Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2020-2

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Diego-Manuel Luzón Peña
Presidente de honor de la FICP. Catedrático de Derecho penal.
Universidad de Alcalá, Madrid. España.

Coordinadora General: Prof. Dra. D.ª Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.
Secretraria del Patronato de la FICP. Socia y coordinadora.
Prof. Ayudante Doctora, acred. Prof. Contratada Doctora. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación general:
Prof. Dr. Dr. h. c. D. Javier de Vicente Remesal.
Presidente de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Vigo. España
Prof. Dr. Dres. h. c. D. Miguel Díaz y García Conlledo.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León. España.
Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo. España.
Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas.
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal. Universidad de Alcalá, Madrid. España.
Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez.
Socio de la FICP. Prof. Contratado Doctor acreditado. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación técnica:
Prof. D. Enrique F. Luzón Campos.
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. de Derecho Penal en Master de Acceso a la Abogacía, Univ. Autónoma de Madrid. España.
Prof. D.ª Lina M.ª Cardona Cardona.
Maestría en Derecho Penal por Univ. Eafit, Medellín, Colombia. Socia de la FICP. Investigadora contratada predoctoral FPI. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Edición: Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). www.ficp.es

La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que ya creó en 2012 su revista Libertas concebida como revista penal de alto nivel científico y abierta a acoger artículos tanto de miembros de la fundación como externos a ella siempre que cumplan el indicado requisito, ha puesto en marcha en 2013 su revista interna, ***Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)****, dedicada a la participación de sus miembros, los socios y los patronos, así como de los integrantes del Consejo Científico de Redacción de Libertas, y también con carácter de boletín periódico.*

Con el número 2013-0 se ha puesto en funcionamiento Foro FICP como Tribuna/Boletín de la FICP, estando previsto que aparezcan varios números anuales, dependiendo de las posibilidades organizativas y del número de colaboraciones que nos vayan llegando de los socios.

La revista Foro FICP está abierta permanentemente a los miembros de la FICP, muy especialmente a los socios, para acoger por una parte y fundamentalmente todas sus colaboraciones sobre temas penales, de opinión o debate o de artículos y estudios, con independencia de su extensión y de que tengan o no notas y bibliografía, y por otra parte, las noticias que los socios y demás miembros quieran aportar en relación con actividades vinculadas al objeto de las ciencias penales.

Quedan por tanto ***invitados a participar*** *desde el número 2013-1 y siguientes* ***en Foro FICP todos los patronos y socios de la FICP****, o miembros del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas, que lo deseen, enviando al correo electrónico contacto@ficp.es* ***estudios o artículos, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias****.*

Se publicarán los originales ***tanto en español como en portugués e italiano****.*

Foro FICP es una revista ***abierta al acceso libre*** *por cualquiera que visite la web www.ficp.es.*

SUMARIO

I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP) 9

1. Semblanzas y homenajes 9

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña 9

Santiago MIR PUIG, el penalista, el amigo. Recuerdo póstumo

Prof. Dr. Javier Augusto De Luca 28

Julio B. J. MAIER. Despedida

2. Opinión 33

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero / Profs. Dres. Adán Nieto Martín y Jacobo Dopico Gómez-Aller 33

Ecocidio

Prof. Dr. Juan Antonio Lascuraín Sánchez / Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller 36

¿#porunaleyjusta?

3. Estudios 40

Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller 40

Prescripción del delito y estado de alarma

Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller 47

¿Puede calificarse como delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 556.1 del Código Penal) el mero incumplimiento de la prohibición de circular por las vías públicas durante el período de confinamiento?

Carmen Alcayde Blanes 50

El ámbito de la responsabilidad civil derivada del uso de los vehículos a motor

Alfonso Allué Fuentes 67

Una mirada hacia la bioética desde el Derecho Penal, la Política Criminal y la Biojurídica

Adoración Amigo Rodríguez 78

El delito imprudente en el Código Penal

Adoración Amigo Rodríguez 91

Compatibilidad de la agravante de género con la circunstancia mixta de parentesco

Patricio Arribas y Atienza 100

El delito de autoadoctrinamiento

Santiago Beltrán Monforte 109

Las costas procesales

Santiago Beltrán Monforte 124

Principios y fundamentos de la extradición

M.ª Jesús Berzosa Ríos 138

Justicia restaurativa y mediación

M.ª Jesús Berzosa Ríos 149

La suspensión de las penas privativas de libertad: referencia a la suspensión de la ejecución de la pena por demencia sobrevenida y a la prescripción de la pena en el plazo de suspensión
Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio *166*
Control telemático en el ámbito penitenciario
Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio *190*
La protección de la vida humana en el ordenamiento jurídico español
Miguel Bueno Benedí *202*
Las notificaciones en la fase de ejecución del proceso penal
Sebastián Cerezo Cano *225*
La suspensión de la pena de prisión por solicitud de indulto
Sebastián Cerezo Cano *247*
La orden europea de detención y entrega (OEDE)
Prof. Bernardino Díaz Rodríguez *267*
La autoría
Prof. Bernardino Díaz Rodríguez *279*
El llamado estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable
Prof. Marta Escudero Muñoz *293*
El delito de omisión del deber de socorro a la victima de accidente. Antiguo 195 y el nuevo 382 bis. Casuística
Prof. Dr. Carlos Espino Bermell *309*
Concurso aparente de leyes penales
Prof. Dr. Carlos Espino Bermell *327*
Responsabilidad civil derivada del delito
Asunción Estrada Álvarez *347*
La responsabilidad civil del partícipe a título lucrativo en los efectos del delito
Asunción Estrada Álvarez *362*
Sistema asistencial víctimas violencia género. Visión general del sistema de protección y ayuda a nivel estatal, autonómico y municipal
Isabel Fanconi Villar *382*
Más Convenio de Estambul contra la violencia de género
Mónica Fernández Salgado *392*
Estado de necesidad: ¿Se puede esterilizar a un delincuente sexual para que no siga cometiendo delitos?
Juan Antonio Flecha Muñoz *401*
Cooperación internacional en materia de violencia de género. especialidades (con exclusión de la orden europea de protección)
Juan Antonio Flecha Muñoz *427*
Contenido de la responsabilidad civil en los delitos contra el patrimonio histórico
Ana Isabel Flores García *450*
Apuntes sobre la protección penal del agua subterránea ante la técnica del fracking
María Teresa Franco Serrano *459*
La suspensión de la pena de prisión por causa de la drogadicción

María Teresa Franco Serrano 470
La prohibición de aproximarse / comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal
Alejandro Jesús García David 487
La nulidad de la prueba de ADN. Especial referencia a la problemática del cotejo con la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN
Alejandro Jesús García David 506
La tramitación procesal de la ejecución de la responsabilidad civil
Ildefonso Manuel Gómez Padilla 518
Evolución histórica del Derecho penitenciario desde el prisma de Michel Foucault y su obra "Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión"
Noelia González Mozas 528
Delimitación conceptual de la responsabilidad civil derivada de los delitos
Pino Esther Hormiga Franco 550
La expulsión de los extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión
M.ª José Leonís Sánchez 564
Derecho al propio entorno virtual: derechos fundamentales que convergen en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo
M.ª José Leonís Sánchez 579
Laborización voluntaria vs penalización de la prostitución
Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza 591
Acoso familiar y no familiar
Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza 603
Mobbing o acoso inmobiliario
Albano Padrón González 615
Ejecución de la responsabilidad civil derivada de delito
Luis Pérez Losa 636
Prescripción de la acción civil derivada del delito
Patricia Medina Pérez 650
Modelos de prevención victimal primaria en el acoso escolar
Dr. Nicomedes Rodríguez Gutiérrez 658
La dispensa de la obligación de declarar del menor de edad del artículo 416 LECrim
Ana Rodríguez Mesa 670
Aplicación del principio non bis in idem a la pena de multa
Dr. José Antonio Rodríguez Santisteban 685
La receptación en los delitos contra el patrimonio militar
Sacramento Ruiz Bosch 692
Principios y fundamentos de la extradición
Xènia San José Arévalo 709
Los testigos protegidos: el límite de su protección y el derecho de defensa
M.ª José Santacatalina Revelles 720
La fase de instrucción y las diligencias de prueba en el ámbito penal
Victoria Trujillo Machuca 738

La violación de secretos y la ley 1/2019, de 20 de febrero, sobre secretos empresariales

Montserrat Valderrama Romero 758

Implicaciones de la restitución del bien en el terreno de la responsabilidad civil derivada del delito

Ángela Viéitez López 770

Aplicación en España del internamiento en CIE en los supuestos de retorno de extranjeros en situación irregular

4. Comentarios de jurisprudencia 779

Alfonso Allué Fuentes 779

La circunstancia agravante de multirreincidencia y el delito leve de estafa en la STS 684/2019, de 3 de febrero de 2020

Alfonso Allué Fuentes 784

El delito de descubrimiento y revelación de secretos (sexting) en la STS 70/2020, de 24 de febrero

José María Bernabéu Vergara 789

Autoría y participación en el delito de agresión sexual a la luz de la STS 344/2019

Dr. Nicomedes Rodríguez Gutiérrez 802

La dispensa de la obligación de declarar del testigo-víctima tras el desistimiento como acusación particular (nueva interpretación tras la STS 389/2020 de 10/7/2020)

M.ª Adoración Ruiz Rodríguez 813

El concepto de resiliencia. Análisis de las cuestiones más importantes de la Sentencia 658/2019 de 8 de enero de 2020 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

M.ª Adoración Ruiz Rodríguez 827

Comentario de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 418/2020, de 21 de julio, principio non bis in idem y prisión permanente revisable

Joana Ruiz Sierra 839

Declaración del menor de edad en el proceso penal tras la sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda 579/2019

José Ramón San Román Carneros 852

Posición de la jurisprudencia acerca de los aspectos sustanciales civiles en la violencia sobre la mujer

II. NOTICIAS DE LA FICP 869

1. Publicaciones de la FICP 869

(i) Libro-Homenaje a Claus Roxin 869

(ii) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter 870

(iii) Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario 870

(iv) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN 871

III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos 872

(i) Próximo Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado 872

(ii) Obtención del Premio Extraordinario de Doctorado por la Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid 873

(iii) Acreditación de miembros de la FICP 873

2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP 874

(i) Miembros del Patronato 874

(ii) Socios 880

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 891

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos 891

(ii) Organización de seminarios y congresos 903

I. TRIBUNA
(para los miembros de la FICP)

1. Semblanzas y homenajes

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña
Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid, España.
Presidente de honor de la FICP.

