del procedimiento clasificatorio y de las formas legales de aquél. Los supuestos que denomina excepcionales (pp. 263 y ss.) son la edad mayor de los setenta años, la enfermedad grave del condenado o su condición de extranjero, perfectamente estudiados por el autor, así como lo relativo al proceso de concesión (pp. 333 y ss.), dando cuenta de cuanta temática se puede presentar en esta materia, tal como la clasificación inicial, las progresiones o regresiones de grado y los recursos procedentes. El apartado dedicado a las formas de cumplimiento en medio abierto (pp. 399 y ss.) es, en verdad, muy completo. Tanto los CIS, las secciones abiertas o las unidades dependientes, cuanto las extrapenitenciarias, conforman un panorama amplio de posibilidades de elección de llevar a la práctica el sistema abierto de cumplimiento. A ellos se añaden ahora los medios telemáticos (pp. 438 y ss.) que inciden en otra moderna solución frente a la prisión cerrada.

Finaliza el importante texto de Leganés con un repertorio bibliográfico muy extenso (pp. 511 y ss.), que recoge las publicaciones más importantes del tema. Si acaso, una pega. No todos los libros y artículos recopilados se encuentran citados en el correspondiente pié de página. Si efectivamente han

sido leídos, lo cual no debe dudarse por la propia seriedad académica del autor, deberían haber sido incorporados como soporte del texto. Al no haberlo hecho, la relación postrera es más completa que las innumerables notas.

Cualquiera que vea el panorama legal y reglamentario prisional trazado, adornada su investigación con una orientación no sectaria y con buena fe, convendrá en la bondad de un sistema penitenciario, cual es el español desde la Ley General penitenciaria, ciertamente modélico en atención a la más correcta naturaleza de la pena privativa de libertad, que no es otra que la prevención especial resocializadora, y que ya no se trata de un mero objetivo escrito en la norma. En mi criterio, es una realidad alcanzada y de manera superior a cuantas naciones contemporáneas ahora lo efectúan, pues el interés y las realizaciones al respecto de éstas no es mínimamente comparable con la nuestra en aspectos determinantes como la inversión en establecimientos, el garantismo de su aplicación y la benignidad de muchas de sus características.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel: *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*. Universidad de Jaén/Dykinson. Madrid, 2013, 485 páginas

I

El presente es un libro sobre la evolución de nuestro Derecho penitenciario sencillamente excelente. Puedo decirlo porque la mayor parte de mi vida científica a ello se ha dedicado y porque sé detectar en las páginas de una obra el trabajo limpio y serio. Mis discípulos han escrito al respecto investigaciones inolvidables, en especial las de Enrique Sanz Delgado, y a las mismas se suma ahora este trabajo del que no tengo empacho alguno en colocar a su lado. Es cierto que la perspectiva es más de Historia del Derecho, especialidad de la autora, es decir contextual y de análisis bibliográfico (pp. 22 y 23), que de estricto Derecho penitenciario, de centrarse en la exégesis de la legislación del ramo, pero la calidad de su contenido es inmejorable y perfectamente aprovechable para la ciencia penal.

La prof^a Ramos Vázquez es doctora en Derecho y en Historia y Titular de la asignatura de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad de Jaén. Su obra, sin conocer a la persona, ya había despertado mi sincero interés intelectual. En efecto, fui jurado cuando obtuvo brillantemente el Premio Victoria Kent, en la convocatoria de 2007, alcanzado con su libro «Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles» (Ministerio del Interior, 2008) y me congratuló en exceso su artículo «La Administración Civil Penitenciaria: militarismo y administrativismo en los orígenes del Estado de Derecho» (AHDE, 2012, pp. 471 y ss.). Pude advertir enseguida que nos encontrábamos ante una investigadora penitenciaria de fuste, rigurosa y técnica, que no atendía a los cantos de sirena, ignorantes y sesgados, de la crítica por la mera crítica; que, por el contrario, conocía el permanente esfuerzo nacional por hacer mejores nuestros lugares de encierro y que sabía exponerlo con meridiana claridad.