~Santiago MIR PUIG, el penalista, el amigo. Recuerdo póstumo~

I.

Nos ha dejado Santiago MIR PUIG, el grandísimo penalista. El miércoles 6 de mayo de este año 2020 falleció en su casa Santiago MIR PUIG, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, con 72 años, tras diez de lucha a brazo partido y lleno de un coraje admirable con un terrible cáncer que le detectaron a mediados de 2010, el mieloma, y con otras secuelas muy duras de la enfermedad. Ese brillantísimo intelectual, de verdad uno de los más grandes del Derecho penal en el mundo, se nos ha ido a todos. A mí se me ha ido mi gran amigo, el amigo del alma, el de toda una vida. Aún hoy me cuesta entender que ya no esté aquí.

Lo que a continuación verá el lector es un emocionado recuerdo póstumo de carácter muy personal, y en el que no mucho voy a añadir a las ya largas páginas, también muy personales que en los últimos diez años he escrito sobre él en momentos y con motivos muy especiales de su vida académica y que en mi sentir, como describen perfectamente nuestra relación y sus momentos más relevantes, tienen plena vigencia y por eso las reproduzco íntegramente a renglón seguido.

II.

(De mi *laudatio* a S. MIR en mi intervención como padrino suyo en el solemne acto de investidura como Doctor *honoris causa* por la Universidad de Alcalá en el

Paraninfo de nuestra Univ. el 12 de junio de 2008[1], en sus propias palabras uno de los días más importantes para él en su vida académica).

No comenzaré con la fórmula habitual "Es para mí un gran honor...", porque tengo que expresar algo más importante: Haber podido vivir el pasado 30 de octubre de 2007 la concesión del grado de Doctor *honoris causa* por nuestra Universidad, la multicentenaria Universidad de Alcalá, al Prof. Dr. Don Santiago MIR PUIG, poder presenciar hoy 12 de junio de 2008 el acto de su investidura solemne y disfrutar del honor, sí, de ser la persona encargada de pronunciar su *laudatio*, todo ello constituye una de las satisfacciones mayores y más intensas de mi vida universitaria. Y lo es por el reconocimiento que se hace a alguien de su extraordinaria valía universitaria y científica, por la estrechísima relación del profesor MIR PUIG en lo académico con nosotros los profesores de Derecho penal de la Universidad de Alcalá y con los de nuestra escuela en otras universidades, y en lo personal con quien les habla.

1. Este doctorado *honoris causa* a S. MIR PUIG supone un acto de justicia con uno de los penalistas más eminentes de España y, dado el muy elevado nivel de la dogmática penal española, por eso mismo uno de los más importantes representantes de la ciencia penal mundial. Éste es un juicio totalmente objetivo y compartido de modo general, como a su vez lo testimonian la acogida excepcionalmente favorable y amplia que ha tenido entre nuestros colegas la noticia del nombramiento y el muy importante número y calidad de quienes hoy se han desplazado desde los más diversos lugares no sólo de España, sino de otros países para asistir al acto de la solemne investidura, así como las adicionales adhesiones y muestras de apoyo de quienes no han podido estar presentes.

Trazaré a continuación los rasgos principales de su trayectoria académica y de su obra científica.

Santiago MIR tiene tras de sí casi cuarenta años de entrega a la universidad y de fecundo magisterio universitario. Tras concluir con las mayores distinciones en 1969 su licenciatura en Derecho en la Univ. de Barcelona y comenzar en Valencia y luego en

[1] LUZÓN PEÑA, *Laudatio* en el Acto de Investidura del Doctorado *honoris causa* otorgado por la Universidad de Alcalá al Prof. Dr. D. Santiago Mir Puig (en 2008), en Luzón Peña (dir.), Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig por su doctorado *honoris causa* por la Universidad de Alcalá, Madrid-Las Rozas, La Ley-Wolters Kluwer, 2010, 41-48. También en la web de la FICP dedicada a Semblanzas, y tb. en dicha web www.ficp.es dentro de la rev. electrón. ForoFICP como: *Laudatio* en el acto de investidura del Doctorado honoris causa otorgado por la Univ. de Alcalá al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir, ForoFICP 2019-2, 11 ss.

Barcelona su carrera docente, el Prof. MIR PUIG amplía su formación investigadora durante tres años en los más prestigiosos Institutos y Universidades alemanas, Friburgo de Br., Múnich y Augsburgo, se doctora en 1973 con una importantísima y exhaustiva tesis sobre la reincidencia, gana en 1975 por oposición una plaza de Prof. Adjunto, y en 1976 obtiene igualmente por oposición la plaza de Prof. Agregado de Derecho penal de la Univ. Autónoma de Barcelona, siendo en su momento con sus 28 años la persona que obtuvo más joven esa categoría en el área de Derecho Penal. En 1981 obtiene la cátedra de la disciplina en esa universidad y al año siguiente se traslada a la Universidad de Barcelona, donde ha desempeñado ininterrumpidamente desde entonces su labor docente, habiendo sido Decano de la Facultad de Derecho y antes y después Director del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales.

Además el Prof. MIR PUIG es cabeza indiscutible de una escuela científica muy numerosa y sobre todo excepcionalmente prestigiosa en el campo del Derecho Penal, entre cuyos miembros se cuentan catedráticos tan destacados como los Profs. SILVA SÁNCHEZ, QUERALT, CASTIÑEIRA, y CORCOY, decenas de profesores titulares, y otros muchos profesores e investigadores discípulos suyos directos e indirectos, en las universidades catalanas y en otras españolas e iberoamericanas.

Su dedicación a la Universidad, su dirección de importantes proyectos de investigación, de numerosísimas tesis doctorales, su organización en España de los más importantes seminarios científicos hispano-alemanes y su participación constante y destacada en los más prestigiosos congresos penales nacionales e internacionales, su impartición de cursos, conferencias y ponencias invitado por Universidades e instituciones jurídicas de los más diversos países, y con ello su magisterio académico, con destacadísima influencia entre nosotros y más allá de nuestras fronteras, han sido constantes a lo largo de esas cuatro décadas de vida universitaria.

Veamos ahora algo de su obra investigadora:

Santiago MIR es autor de una amplia e importantísima obra científica: de decenas de monografías y centenares de artículos, publicados en las mejores revistas y obras colectivas de la especialidad, tanto nacionales como internacionales, muy especialmente en Alemania, que es el país más destacado en la ciencia jurídica penal. Tradujo con unas muy amplias anotaciones la parte central de una importantísima obra alemana, el Tratado de Derecho penal, Parte General, de JESCHECK, cuya difusión ejerció una notable influencia a partir de los años ochenta en la ciencia penal de los países de habla

española y también en los de otras lenguas romances. Ha dirigido múltiples libros colectivos, que por su temática y la importancia de sus colaboradores han marcado hitos en la disciplina. Y es autor de un excepcional Derecho Penal, Parte General, ya en su 7ª edición, también con ediciones iberoamericanas, que es una obra cumbre de la manualística penal internacional, totalmente creadora y en la que ha desarrollado con la mayor brillantez todo un edificio conceptual plenamente coherente de la teoría general del delito y del sistema de sanciones penales, en el que ha sabido combinar lo profundamente innovador de sus aportaciones constructivas, desarrollando incluso todo un cambio importante de su propio sistema a partir de la 4ª edición, con un inteligente respeto a la sistemática clásica, de la que mantiene buena parte de sus aportaciones, hasta el punto de que en la caracterización de la antijuridicidad, del injusto o ilícito, aunque siga reconociendo el valor de la perspectiva *ex ante* y de lo subjetivo en la infracción de la norma, vuelve a partir de la lesividad para bienes jurídicos y del desvalor del resultado como garantía frente a un excesivo subjetivismo.

Así el sistema jurídico-penal de MIR PUIG, desarrollado a lo largo de sus monografías, artículos y de su tratado, ha supuesto aportaciones constructivas, interpretativas y sistemáticas decisivas para el sistema de la teoría general del delito, entre otras muchas, las de la perspectiva *ex ante* en el ilícito o injusto típico, la diferencia entre antinormatividad y antijuridicidad o injusto, o los conceptos de peligro y peligrosidad en la tentativa normal y la inidónea y en los delitos de peligro abstracto, o la concepción normativa de la autoría del delito como pertenencia del hecho, o su desarrollo de la imputación personal o culpabilidad entendida como motivabilidad normal y basada en el principio constitucional de igualdad; e igualmente ha realizado MIR inteligentísimas aportaciones a la estructuración equilibrada del sistema de sanciones penales, o sobre la combinación de la prevención general intimidatoria y la positiva y la prevención especial como fines de la pena, o la proporción existente entre lo ontológico y lo normativo en las instituciones del Derecho penal, etc. En todas estas aportaciones la inteligencia se combina con la claridad con que están formuladas y con su preocupación por que lo teórico no pierda de vista la conexión con lo práctico, con las exigencias del mundo real, del sentido de la justicia, e incluso a veces del sentido común, que otros olvidan.

Pero además de sus importantísimas contribuciones a la elaboración sistemática de las categorías generales de la Parte General del Derecho Penal, quiero destacar

especialmente su compromiso permanente con la orientación constitucional de un Derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho, respetuoso de la persona y sus derechos fundamentales. Ya años antes de la implantación en España de un sistema constitucional a partir de la Constitución de diciembre de 1978, en su libro Introducción a las bases del Derecho penal, de 1976, MIR PUIG desarrolló por primera vez en la ciencia penal española y como uno de los primeros en la internacional, todo el sistema de fundamento y límites del Derecho penal, del *ius puniendi* y de la función de las sanciones penales a partir de la orientación de los postulados "de un Estado social y democrático de Derecho", y luego ha desarrollado explícitamente esa perspectiva en múltiples de sus publicaciones, especialmente en las dos ediciones de su libro "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho". Ha criticado reiteradamente las reformas penales y los modelos legislativos que no respetan esa orientación y garantías. Y ha combatido firmemente las orientaciones autoritarias en los sistemas conceptuales y político-criminales que defienden la primacía de la vigencia de la norma (y del orden) y su eficacia en vez de o a costa de la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos y del sistema garantista.

Me he limitado a enunciar algunas características de sus aportaciones al perfeccionamiento de la construcción de la teoría general del delito y de las sanciones penales, pero naturalmente no las voy a desarrollar, entre otras razones, porque nadie mejor que el propio MIR PUIG nos podrá explicar a continuación en su discurso los rasgos más relevantes de sus construcciones.

2. En cuanto a las relaciones universitarias de Santiago MIR y su Escuela con la Universidad de Alcalá y con nuestra escuela, y conmigo en particular:

El Prof. MIR PUIG ha mantenido siempre estrechísimas relaciones científicas, personales y de colaboración y apoyo con las dos escuelas de los catedráticos de nuestra Área de Derecho Penal, el Prof. GARCÍA VALDÉS y yo mismo. Así p.ej. en la organización conjunta de congresos internacionales, como los históricos Seminarios hispano-alemanes de Derecho penal de Barcelona y Alcalá o el que acabamos de celebrar aquí estos últimos días; o realizando publicaciones conjuntas, impartiendo conferencias unos en las universidades de los otros, o formando parte recíprocamente de comisiones o tribunales de tesis o de concursos a plazas docentes de nuestras Universidades. En nuestro Departamento de Alcalá pondré como ejemplo la importancia de la intervención del Prof. MIR como miembro de la correspondiente

comisión en la obtención de la cátedra por el Prof. GARCÍA VALDÉS o en el concurso de méritos que me permitió trasladarme de mi cátedra en León a mi actual cátedra en Alcalá.

En gran medida esas excelentes relaciones se deben a la muy larga y estrecha relación personal y universitaria del Prof. MIR conmigo, y que explica mi especial implicación en la iniciativa y celebración de este doctorado *honoris causa*. Indicaré sus orígenes:

En 1972 (octubre) Santiago MIR y yo nos conocimos y empezamos a tratar como doctorandos en Alemania, primero en el Instituto Max-Planck de Derecho penal Internacional de Friburgo de Brisgovia (junto con otros compañeros españoles y extranjeros, algunos tan vinculados a nosotros como Agustín JORGE BARREIRO y Antonio GARCÍA-PABLOS) y después en Múnich y a tener largas e intensas discusiones sobre nuestras respectivas tesis doctorales y sobre el Derecho penal, en las que desde luego yo aprendía y disfrutaba de una de las mentes más brillantes de nuestra disciplina. En enero de 1973 la Universidad de Barcelona, en la que MIR había depositado su tesis, fue temporalmente cerrada por razones políticas, con lo que era imposible celebrar el acto de defensa, y ante esta situación de incertidumbre en el mes de febrero convencí a mi amigo de que viajáramos con nuestras esposas de Alemania a España venciendo la inclemencia de un durísimo invierno para que leyera su tesis doctoral en otra Universidad a tiempo para poder firmar unas oposiciones al cuerpo de Profs. Adjuntos, que ganó con éxito. Y, una vez leída mi tesis exactamente dos años después y transcurridos otros dos años para ampliarla en una parte importante para su publicación, S. MIR me convenció en junio de 1977, justo cuando las primeras elecciones democráticas españolas tras el régimen de Franco, para que esa vez fuera yo quien hiciera un paréntesis en mi estancia en Múnich para ir con mi esposa un par de semanas a Barcelona a su casa y allí logré, con su estímulo, escribir las últimas páginas –que me costaba concluir– de mi libro sobre la legítima defensa, que publiqué con el editor, Bosch, que él me presentó. Así que a él le debo la conclusión y la publicación, acogida por esa editorial, de mi primer libro, que siempre suele ser aquel cuya salida a la luz se ve con mayor ilusión y entusiasmo, y en mi caso lo era sin duda no sólo por ser el primero y con el que daba a conocer mi tesis doctoral, sino por haber supuesto un esfuerzo absolutamente excepcional.

Desde entonces nuestro contacto y el de nuestras familias ha sido ininterrumpido y estrecho, en una relación permanente de mutuo aprecio, lealtad, colaboración y apoyo. Sólo añadiré que, si él de un modo inusual y generoso, ha expresado públicamente su admiración por mi labor como penalista, quien desde luego merece de verdad admiración es él; y que, siendo S. MIR más antiguo y mejor que yo, por su generosidad no ha tenido el menor inconveniente en figurar como codirector o participante en publicaciones dirigidas por mí. Mi agradecimiento profundo por todo ello.

3. Todo lo anterior justifica más que sobradamente el que la Universidad de Alcalá, por cierto por sucesivo acuerdo unánime de todos sus órganos, haya nombrado Doctor *honoris causa* al Prof. MIR PUIG y la inmensa satisfacción de quien les habla porque haya sido así y por poder intervenir hoy como testigo privilegiado y glosador de su figura en el acto de la solemne investidura. Las Universidades son grandes y se hacen grandes por el prestigio de su historia y de su vida actual, sabiendo atraer e integrar en su profesorado a destacados investigadores y maestros. Por eso nuestra Universidad, una de las dos más antiguas de España, cinco veces centenaria desde su fundación como tal Universidad de Alcalá en 1499 y siete veces centenaria si computamos desde la creación del Estudio General de Alcalá en 1292, y que escribió páginas tan gloriosas a partir de nuestro Siglo de Oro, acierta y se engrandece hoy al acoger en su Claustro de doctores con el máximo honor académico a Santiago MIR PUIG, uno de los grandes del Derecho Penal.

III.

(De mi Prólogo al Libro Homenaje de 2010 a S. MIR PUIG por su doctorado *honoris causa* por la Universidad de Alcalá[2])

Si alguien se merecía de verdad la máxima distinción académica, el Doctorado *honoris causa*, entre los penalistas españoles como reconocimiento indiscutible de la Academia a una larga y extraordinaria labor de creación, de investigación y de magisterio universitario, y si alguien merece que tal doctorado de honor vaya vinculado a la publicación de un Libro Homenaje como testimonio público de admiración y agradecimiento por su obra de otros colegas e investigadores, nacionales y extranjeros,

[2] LUZÓN PEÑA, Prólogo, en Luzón Peña (dir.), Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig por su doctorado *honoris causa* por la Universidad de Alcalá, 2010, 27-29. También en la web de la FICP dedicada a Semblanzas, y en ForoFICP 2019-2, 8 ss.

de nuestra disciplina, de los más próximos y vinculados a él y de otros, ese alguien era y es Santiago MIR PUIG, nuestro homenajeado.

Son, somos, no pocos los colegas españoles cultivadores del Derecho penal a quienes se ha otorgado un doctorado *honoris causa* en muy diversas universidades, en unos casos con méritos sobrados, en otros quizás no tantos. Pero paradójicamente hasta 2008 uno de los mejores como es Santiago MIR PUIG aún no había recibido esa suprema distinción académica. Y es que Santiago MIR es sin discusión uno de los mejores penalistas en nuestro país y fuera de él: es una cabeza privilegiada del Derecho penal y, como detallo aunque sea someramente en mi *Laudatio*, nos ha dado muchas de las mejores contribuciones a la teoría general del delito, a la de las sanciones penales y a la fundamentación constitucional del Derecho penal, enseñando, pronunciando lecciones, conferencias y ponencias memorables, e investigando y escribiendo muchas páginas geniales en las que todos hemos aprendido.

Por ello, la concesión del doctorado *honoris causa* al Prof. MIR PUIG por unanimidad de la Universidad de Alcalá en 2007 y la posterior solemne investidura en junio de 2008 constituyeron un acto de estricta justicia y que, como dije en mi *Laudatio*, honra no sólo al científico al que se otorga la distinción, sino a la propia Universidad que lo hace. Además no ha sido éste un doctorado *honoris causa* en alguna universidad extranjera, que es lo más frecuente, sino en una española, de su propio país, mucho más infrecuente, aquí y en otros países. Por otra parte, merece destacarse la importancia y el simbolismo de que quien le haya otorgado el máximo reconocimiento sea la Universidad de Alcalá, la vieja complutense, la segunda universidad española y por eso una de las más antiguas del mundo. Y quiero expresar mi profunda satisfacción personal de que esa universidad precisamente sea la mía y yo haya podido contribuir a ello proponiendo y apadrinando su concesión. Al fin se había hecho justicia.

En los días 11 y 12 de ese junio de 2008 hubo un acto académico vinculado a la investidura del doctorado *honoris causa* el 13 de junio, un simposio internacional, el XI Seminario Interuniversitario de Derecho Penal, que se denominó "Homenaje al Prof. Dr. D. Santiago MIR PUIG con motivo de su doctorado *honoris causa* por la Univ. de Alcalá", dentro de la serie de Seminarios interuniversitarios de Derecho Penal que anualmente celebramos en la Universidad de Alcalá, participando, además de algún ponente invitado especial cada año, los profesores y doctorandos de la misma, los restantes miembros de nuestra escuela de otras universidades españolas e

hispanoamericanas y algunos otros profesores de las Universidades Autónoma de Madrid y de Valladolid con los que estamos estrechamente vinculados. Y ese año 2008 se extendió la invitación a participar en el mismo a toda la escuela del Prof. MIR y a dos penalistas alemanes tan destacados como los Profs. SCHÜNEMANN y BOTTKE, muy vinculados desde hace años a S. MIR, a mí mismo y a nuestras respectivas escuelas. Como consecuencia de ese XI Seminario Interuniversitario y de las ponencias y comunicaciones allí presentadas surgió la oportunidad y la idea de editar un Libro Homenaje al Prof. MIR por ese importante motivo; un libro homenaje que –al igual que los memorables LH que en su momento se le ofrecieron a Claus ROXIN con motivo de sus doctorados *honoris causa* en Coimbra y Barcelona, seguidos de otros posteriores en Córdoba (Argentina) o en Lisboa– parte de las ponencias presentadas en el congreso científico que formó parte de la celebración del doctorado *honoris causa*, y al que se han añadido otras importantes contribuciones de algunos penalistas españoles y europeos muy relevantes, como los Profs. MUÑOZ CONDE, FOFFANI o DONINI, que completan el carácter internacional y de altísimo nivel del libro homenaje.