Y es que de esto último trata precisamente esta importante obra cuyo enunciado ya nos anticipa su esencia: el estudio de la reforma penitencia, una constante en cuantas iniciativas se abordaron en la época analizada, transformación progresiva y entusiasta de un sistema que, a diferencia de otros contemporáneos, no nació excesivamente lastrado por el ejemplo norteamericano.

No puedo ocultar que este trabajo ha colmado mis expectativas científicas como atento lector. Yo, que ya he dicho que prefiero releer, dada la poca calidad y el sectarismo de muchas de las publicaciones actuales acerca del tema penitenciario español, he recorrido con deleite esta obra y, patrimonio de las grandes indagaciones, he tomado nota de la misma y aprendido de ella.

II

Dividida en nueve capítulos, creo que la monografía a su vez podría diferenciarse en dos grandes partes: la que trata de la transformación humanista del Derecho penal y la presencia de los modelos importados (Capítulos I-III) y la que se refiere a la reforma auténticamente carcelaria del siglo XIX, prolongándose al primer tercio del XX (a partir del Capítulo IV). La autora extiende su investigación hasta el periodo republicano y la figura de Victoria Kent. Mis publicaciones y las por mí dirigidas, profusamente manejadas en este texto, cortan antes. El Decreto de 5 de mayo de 1913 es el límite temporal fijado en mi metodología por entender que aquí finaliza el asentamiento del nuestro Derecho penitenciario, tomando como base el sistema progresivo, así definitivamente consagrado. Un año después, con la libertad condicional, la carta que se guardaba en la manga, podríamos coloquialmente decir, el gran Cadalso, se culmina la tarea. Pero todo es discutible y en nada distorsiona la ampliación que propone la autora en la obra presente. El franquismo y la transición democrática con la Ley General penitenciaria, que retoma el ritmo de las reformas emprendidas secularmente en este concreto campo (pág. 459) no es materia del estudio de la prof.^a Ramos Vázquez, aunque es muy capaz de presentarnos en un futuro, con la misma corrección, este postrero aspecto del asentamiento del profundo cambio penitenciario operado.

Ya he dicho que la profesora de Jaén conoce perfectamente, por profesión y dedicación, la historia. Por eso trata en primer lugar de la evolución que experimenta el Derecho punitivo con la irrupción del Iluminismo en el siglo XVIII. De la obra de Beccaria todo parte, pero Isabel Ramos centra su mirada en Lardizábal que es lo que a nuestro país importa (pp. 126 y ss.) y lo hace con excelente puntería. Con anterioridad, ha recogido las formas de penalidad propias del periodo y todo ello cuando no existía un sistema propiamente carcelario. El utilitarismo (pp. 28 y ss.) prima sobre cualquier otra consideración: galeras, minas o arsenales ocupan el centro del castigo. Aquí la descriptiva frase del gran Salillas tiene su acomodo: el preso ha sido así, escribió el maestro, remero, minero y bombero. Después vendrán los establecimientos propiamente de encierro como los presidios de hombres y mujeres. Y como destacada especialista, cuando tiene que diseccionar el movimiento reformador, lo hace deteniéndose en los Códigos penales del momento: los del 1822 y 1848, en sendas e ilustrativas páginas, encuadrados en la época en la que extienden su vigencia (pp. 150 y ss. y 261 y ss.).

Cuando la autora tiene que adentrarse en la etapa decimonónica ha de hacerlo necesariamente, además de citar valiosos antecedentes militares, comenzando por la gran Ordenanza General de los Presidios del Reino de 1834 que, como se nos recuerda con pleno acierto, «haciendo gala de su importancia» (p. 167) dio lugar a la primera colección legislativa de presidios y casas de corrección. No escatima valores la prof.^a Ramos Vázquez a este monumento legal de prolongada vigencia de casi un siglo. Nadie que haya estudiado nuestra historia puede marginar el antecedente y no otorgarle su

incuestionablemente mérito. Al igual que dejar de apreciar la Ley de 1849 (pp. 274 y ss.) breve texto, en el fondo, más administrativo que penitenciario, pero que viene a separar para siempre las prisiones civiles de las militares. Finaliza este trascendental apartado con la mención de la creación del cuerpo de empleados de establecimientos penales, en 1881, obra del ministro Venancio González, que cierra el círculo de la adscripción de la competencia organizativa de las prisiones y la presencia en los establecimientos de funcionarios especializados (pp. 363 y ss.).