Nuevamente, si alguien se merece en nuestra ciencia penal un libro homenaje que le es ofrecido antes del que en su momento se le haga por su jubilación, precisamente con motivo de recibir su doctorado *honoris causa*, es sin la menor duda nuestro homenajeado el Prof. Dr. Dr. h. c. Don Santiago MIR PUIG.

IV.

(mi Dedicatoria a Santiago MIR en mi contribución al LH-MIR PUIG en 2017 por su 70.º cumpleaños[3])

Santiago MIR PUIG es para mí no sólo el más importante de los penalistas españoles y mi queridísimo amigo entrañable. He tenido el privilegio, desde que nos conocimos en el Friburgo alemán hace nada menos que cuarenta y cinco años, de disfrutar de su excepcional inteligencia en nuestras conversaciones, a veces interminables, y sobre todo de su permanente e inquebrantable lealtad, apoyo y cariño. Y de él he recibido un último regalo y privilegio: el de ser, junto con Agustín JORGE

[3] Cfr. LUZÓN PEÑA, en mi trabajo Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa, 4. Dedicatoria, en Estudios de Derecho penal. Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig [por su 70.º aniversario] (Silva/Queralt/Castiñeira/Corcoy, coordin.), Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2017, (685 ss.) 701 s. También como Dedicatoria a Santiago Mir Puig, en la web de la FICP dedicada a Semblanzas, y en ForoFICP 2019-2, 29 s.

BARREIRO, el amigo al que dedica su obra magna, su Parte General, en pie de igualdad con su familia íntima y sus discípulos. Quien quiera conocer en detalle los hitos más importantes de nuestra vida en común y los sentimientos que albergo hacia Santiago MIR puede adentrarse en mi *Laudatio* con motivo de su investidura en 2008 como Dr. *honoris causa* por mi Universidad de Alcalá y en mi prólogo al Libro Homenaje que en 2010 le dedicamos con motivo de ese doctorado *honoris causa*, y a ellos remito. Pero en este momento quiero añadir algo más: precisamente desde mediados de aquel año 2010 Santiago MIR ha venido padeciendo una muy grave y dura enfermedad y luchando denodadamente contra ella afortunadamente con bastante eficacia. Por eso siento la más profunda admiración por su entereza y valentía y la mayor alegría al comprobar que van pasando años y años y él sigue ganando la batalla.

Ahora que le vamos a ofrecer este nuevo Libro Homenaje con motivo de su 70.º aniversario el 5 de diciembre de este año 2017, por todo lo que acabo de explicar he elegido, para dedicarle a Santiago MIR, un trabajo sobre la comisión por omisión que considero una de mis aportaciones más importantes, en la que he desarrollado, perfilado y completado sustancialmente el criterio normativo de equivalencia de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma que había apuntado mucho tiempo atrás; aunque por las limitaciones de espacio inherentes a esta obra colectiva, este artículo se tiene que conformar con un esbozo de las tesis principales[4]. Felizmente podré completar este público testimonio de la mayor admiración y afecto en diciembre, dado que en las previstas Jornadas en la Univ. de Barcelona para homenajearle y hacerle solemne entrega de este LH-Mir los organizadores, sus discípulos más destacados, me hacen el honor de que sea yo quien pronuncie la conferencia final. Ese día le daré el abrazo más emocionado.

V.

1. Volviendo a mis palabras de ahora: Efectivamente, en las Jornadas internacionales celebradas en el salón de grados de la Facultad de Derecho de su Univ. de Barcelona –testigo de tantos y tantos eventos importantes en su vida académica– los días 14 y 15 de diciembre de 2017 en su honor con motivo de su 70.º aniversario

[4] En mi PG, 3.ª 2016, 31/1 ss., y en mi más completo artículo de Libertas 6 2017, 145 ss., he podido desarrollar mucho más ampliamente la problemática de la comisión por omisión, y en PG, 31/9 ss., 75 ss., y Libertas 6, 2017, 155 ss., 205 ss., especialmente las cuestiones abordadas en este artículo, pero en el manual casi sin notas por ir destinado prioritariamente a estudiantes, mientras que el presente artículo sí cuenta con la correspondiente justificación mediante notas, aún más amplias en el cit. artículo de Libertas 6, 2017; la versión más completa aparecerá finalmente en mi Tratado en preparación.

cumplido días antes, el 5 de ese mes, y para hacerle solemne entrega de su Libro Homenaje, acompañada de otra *Festgabe* alemana dedicada a él, me cupo el honor de pronunciar esa última ponencia/conferencia y poder dar pública lectura a la dedicatoria que acabo de transcribir; y sobre todo tuve la inmensa satisfacción de acompañarle en ese acto, emocionalmente importantísimo para él de reconocimiento de la culminación de su vida académica y al que tantas veces temimos que no pudiera llegar, durante los dos días escuchando las ponencias y debates sentado permanentemente al lado suyo y de Francesca su mujer y de su hijo Oriol junto con mi mujer y con nuestro común gran amigo Agustín JORGE BARREIRO.

Y hablando de su hijo, a quien quiera conocer una completísima exposición de toda la vida de nuestro recordado le remito a su magnífica y detallada semblanza escrita por su hijo el Prof. Dr. Oriol MIR PUIGPELAT, catedrático de Derecho administrativo, como presentación del LH de 2017 por su 70.º aniversario con el título "Santiago MIR PUIG: Vida de un penalista"[5].

Siete años atrás, el 17 de diciembre de 2010 en ese mismo salón de grados de la Facultad de la Universidad barcelonesa yo había tenido que organizar y protagonizar junto con sus discípulos catedráticos el acto de entrega solemne de su primer Libro Homenaje, el ya mencionado por su doctorado h.c. en 2008 en la Univ. de Alcalá, en la que no pudimos celebrar el acto al no poder viajar él a ella por estar ya muy disminuido por el mieloma que se le detectó a mediados de ese año. Por eso nos desplazamos todos a Barcelona, en especial los miembros de mi escuela y algunos otros que además de sus discípulos habíamos participado en el LH, y nuevamente volvimos a estar las dos escuelas juntas, además de otros muchos compañeros que se sumaron, en el homenaje a él. Para Santiago resultó especialmente grata y emocionante, un regalo culminación de su primer doctorado *honoris causa*, la entrega del libro homenaje y todo el afecto que conjuntamente le testimoniamos, muy especialmente en su delicado estado de salud.

En otra de las aventuras que poco después emprendí junto con discípulos y amigos muy próximos, la creación de la asociación penalista de forma fundacional FICP, o sea, Fundación Internacional de Ciencias Penales, Santiago MIR me acompañó generosamente desde el principio: él participó el 16 de septiembre de 2008 en Madrid

[5] Cfr. MIR PUIGPELAT, en Estudios de Derecho penal. Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig cit., 2017, XXI ss. También en la web de la FICP dedicada a Semblanzas, y con el mismo título: Santiago Mir Puig: Vida de un penalista, en ForoFICP 2019-2, 18-28.

en el acto de constitución como patrono fundacional junto con otros nueve patronos de España y Colombia, entre los que se contaba su querida discípula Mirentxu CORCOY BIDASOLO[6], y a continuación el patronato, tras designar como Presidente a mi discípulo más antiguo, Javier DE VICENTE REMESAL, nos nombró a él y a mí en pie de igualdad Presidentes de Honor. Desde entonces la FICP, que ha incorporado a su patronato a otro de sus más queridos discípulos, Víctor GÓMEZ MARTÍN, se ha consolidado en el campo internacional, en especial entre los cultivadores de las ciencias penales y de la praxis penal en los países latinos de Europa y América, y ha ampliado espectacularmente sus actividades, cursos, congresos, sus dos revistas (Libertas y ForoFICP) y otras publicaciones, y debe agradecer en gran medida su expansión y difusión al enorme prestigio de su presidente de honor el Prof. MIR PUIG.

Nuevamente su apoyo incondicional y generoso a la asociación le brindó a la FICP la impagable oportunidad de tener la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona, con su capacidad organizativa, como sede del I Congreso Internacional de la propia FICP sobre "Retos actuales de la teoría del delito", celebrado durante los días 29 y 30 de mayo de 2015 bajo la dirección conjunta mía, suya y de Mirentxu CORCOY nuevamente en el Salón de Grados de dicha Facultad[7]. Ese Primer congreso FICP fue un éxito rotundo por su nivel y su temática, por la participación de numerosos y muy destacados penalistas de múltiples países, y muy singularmente también sin duda por la permanente y entusiasta participación de nuestro conmemorado en todos los intensos debates de las sucesivas mesas durante el día y medio de duración pese a sus ya mermadas condiciones de salud, que entre otras cosas le obligaban a dializarse y le impedían viajar.

[6] Los diez patronos iniciales fuimos, aparte de Santiago MIR y de mí mismo, los españoles Javier de VICENTE REMESAL, Agustín JORGE BARREIRO, Ángel SANZ MORÁN, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, el iusfilósofo Juan Antonio GARCÍA AMADO, Mirentxu CORCOY BIDASOLO, José Manuel PAREDES CASTAÑÓN y los colombianos Alberto SUÁREZ SÁNCHEZ y Jaime LOMBANA VILLABA: Intervino como Secretario del Patronato, como lo fue en muchos sucesivos años, mi hijo Enrique F. LUZÓN CAMPOS, abogado y prof. asociado también de Derecho penal, quien por cierto fue quien nos dio la idea de crear la FICP. Para ver la relación detallada de ellos y de los restantes miembros del patronato posteriormente incorporados, con sus respectivos cargos, unversidades y *curricula*, cfr. la web de la FICP en la sección de Patronato.

[7] Amplia información escrita y gráfica sobre el I Congreso Internacional de la FICP de 2015, su programa y las ponencias y comunicaciones puede verse en la web de la FICP www.ficp.es en las secciones Congresos Internacionales de la FICP, Galería; y sobre las ponencias y comunicaciones presentadas concretamente en Actas de los Congresos Internacionales de la FICP, y asimismo en el núm. monográfico de ForoFICP 2015-2, dedicado precisamente al I Congreso.

De todo lo anterior puede encontrarse una amplísima información escrita y gráfica en la página web de la FICP www.ficp.es en sus diversas secciones (Noticias de la FICP, de los patronos, Semblanzas, Publicaciones, Galería y en una de nuestras revistas electrónicas, ForoFICP), como es natural, dada la destacadísima personalidad científica del Prof. MIR, su condición de Presidente de honor y su influencia decisiva en la FICP.

2. Santiago MIR era un hombre abierto en todos los órdenes de la vida. Abierto a las ideas, nuevas o ya antiguas, totalmente respetuoso –no ya tolerante– con las distintas opiniones y concepciones ideológicas, morales, religiosas o científicas, con tal de que a su vez no fueran intolerantes, en sus muchos discípulos y en sus amigos y familiares más próximos; y por ello ávido estudioso no sólo de las ciencias del Derecho penal, sino también de otras disciplinas como la filosofía, la teoría general y la filosofía del Derecho, que compartía con Francesca Puigpelat, su esposa, catedrática de Filosofía del Derecho.

De profunda formación germánica, como en mi caso, ya desde estudiante de Derecho, que amplió en sus largas estancias junto con su inseparable compañera en los años de 1972 a 1975 como investigador postdoctoral en Friburgo de Br. con JESCHECK, Múnich con ROXIN (y MAURACH ya jubilado) y en Augsburgo como asistente de HERRMANN, tuvo permanente relación con la ciencia penal alemana, publicando allí también sus artículos más importantes, haciendo como ya he mencionado la muy influyente traducción del tratado de JESCHECK, siendo invitado en aquel país a conferencias y congresos e invitando él a los penalistas alemanes más relevantes a seminarios y congresos hispano-alemanes que organizó en su Universidad, muchos conjuntamente conmigo como he mencionado. Por eso desde 2002 fue junto conmigo uno de los dos primeros extranjeros del mundo no germánico que pasamos a integrar el consejo científico de Colaboradores permanentes (*Ständige Mitarbeiter*) de GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, la más antigua revista penal alemana fundada en 1853. Y con motivo de su 70.º aniversario en diciembre de 2017 fue el primer penalista de fuera del ámbito germánico al que en Alemania se le dedicó un libro homenaje: el n.º monográfico de GA 2017/12 consagrado a *Festgabe für Santiago Mir Puig zum 70. Geburtstag*, con contribuciones de importantísimos penalistas alemanes y españoles, en el que yo tuve el honor y la satisfacción de participar[8].

[8] Cfr. GA 2017/12: Festgabe für Santiago Mir Puig zum 70. Geburtstag, pp. 641-720. Con artículos de los alemanes ROXIN, WOLTER y KÜPER (los directores de GA), FRISCH y SCHÜNEMANN, y de españoles

Además él era un convencido catalán, español y amante de todo el mundo hispano: Siendo de origen catalán por los cuatro costados y catalanoparlante en su lengua materna, quiso que a su hijo Oriol lo enseñaran sus padres desde sus primeras palabras a dominar junto a lengua catalana nuestra lengua común, el español, y por eso él le hablaba siempre en castellano mientras que Francesca, la madre, le hablaba en catalán (y a continuación se encargó de que el niño fuera plurilingüe llevándolo desde pequeño al Colegio alemán de Barcelona). Además, frente a una parte de su Cataluña con tentaciones segregacionistas y hostiles, Santiago impartió siempre sus clases de Derecho penal en castellano, igual que escribía siempre en nuestra lengua, en la que disponía del vocabulario penalista con el que se sentía cómodo (curiosamente algunas publicaciones suyas que también se editaron en catalán, se las tradujeron otros). Y aprendió a amar desde joven profundamente lo español, visitando y conociendo cada vez más las diversas regiones y ciudades españolas junto con sus universidades, y todo lo hispano y su huella mestiza en el mundo americano, lo que hizo que mantuviera intensísimas relaciones con los penalistas de todo el ámbito iberoamericano, con muy numerosas visitas e incluso largas estancias suyas en aquellos países hermanos y acogiendo a numerosos americanos latinos como discípulos suyos en Barcelona.

3. Como ya he anticipado, a Santiago MIR se le diagnosticó en junio de 2010, cuando regresó de Perú sintiéndose bastante indispuesto, un durísimo cáncer de médula, el mieloma, que desde entonces mermó drásticamente su salud y capacidad física en múltiples aspectos y con fracaso inicial de los tratamientos, hasta el punto de que en la primavera del año siguiente, 2011, habiendo fracasado los tratamientos de radio- y quimioterapia que le habían aplicado, los médicos que lo trataban en el excelente hospital Clínico de Barcelona le dieron sólo unos meses de vida, y fue él quien, sin rendirse y buceando en internet, se salvó a sí mismo exigiendo a sus médicos que probaran con un tratamiento muy especial con talidomida que aplicaban en casos como el suyo en una puntera clínica de Houston; así lo hicieron y ese tratamiento sí tuvo éxito y le dio un nuevo margen de años de posible resistencia, normalmente según le dijeron entre tres y cinco años, hasta siete como máximo en algún caso excepcional. Y sin embargo, él ha logrado increíblemente vivir diez años más desde el inicio de su enfermedad.

---

los discípulos de MIR J. SILVA SÁNCHEZ y ROBLES PLANAS, los míos de VICENTE REMESAL y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y mi propio artículo: Schuld und Freiheit, GA 2017/12, 669 ss.

Pese a todo perdió el funcionamiento de sus riñones y, al no ser ya candidato a transplante por su edad y salud, tenía que someterse a duras sesiones de hemodiálisis tres tardes a la semana, tuvo otros múltiples problemas musculares, de incapacidad durante bastante tiempo de manejar bien los dedos y manos, y una importantísima pérdida de defensas que lo situaba en riesgo permanente de infecciones microbianas que a personas normales les provocarían dolencias leves o medias, pero que en su caso podían complicarse con riesgo para su vida; ello le hizo tener que ingresar muchas veces estos años en el hospital cuando se contagiaba y le subía la fiebre para recibir tratamiento con antibióticos muy fuertes. Por lo demás, aun guardando ciertas precauciones, sobre todo esa distancia física frente a los interlocutores que muchos como yo le encarecíamos desesperadamente que observara para no contagiarse, y ya que no podía viajar, siempre quiso hasta el último año 2019 seguir impartiendo docencia en pregrado y postgrado en su Facultad. Y para colmo desde el último año y medio fue notando crecientes síntomas de debilidad muscular, al principio en las piernas, que le obligaron a usar muchas veces una silla motorizada, y luego en la parte superior del cuerpo y cabeza debido a una dolencia neurológica.

Pero nunca se desanimaba ni desmoralizaba ni arrojaba la toalla: con su increíble ánimo y voluntad de lucha, de no rendirse y de conservar la esperanza en nuevos descubrimientos médicos, es decir, con un valor y una entereza que yo como tantos otros hemos admirado y nos ha asombrado, él le ha plantado estos largos diez años sin tregua cara a la enfermedad y sus estragos y ha conseguido, como he subrayado, ganarle nada menos que diez años a la muerte.

Sin embargo, la terrible situación de salud descrita le imposibilitó volver a estudiar y concentrarse para publicar alguno de sus excelentes y creadores artículos o libros, porque, como decía, ya no podría concentrarse y escribir trabajos de la calidad que él siempre se exigía. Sólo ha hecho una excepción, relacionada precisamente con la FICP y conmigo:

En 2014 me entregó para Foro FICP, la indicada revista que yo dirijo, un artículo sobre «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», que después en mayo de 2015 presentó como su ponencia al citado I Congreso internacional de la FICP y a continuación publicamos en versión algo

modificada en el siguiente número de Foro FICP [9]. Cinco años después, en abril de 2020 he tenido la inmensa satisfacción y alegría de que ese artículo suyo haya aparecido, con alguna actualización, en versión alemana titulada «*Die neuen "Strafen" für juristische Personen, eine Art von "Strafen" ohne Schuld*», como su contribución al homenaje de colegas alemanes y españoles a mi persona en el *Liber amicorum* (*Freundesgabe*) por mi 70.º aniversario: núm. monográfico de la revista GA 2020/4 [10], que se me iba a haber entregado junto con otro LH más amplio en español al final de un III Congreso internacional de la FICP, pero se frustró por las medidas internacionales de aislamiento por la pandemia. Pues bien, ha sido una inmensa emoción, satisfacción y orgullo para mí, y así se lo dije de inmediato, haber recibido en la culminación de mi vida académica en situación activa ordinaria y un mes antes de su muerte como último regalo de Santiago dedicado a mí el único artículo que como excepción ha escrito y publicado en estos duros diez últimos años suyos.

En este último periodo de su vida nos mantuvimos en constante contacto. Por una parte yendo yo en diversas ocasiones, casi siempre con mi mujer, a verle a Barcelona y pudiendo constatar así en persona exactamente su situación física, y además mediante permanentes llamadas telefónicas. Hablábamos mensualmente al menos una vez, otras más, y aparte de ponernos al corriente de novedades, me iba teniendo al tanto de sus vicisitudes y estado físico (porque el de ánimo él lo mantenía siempre alto) en conversaciones que duraban muchísimo por deseo suyo, porque le animaba y estimulaba mucho hablar conmigo. Cuando los años pasaron y su enfermedad avanzó y yo sabía que estaba regular, a veces me encogía el ánimo el temor de malas noticias médicas o de encontrarlo con una voz débil y sin fuerza; pero incluso en esas ocasiones nuestra charla terminaba bien, porque, como él me repetía, hablar conmigo le hacía bien y le animaba, hasta el punto de que conversaciones que había iniciado más apagado las concluía hablando con toda la energía y vivacidad.

La última vez que nos vimos en persona fue el 15 de enero de este año, en que se celebró en la Fac. de Derecho de la Univ. de Barcelona en el famoso salón de grados el

[9] Cfr. MIR PUIG, S., Las nuevas "penas" para personas jurídicas, una clase de "penas" sin culpabilidad, Foro FICP 2014-1, 24 ss.; versión modificada en Foro FICP 2015-2, 140 ss. Y como ponencia suya en la web www.ficp.es en las Actas del I Congreso Internacional de la FICP, Barcelona (España), mayo de 2015.