Al profundizar en el siglo xx se estudia en la presente obra, con suma corrección, la normativa correspondiente, es decir los Decretos de 1901, 1903 y 1913 (pp. 395 y ss.), así como la traslación de los presidios africanos (pp. 404 y ss.). Nada indica más la controversia entre cadalsianos, es decir partidarios de Cadalso y salillistas, seguidores de Salillas, que este devenir legislativo. De nuevo, Enrique Sanz toma aquí la palabra, como lo acaba de hacer Jorge Alberto Núñez en su tesis doctoral vallisoletana, en prensa, dedicada al reformador madrileño.

La primera de las disposiciones mencionadas establece el sistema progresivo, consagrado en la posterior y capital disposición del 13. Cadalso ha impuesto de esta forma su autoridad, que la ejerció desde que, prácticamente, tuvo mando efectivo en los establecimientos o, desde luego, en el centro directivo y no únicamente hasta su jubilación, en 1927 (p. 422), pues todavía recuerdo directamente, en mi etapa de Director General de Instituciones Penitenciarias, como era seguido y aún venerado su pensamiento por muy buenos funcionarios de los que la reforma penitenciaria en ciernes se sirvió.

Más modestamente, como él era, y en contraposición a la precedente, la idea individualizadora de Salillas se cuele, he dicho en otra ocasión, en la norma de 1903. Dura poco, pero setenta y seis años después la Ley General Penitenciaria, en su art. 72, le hará justicia uniendo legislativamente («sistema de individualización científica, separado en grados») lo que separó en vida a los dos grandes penitenciaristas hispanos. En cuanto a los presidios africanos, serán desafectados definitivamente. La conferencia de Algeciras, de 1906, pacta el reparto español y francés del Protectorado marroquí y, a su vez, sienta la conveniencia de la supresión de nuestros centros detentivos lo que se consuma un año después. El destino de estos presidiarios a El Dueso vuelve a provocar el enfrentamiento entre Salillas y Cadalso. La nueva prisión de Ocaña se llevará el triunfo final.

Existe una regla de oro cuando se habla del penitenciarismo que, lógicamente, no olvida Isabel Ramos: reconocer a los destacados reformadores que, con su impulso, modifican el sistema. Como no podía ser menos, la profesora de Jaén, ha profundizado en la tarea carcelaria de Montesinos (pp. 250 y ss.) y en las obras de Concepción Arenal (pp. 310 y ss.), Fernando Cadalso o Rafael Salillas (pp. 328 y ss.), entre otros menos relevantes, concediendo a todos su correspondiente importancia. En efecto, sin estos nombres magníficos poco se hubiera podido avanzar. El régimen progresivo de cumplimiento de las penas privativas de libertad, acertando las condenas, del comandante de Valencia; el pietismo, comprensivo con las desesperanzas, de

la segunda; la inspiración de los Decretos de 1901 y 1913 o la libertad condicional del tercero y el principio de individualización del tratamiento del citado en último lugar, conforman lo mejor de nuestra historia carcelaria moderna. La narración que de sus méritos se lleva a cabo en la presente monografía es escueta pero precisa, con el reconocimiento propio de la persona que sabe lo que dice y escribe, con el respeto de la buena científica hacia los próceres del penitenciarismo español.