[10] Cfr. MIR PUIG, S., Die neuen "Strafen" für juristische Personen, eine Art von "Strafen" ohne Schuld, trad. de Díaz y García Conlledo, GA 2020/4: Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, 232 ss.

concurso, que pudo presidir Santiago MIR, a la cátedra de su muy querido discípulo Víctor GÓMEZ MARTÍN[11], que ya había sido acreditado como catedrático casi ocho años antes. Y allí fui para acompañar en tan importante evento no sólo a Víctor, muy querido amigo y patrono de la FICP, sino también a Santiago, para quien yo sabía que era algo fundamental poder presenciar y presidir el que seguramente sería para él, como así fue, el último acceso a la máxima categoría académica y el triunfo de uno de sus discípulos, y pudo hacerlo reuniendo fuerzas de modo casi sobrehumano pese a su extrema debilidad, que le hizo llegar y retirarse en silla de ruedas y le impidió acompañarnos luego al almuerzo de celebración. Él me llamó a la mañana siguiente a reiterarme cuánto le había emocionado que los hubiera acompañado en persona y el pobre se excusaba consternado por haberse tenido que retirar y no haberme podido dedicar más atención.

Lo compensó con creces siendo él en estos meses restantes de 2020 quien me llamaba casi todas las veces a mí, cosa que no solía hacer en años anteriores, en los que casi siempre tomaba yo la iniciativa. Y tuve en todas estas conversaciones de los últimos cuatro meses la misma impresión que por ejemplo me contó su discípulo Víctor que tuvo él en sus conversaciones tras su cátedra con su maestro: que era consciente de que posiblemente se acercaba su final y sin decirlo se estaba despidiendo de nosotros con serenidad, paz y el mejor ánimo; demostraba así su inteligencia, su cariño y su admirable valor.

A su familia y a sus más íntimos nos queda como gran consuelo el hecho de que Santiago MIR recibió como premio a su gran entereza y valor el día 6 de mayo un final envidiable, una muerte dulce, casi sin sufrimiento y en un tiempo muy breve, apenas dos horas desde que se sintió con frío e indispuesto en su casa hasta que murió en brazos de su mujer y acompañado de su hijo, su nuera y sus dos nietas, que acudieron desde la casa colindante. Y sin la angustia de saber que se acababa: Francesca me ha contado que está segura de que hasta cinco minutos antes él no se sentía tan mal y sólo entonces sintió seguramente que se moría.

[11] La comisión o "tribunal" que evaluó el concurso, al que sólo se presentó Víctor GÓMEZ MARTÍN como único concursante, estuvo presidida por S. MIR e integrada como vocales por los Profs. Dres. M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. CORCOY, E. PEÑARANDA e I. OLAIZOLA, como se ve todos ellos patronos de nuestra FICP. Puede verse la noticia e información gráfica del concurso en la citada página web www.ficp.es en la sección Noticias del Patronato, Obtención de una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. de Barcelona por el Prof. Dr. Víctor GÓMEZ MARTÍN.

4. He seleccionado y acabo de exponer algunos hitos importantes en nuestra relación personal y académica, especialmente en las últimas dos décadas, de los que no hice mención en mis escritos transcritos en los apartados II a IV. Podría ir contando muchísimos momentos más en nuestra relación y amistad tan estrecha durante las casi cinco décadas desde que nos conocimos en 1972. Pero sólo añadiré unos pocos datos muy importantes.

La lealtad y ayuda recíprocas entre Santiago MIR y yo, su familia y la mía y su escuela y la mía han sido plenas e inconmovibles todo ese largo tiempo. En momentos cruciales, a veces difíciles, de la vida académica mía o de mis discípulos él tuvo en muchos casos decisivas intervenciones de apoyo activo, incluso enfrentándose a algún tercero muy influyente: solamente quiero destacar aquí que fue a él a quien debo haber obtenido en junio de 1988 mi cátedra en la Universidad de Alcalá, regresando con ello a Madrid como yo deseaba desde mi cátedra entonces en León, porque Santiago MIR frente a la posición contraria del anterior ocupante de la cátedra logró obtener de mi actual universidad el nombramiento suyo y de mi querido compañero Carlos GARCÍA VALDÉS en la comisión juzgadora del concurso a esa cátedra con el compromiso de apoyarme, como así hicieron con éxito. Por mi parte, yo le he correspondido siempre apoyándole incondicionalmente en lo personal y en lo académico, en esto en diversas ocasiones junto con mis discípulos, en momentos muy importantes para él y los suyos, y en algunos trances delicados o complicados, como a todos nos ocurren.

Ahora bien, como el lector podrá sospechar, hay muchísimos otros detalles preciosos y anécdotas memorables de nuestra relación tan larga y entrañable, como aquellas intensas e interminables discusiones entre los dos desde el principio sobre temas que nos apasionaban, especialmente los problemas penales o los de la situación política[12], discusiones y conversaciones que nuestras mujeres y nuestros discípulos más antiguos tanto comentaban y se convirtieron incluso en leyenda, y sobre todo tantos detalles y vivencias de nuestra relación personal y familiar, a los que podría hacer referencia. Pero esos pertenecen ya al ámbito de nuestra intimidad y por ello los dejo

[12] En cambio, debo decir con una sonrisa que yo no compartía otras de sus grandes pasiones, que sucesivamente concentraron durante años buena parte de su atención, seguimiento y conversaciones, en estos casos con otros que compartían su afición: primero los automóviles, y después y hasta el final el tenis. Mientras que sí nos unían también la pasión por el lenguaje y los idiomas, el gusto por la lectura y en el terreno musical para ambos la buena música de cualquier género, el *bel canto* para él y la música clásica en mi caso.

sólo para mí, para seguir disfrutando y saboreando con mis más próximos esos hermosos recuerdos.

5. Se ha ido Santiago MIR, se ha ido uno de los más grandes del Derecho penal, se ha ido mi gran amigo. Se fue del mejor modo posible como he explicado, en su casa y acompañado de su familia más íntima. Y por cierto se fue en mitad del duro confinamiento y restricciones por la pandemia de este coronavirus, lo que únicamente permitió que le acompañaran a darle el último adiós su mujer, su hijo y nuera y sus dos nietas, pero nos impidió al resto de familiares, discípulos y amigos ir a velar su cadáver, acompañarle y darle en su presencia la despedida y algunos como yo la oración, lo que desde luego nos hizo más dolorosa su pérdida. Mas, como tan certeramente decía la estrofa final de las memorables Coplas fúnebres de Jorge MANRIQUE a la muerte de su padre, nos deja harto consuelo su memoria. A todos en el mundo del Derecho penal nos deja la memoria de su vida y el legado de su impresionante obra. Y a mí me quedan además los recuerdos personales de mi amigo del alma, de mi hermano.

Alcalá de Henares, Madrid (España), junio de 2020.

* * * * * *

Prof. Dr. Javier Augusto De Luca

Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Univ. de Buenos Aires (UBA), Argentina.
Socio de la FICP.

~Julio B. J. MAIER. Despedida~

El 13 de julio de 2020 falleció Julio B. J. MAIER, uno de los más grandes juristas de Derecho procesal penal de habla hispana de todos los tiempos. Nacido el 21 de julio de 1939 en Córdoba, República Argentina, se recibió de abogado en 1963 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Se formó con su maestro Alfredo VÉLEZ MARICONDE y con Jorge CLARIÁ OLMEDO. Trabajó muchos años con Ricardo NÚÑEZ, uno de los grandes penalistas argentinos, en particular en la Revista Doctrina Penal, de proyección internacional, de la que también formaron parte David BAIGÚN y Carlos TOZZINI.

Su producción no se limitó a su imprescindible tratado de Derecho Procesal Penal y artículos de Derecho penal y procesal penal, sino que se extendió al proyecto de reforma del Código Procesal Penal de 1986 de corte acusatorio, contrario al vigente proceso penal de impronta inquisitiva. Su proyecto no llegó a sancionarse, pero generó una revolución reformista en toda Latinoamérica y sirvió como base para numerosas reformas de los códigos procesales penales del continente y de las provincias argentinas. Alcanzó a ver el comienzo de la reforma procesal penal hacia el acusatorio en el ámbito federal.

En su primera estancia en Alemania, estudió Filosofía Jurídica y Derecho Procesal Penal en la Universidad de Múnich, Alemania, con los profesores ENGISCH y MAURACH, en pleno auge del finalismo de WELZEL, a quien conoció a través de su amigo Juan BUSTOS.

A su regreso, trabajó como funcionario en la justicia criminal de la ciudad de Buenos Aires y se doctoró en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad de Córdoba.

En 1972, fue designado profesor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En Buenos Aires, estudió con Sebastián SOLER, del que siempre recordaba la lucha contra el positivismo criminológico y

sociológico. Recordaba que con Jaime MALAMUD GOTI y Leopoldo "Polo" SCHIFFRIN estudiaban a CARRARA con SOLER.

En 1973 fue designado juez penal (de sentencia) en la ciudad de Buenos Aires. A principios de 1976, antes del golpe militar (24 de marzo de 1976), y durante el gobierno de María Estela Martínez de Perón (Isabelita) le pusieron una bomba en la casa. Lo hizo la llamada Triple A (organización parapolicial de derecha que actuaba bajo la aquiescencia de ese gobierno) porque como juez había concedido dos hábeas corpus en favor de dos ciudadanos chilenos, y denunciado penalmente al ministro de justicia y a policías de la Superintendencia de Seguridad Federal.

Después de eso volvió a Alemania como investigador del seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, con Armin KAUFMANN. El finalismo había recibido críticas de ROXIN. Eran épocas del Proyecto Alternativo de reformas al Derecho Penal (alternativo al que presidía WELZEL), que él tradujo para la revista Doctrina Penal.

En el instituto de Bonn estuvo con Juan BUSTOS RAMÍREZ y un batallón de juristas latinoamericanos: Nodier AGUDELO BETANCOURT, Alfonso GÓMEZ, Moisés MORENO, Ernesto GARZÓN VALDES, Enrique BACIGALUPO, Gladys ROMERO y "Polo" SCHIFFRIN, el filósofo rosarino GARDELA y los criminólogos Roberto BERGALLI y Carlos ELBERT. Además de muchos juristas españoles con los que conservó amistad hasta su partida.

Regresó definitivamente a la Argentina al final de la dictadura y en 1984 volvió a la UBA, y por concurso accedió a la titularidad de cátedra de la materia Derecho Penal y Procesal Penal, junto con varios juristas como ZAFFARONI, D´ALESSIO, SPOLANSKY, BAIGÚN, RIGHI, a los más tarde se sumaron otros que marcaron una época imborrable. Ese mismo año asumió la dirección del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho hasta 1986, en que pasó a dirigir el Departamento de Graduados. Fue uno de los mentores de la reforma curricular en la carrera de Derecho en la UBA, que unificó el dictado de Derecho penal parte general, especial, procesal penal y ejecución de la pena, y dejó librado a dos años de especialización el dictado de materias específicas para profundizar los contenidos. Desde la cátedra, formó discípulos y se destacó por su enorme generosidad, hasta coronar su carrera como Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

Recibió un sinfín de distinciones en el ámbito nacional e internacional. Siempre decía que el Código Procesal Penal de Córdoba de su época era fruto de la lucha contra el código procesal penal federal de corte inquisitivo y que ello había influido en su vida.

Fue presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y miembro honorario de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.

Fue distinguido con el título máximo que otorga la Universidad de Buenos Aires, el de profesor emérito.

Después de su regreso de la segunda estancia en Alemania, ejerció la profesión y en 1998 fue designado juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde su primera integración, hasta 2009, que se jubiló.

Sus actividades no se limitaron a lo académico, sino que fue cofundador de la agrupación Justicia Legítima y tuvo importante participación en el Centro de Estudios, Legales y Sociales (CELS). Durante sus últimos años ese fuerte compromiso político y social lo llevó a reclamar por la libertad de la dirigente de la Tupac Amaru Milagro Sala de la provincia de Jujuy y a rechazar la participación de un ex juez y ministro de justicia brasileño (caso Lula) en un debate que se había previsto en la Facultad de Derecho (que finalmente se resolvió cancelar), todo ello en el contexto de sus críticas contra el sistema llamado *lawfare*.

Las marchas populares de los 24 de marzo por los derechos humanos, la memoria, la verdad y la justicia, lo tuvieron presente.

También en los últimos años se dedicó a la difusión de su discurso jurídico y legado político criminal aplicados a sucesos de actualidad en columnas de opinión de varios medios de comunicación. En los últimos tiempos terminaron enarbolando las mismas banderas con E. Raúl ZAFFARONI.

MAIER siempre hablaba de que la época de los juristas a la que pertenecía ya había terminado, siempre comenzaba expresando que se limitaría a hablar de Derecho procesal penal porque no sabía de otras cosas, en un guiño pícaro a sus interlocutores u oyentes.

Se auto reconocía como hijo de esa línea de pensamiento que ubica a la política criminal como base de la elaboración científica y sistemática del Derecho Penal, de reducción del Derecho penal positivo, humanización de la pena, afirmación del carácter

de persona del infractor. Decía que todos estos postulados del sistema penal parecían haber perdido importancia real y todo sostén mediático y popular. Que la seguridad estatal o común había reemplazado a la seguridad individual. Criticaba la idea de prevención, de evitación de riesgos, que llevó a un proceso penal inflacionario, y a la pena como remedio de los males sociales, como un sanalotodo, que había dejado de lado el principio de *ultima ratio*.

Remarcaba que el Derecho penal preventivo no era nuevo, pero sí tenía claro que reemplazaba al derecho penal de culpabilidad.

Se mostraba muy crítico de la fascinación de muchos por la pena, con su proliferación de delitos culposos, de peligro, de anticipación, sin conexión alguna con el daño. Indicaba que la idea de la sociedad de riesgo llevaba al Derecho penal del riesgo que pone la atención en el futuro, algo que en realidad siempre había sido insondable para todos. Pues esa misión de prevenir conductas futuras se hacía de la forma en que el Derecho Penal creía que era la más adecuada, con la privación de la libertad.

Su correlato se veía en el proceso penal que, a su criterio, estaba dado vuelta. Antes se partía de la inocencia para averiguar lo que había sucedido. Hoy se trata de controlar si corresponde la pena ya aplicada a partir del hecho imputado. El camino consiste en dar vuelta el punto de partida. En lugar de partir de la inocencia, se le exige al imputado la prueba del error del juicio de imputación o culpabilidad, como si el proceso penal fuera tan sólo un recurso.

A un Derecho penal preventivo se le correspondía un Derecho procesal penal preventivo. Un Derecho penal que ya no era más fragmentario, como tradicionalmente se lo había definido, con base en el principio *nullum crimen.* De todo ello surge un Derecho procesal penal sin garantías. Ponía como ejemplo el instituto del arrepentido, donde la verdad y la pena son mercancías que pueden comercializarse por jueces y fiscales. Y sostenía que los procedimientos de juicios abreviados eran la inexistencia del juicio mismo.

En 2002 aproximadamente, con poco más de 60 años, se despidió de su querida revista Nueva Doctrina Penal, que él había lanzado con otros juristas en reemplazo de Doctrina Penal. En la nota de despedida explica que el mundo futuro ya no le pertenece. Muestra su desaliento y descreimiento en el orden jurídico como mecanismo de igualdad y equilibrio social. El mundo posmoderno se presentaba ante él como lo que

quedaba después de un terremoto, pues todos los valores en los que había crecido y enseñado se desmoronaban frente a la única ecuación del costo-beneficio.

En los últimos tiempos tuve una relación más cercana, muy breve para mi gusto, pero bastó para que compartiera conmigo sus desilusiones y desencantos. Me han quedado grabadas su obra, sus actividades y la enseñanza de un maestro que inculca que lo más importante no es la acumulación de conocimientos técnicos y la capacidad de repetirlos, sino el saber cuál es el lado correcto de la historia donde uno debe colocarse. Conocedor de la vida, en su caso siempre estuvo del lado de los valores democráticos y constitucionales sin demagogia, el apego al método científico, el progresismo, el humanismo, y el compromiso con los que sufren y se comportó con un valor contra las injusticias que muy pocos con aparentes pergaminos suficientes han demostrado.

Pocos días antes de partir, fue visto enseñando en un seminario de uno de sus discípulos, por videoconferencia.

Nos deja un vacío que será muy difícil de llenar.

* * * * * *

2. Opinión

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero
Catedrático em. de Derecho Penal, Univ. de Castilla-La Mancha. Socio de la FICP.
Prof. Dr. Adán Nieto Martín
Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Castilla-La Mancha, España
Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller
Catedrático acred. de Derecho Penal, Univ. Carlos III de Madrid, España. Socio de la FICP.

~Ecocidio*~

La crisis climática implica enormes retos para todos, también para el derecho penal. Del caso de Bhopal, en la India, al de Texaco, en Ecuador, o al reciente caso Mariana que ha devastado la Amazonia brasileña, muchas catástrofes ambientales llevan aparejadas la ignominia de la impunidad: nadie responde o se responde a través de compensaciones que, por su cuantía y modo, resultan ignominiosas. En no pocos casos las víctimas se ven sometidas a procesos largos y complejos, auténticos calvarios judiciales, que les producen una nueva victimización. A poco que uno tenga algo desarrollados los sentidos ante la injusticia, esta circunstancia resulta especialmente deplorable cuando las víctimas son los más desfavorecidos, y los victimarios, las grandes multinacionales.

El caso de British Petroleum, que ha pagado la multa más cuantiosa de la historia americana por su vertido en el golfo de México, muestra que -como ocurre en general con los efectos del cambio climático- la peor parte de la criminalidad medioambiental también se la llevan los más débiles. Desde hace tiempo, la Green Criminology nos advierte de que los países más necesitados de desarrollo ponen su legislación medioambiental al servicio de las grandes empresas. Se trata de una forma suicida de atraer inversiones, pero cuya injusticia puede ser perpetuada a través del tratado de inversión firmado entre la empresa y el país.

Cuanto acaba de narrarse pertenece a lo consabido, incluso la mayoría lo pondría directamente en el cajón de los tópicos aburridos. Pero el derecho penal, para mantener un grado de coherencia mínimo, debe encontrar respuesta a situaciones de impunidad que deslegitiman todo el sistema. El derecho penal no es ninguna panacea, pues

* Publicado previamente en El País con fecha de 12 de diciembre de 2019.

siempre llega tarde y mal. Pero es una herramienta jurídica que debe formar parte de los mecanismos de gobernanza global que se están desarrollando estos días para contrarrestar el cambio climático.

En 1972, Olof Palme, en la inauguración de la Primera Conferencia sobre el Clima, pronunció el término "ecocidio", idea que en tiempos más recientes ha empujado con fuerza la tristemente desaparecida Polly Higgins. Hace unos días, el papa Francisco, en su alocución en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, volvió a insistir sobre la necesidad de esta figura, que en estos momentos es objeto de discusión en la Asamblea Nacional Francesa y que es ya una realidad en algunos países del este de Europa.

Las diversas concepciones del delito de ecocidio que hasta ahora se han aportado permiten enunciar ya los rasgos esenciales de esta nueva figura: se trata de un ataque sistemático al medio ambiente que ocasiona daños permanentes, graves y extendidos, o la muerte, enfermedades permanentes y graves en una población o que priva a una comunidad de seguir disfrutando de sus tierras y recursos.

No obstante, las iniciativas nacionales pueden ser puro legalismo mágico si no avanzamos hacia una Convención Internacional sobre el Delito de Ecocidio, que sitúe a esta figura al lado del genocidio o de la lesa humanidad en el núcleo duro del derecho penal internacional. Esto significa la imprescriptibilidad de este tipo de comportamientos y la posibilidad de que puedan ser perseguidos en cualquier país firmante de la convención, con independencia de que sean punibles en donde tuvieron lugar los hechos. Puede aspirarse incluso a que este delito sea susceptible de enjuiciamiento por la Corte Penal Internacional o por un tribunal internacional creado expresamente, si bien de momento bastaría con que los países en los cuales tienen su sede o centro de actividad las grandes empresas multinacionales asumieran esta tarea. Un objetivo fundamental de la convención sería articular el derecho a la reparación de las víctimas utilizando fórmulas de justicia restaurativa, y su acceso a la justicia.

La propuesta de una convención internacional no es una quimera, sino el modo más razonable y efectivo de articular una obligación jurídica en toda regla que se asienta en el derecho internacional de los derechos humanos. Los Principios Rectores de Naciones Unidas consideran que los Estados están obligados asegurar que las empresas multinacionales bajo su control respetan los derechos humanos allí donde de actúan, lo que implica la obligación de castigar penalmente las violaciones más graves.

Nadie puede dudar que los graves atentados contra el medio ambiente suponen un atentado contra los derechos humanos, con una dimensión no solo colectiva o internacional, sino además intergeneracional.