Como apunte postrero, la prof.^a Ramos Vázquez estudia la legislación primorriverista y, con mayor interés, la reforma republicana, fundamentalmente de la mano de Victoria Kent (pp. 427 y ss.). Bien recogida la breve pero intensa tarea de la Directora General, siempre queda la duda de por qué no se abordó *ex novo* un nuevo Reglamento penitenciario y, en cambio, se optó por adecuar al momento histórico el que se encontró, por el socorrido procedimiento de la Órdenes Circulares, manteniéndose así la vigencia de los de 1928 y 1930. Nunca entendí esta dejación. Quizás el pronto cese en sus funciones de la mencionada Directora propició el abandono de la idea si es que la hubo. Lo cierto es que la II República promulga una nueva Constitución y un nuevo Código penal y, en cambio, permanece muda ante el mundo penitenciario. Su impronta reformadora debería haber figurado en las bibliotecas como un ordenamiento completo y no como una colección de disposiciones deslavazadas.

Las abundantes y atinadas notas a pié de página y el ejemplar catálogo de fuentes y bibliografía (pp. 461 y ss.) ponen punto a final a este trabajo de Isabel Ramo Vázquez meritorio por demás. Su interpretación y exposición de la historia penitenciaria española y de su constante reforma se asemeja a la que, efectivamente, personalmente practico y en la que, lógicamente, creo. Sin atender los argumentos de quienes nada saben ni valoran de nuestro acontecer. Tal vez por eso mismo, en la bibliografía citada pocas obras y trabajos de esta pretendida corriente se recopilan en comparación con la amplia relación de la relativa a quienes propugnamos un estudio riguroso del pasado y del presente. En esta línea se integra el gran libro de la prof.^a de Jaén llamado a ser referencia inexcusable de cuantas nuevas investigaciones a partir de ahora se aborden.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal UAH

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Temas de interés: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* publica trabajos originales sobre cualquier ámbito relativo al Derecho penal y materias afines, tales como Derecho penitenciario, Política criminal, Criminología, Derecho administrativo sancionador o Derecho procesal penal.

Periodicidad: Anual.

Envío de originales. Los trabajos deberán ser originales e inéditos en España. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o formato compatible, indicando una dirección de correo electrónico de contacto. Deberán remitirse por correo electrónico a una de las dos siguientes direcciones: rafaal.alcacer@urjc.es, o carmen.figueroa@uah.es.

Formato. Los originales deberán estar escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, formato 12, con páginas numeradas. La extensión total del trabajo oscilará entre 20 y 50 páginas, incluidas notas a pie de páginas, índice y apéndices en su caso. En la primera página se incluirá el título, el nombre del autor y su filiación académica o profesional. El trabajo deberá acompañarse de dos resúmenes de unas 120 palabras, en español y en inglés, así como de un listado de palabras clave, también en los dos idiomas.

Las referencias bibliográficas se citarán del siguiente modo:

- a) *Libros:* RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en Derecho Penal*, Madrid, 1982.
- b) *Revistas:* RUIZ ANTÓN, L. F., «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos del habla: cometer delitos con palabras», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 5-34.

Si se incluye una bibliografía al final del artículo, las referencias en nota a pie de página se limitarán a incluir el nombre del autor, fecha de publicación (si es un libro) o abreviatura de revista, y número de página. Si no se incluye, la primera mención a la obra bibliográfica en nota a pie de página deberá ser completa, y las sucesivas deberán incluir el número de la nota a pie de página donde la referencia aparece completa.

Los originales que no se atengan a tales especificaciones, podrán ser devueltos a sus autores para su corrección.

Recensiones. El *Anuario* acepta recensiones de libros y revistas, siendo aconsejable una extensión inferior a 10 páginas. La aceptación para su publicación dependerá de la dirección editorial.

Proceso de admisión y publicación. Los trabajos remitidos a *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* serán sometidos a la evaluación confidencial de dos expertos ajenos al Consejo de Redacción, de cuya evaluación positiva dependerá la aceptación para su publicación. En caso de no ser admitido, el trabajo se devolverá a su autor, junto con los informes emitidos por los evaluadores. Si los evaluadores propusieran modificaciones al trabajo, el equipo editorial podrá sugerir al autor la introducción de las mismas como condición para su publicación.