En suma, tenemos los mimbres técnicos necesarios como para construir una definición del ecocidio con la precisión que nos requiere el derecho penal, existe además la obligación de los Estados de sancionar penalmente estos supuestos cuando sean realizados por empresas multinacionales, lo único que nos falta a los ciudadanos es que nuestros políticos emprendan cuanto antes la tarea de elaborar una Convención Internacional sobre el Delito de Ecocidio. Como ocurre en el resto de los aspectos relativos al cambio climático, la pelota está en su tejado.

* * * * * *

Prof. Dr. Juan Antonio Lascuraín Sánchez
Catedrático de Derecho Penal, Univ. Autónoma de Madrid, España.
Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller
Catedrático acred. de Derecho Penal, Univ. Carlos III de Madrid, España. Socio de la FICP.

~¿#porunaleyjusta?*~

Da que pensar la tan distinta percepción que tienen de los delitos y de las penas los especialistas y la población en general. Baste recordar lo que sucede con la prisión permanente revisable: si importante es su apoyo popular, según algunas encuestas, mayor es su rechazo académico —más del 90% de los catedráticos de Derecho penal firmaron un manifiesto reclamando su inconstitucionalidad—. Como no parece que pueda hablarse sensatamente de ignorancia de unos o de insensibilidad de otros, lo que bien puede suceder es que se trate de aproximaciones a un mismo fenómeno desde distintos planos.

El de las encuestas, sobre todo el de las inmediatas a un crimen horrendo, es el lenguaje del sentimiento. Es la indignación ante la injusticia y el anhelo de una retribución de la misma que borre el mal del pasado y haga imposible el delito futuro. El penalista, en cambio, se esfuerza por apartar sus sentimientos en pro de la razón. Recuerda cuáles son los valores básicos de justicia en nuestra sociedad y qué penas son incompatibles con ellos, empezando por la de muerte; y desde el conocimiento del sistema punitivo trata de extraer el castigo mínimo eficaz que nos prevenga razonablemente de nuevos delitos. Porque al fin y al cabo el encarcelamiento, el encierro de un ser humano, también el de los peores, es un mal que se suma al que ellos irrogaron y que solo encuentra su sentido en la medida en que sirva para la disminución del delito futuro.

La reciente inserción en el Código Penal del delito del abandono del lugar del siniestro por parte del conductor que lo ocasionó fortuita o imprudentemente es un nuevo motivo de aparente desencuentro entre parte de la opinión pública, que en su día lo impulsó con la etiqueta #porunaleyjusta, y los penalistas. El legislador hizo suyo ese impulso y decidió sancionar "la falta de solidaridad con las víctimas, penalmente relevante por la implicación directa en el accidente previo al abandono, y las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o

* Publicado previamente en eldiario.es con fecha de 21 de julio de 2019.

ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico". El reproche de los especialistas es que la nueva disposición es inútil y además, precisamente, injusta. Veamos.

Los motivos expuestos por el legislador están muy bien. Es razonable sancionar a quien, tras causar un accidente, desatiende las expectativas de socorro a los accidentados. Pero esos motivos son justo los que dan sentido desde hace medio siglo al delito de omisión de socorro a la víctima de accidente, que en su modalidad más grave merece una pena de prisión de hasta cuatro años (adicionales a los posibles uno a cuatro años del homicidio imprudente) y que además es de aplicación prioritaria y excluyente del nuevo delito, como el mismo expresamente subraya: solo se aplica el nuevo delito de fuga si no se constata un delito de omisión de socorro. Cuando el causante de un accidente conscientemente deja al accidentado desamparado y en peligro manifiesto y grave, nunca procede la aplicación de este nuevo delito.

En realidad, este nuevo delito contempla dos escenarios distintos:

- abandonar el lugar del accidente a sabiendas de que se han producido una o varias muertes (independientemente de si el accidente se debió a su culpa o no)
- o abandonarlo a sabiendas de que hay alguien que ha sufrido alguna lesión, pero no está desamparado ni necesitado de socorro.

Es decir: se castiga a quien no se queda a esperar a la Policía tras haber cometido un delito imprudente (o tras haberse visto implicado en un accidente sin haber tenido culpa alguna). Pero ¿podemos legítimamente castigar a alguien por no quedarse a esperar a la Policía?

Hay quien sostiene que el delito busca sancionar a alguien que no prestó socorro en un supuesto muy marginal: el caso en que el conductor se fuga creyendo que la víctima aún está viva, cuando en realidad esta había fallecido en el acto. "Ahí", se dice, "nos encontramos con una laguna, ya que no se puede aplicar el delito de omisión de socorro, porque ya no hay nadie a quien socorrer". Sin embargo, debe responderse a esto de dos modos. a) En ese caso, si el atropello fue culpa del conductor y su omisión posterior no ha sido perjudicial para nadie, este ya responde por un homicidio imprudente con una pena de 1 a 4 años de prisión. ¿Procede añadir a su castigo una segunda pena de hasta otros 4 años de prisión porque creía estar dejando en la estacada a un ser humano, cuando no lo estaba haciendo? Es dudoso si esta conducta debe

castigarse más que un simple homicidio imprudente. b) Así y todo, algunos tribunales ya suman a la pena por el homicidio imprudente un castigo adicional por esta conducta de no intentar prestar ayuda cuando al conductor le parecía posible hacerlo (lo que técnicamente se llama tentativa inidónea de omisión de socorro).

Centrémonos, pues, con estas gafas, en el texto de la nueva ley: un delito nuevo que castiga con hasta cuatro años de prisión a quien, tras causar por culpa o incluso fortuitamente un accidente en el que alguien ha fallecido -o ha resultado lesionado, pero no necesita auxilio-, no permanece en ese lugar (obviamente no se exige permanecer allí para siempre, sino sólo hasta la llegada de los agentes de la autoridad).

Si no se trata de castigar una omisión de socorro, ¿qué es lo que se puede castigar aquí con hasta cuatro años de prisión (adicionales, en su caso, a los uno a cuatro años de prisión del homicidio imprudente)? El preámbulo de la Ley habla de castigar "la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido". Pero en pleno siglo XXI debería estar ya claro que las leyes no pueden legítimamente castigar sin más la maldad, sino solo conductas lesivas de los legítimos intereses ajenos. Siendo así, ¿cómo legitimar la punición de quien tras el atropello y no habiendo nadie necesitado de socorro no permanece hasta la llegada de los agentes de la autoridad?

Hasta ahora nos parecía claro que no es conforme a la Constitución penar a alguien por no autodenunciarse: por no esperar a las autoridades tras cometer un delito. Como es lógico, no puede castigarse por encubrimiento al propio autor del delito, porque no nos parece razonablemente exigible tal conducta y porque, con honda raigambre en la prohibición de la tortura -de la extracción dolorosa de la prueba autoinculpatoria-, consideramos que forma parte de nuestros derechos fundamentales a la defensa y a la presunción de inocencia el que no se nos obligue a aportar pruebas contra nosotros mismos, de nuestros propios delitos.

¿Puede ser entonces conforme a la Constitución castigar a alguien porque no se queda a esperar a la Policía tras un delito imprudente? Con las garantías oportunas se nos puede, claro, investigar con la intensidad que sea necesaria, incluso extrayendo nuestra sangre o pinchando nuestro teléfono, pero no se nos puede obligar a contribuir a esa investigación ni castigarnos por no hacerlo.

Y si decidiéramos derogar esta profunda (constitucional) pauta de justicia, deberíamos aplicarla entonces a todos los delitos y sobre todo a los más graves: castigar siempre también, además de por el delito previo, por la huida, y no solo a todo delincuente imprudente, sino también al ladrón, al violador o al asesino, tan perversos como razonablemente fugitivos. De generalizarse esta reforma, en la práctica solo sería posible castigar al autor o bien por su delito atenuado por confesión o bien por su delito agravado por este nuevo delito de fuga. Esta simple idea debería haber alertado a los diputados y senadores sobre lo irrazonable de la reforma.

Coda necesaria. A las víctimas de los delitos contra la seguridad vial hay que escucharlas, cuidarlas, indemnizarlas y tratar de hacerles más fácil una vida que tan injustamente se les ha estropeado. Pero no consolarles falsamente con nuevos delitos inútiles e injustos.

* * * * * *

3. Estudios

Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller
Catedrático acred. de Derecho Penal, Univ. Carlos III de Madrid, España. Socio de la FICP.

~Prescripción del delito y estado de alarma[1]~

I. PLANTEAMIENTO.

Una de las cuestiones jurídico-penales más importantes que se han planteado en relación con la normativa reguladora del estado de alarma durante la pandemia de COVID-19 se refiere a la prescripción del delito. ¿Se ha interrumpido o suspendido el cómputo del plazo de prescripción a causa del Real Decreto n.º 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19?

En las próximas páginas se sostendrá que el Real Decreto por el que se declara el estado de alarma **no sólo no ha afectado a los plazos de prescripción de delito, sino que no podría hacerlo.** A tal efecto, se analizarán críticamente los argumentos que podrían aducirse para entender que sí los ha interrumpido o suspendido; y por qué deben desecharse.

II. LOS PRECEPTOS EN JUEGO.

El Real Decreto 463/2020 contiene dos preceptos que podrían tener que ver con la prescripción del delito: las disposiciones adicionales segunda y cuarta.

La Disposición Adicional Segunda, en sus puntos 1 y 2, establece lo siguiente:

> ***Disposición adicional segunda. Suspensión de plazos procesales.***
>
> *1. Se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.*
>
> *2. En el orden jurisdiccional penal la suspensión e interrupción no se aplicará a los procedimientos de habeas corpus, a las actuaciones encomendadas a los servicios de guardia, a las actuaciones con detenido, a las órdenes de protección, a las actuaciones urgentes en materia de vigilancia penitenciaria y a cualquier medida cautelar en materia de violencia sobre la mujer o menores.*

[1] Este articulo se enmarca en el Programa Interuniversitario "Cultura de la Legalidad" (ON TRUST-CM) de la Comunidad de Madrid. Publicado en Diario La Ley, 05-5-2020, disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/05/15/plazos-de-prescripcion-del-delito-y-estado-de-alarma

> *Asimismo, en fase de instrucción, el juez o tribunal competente podrá acordar la práctica de aquellas actuaciones que, por su carácter urgente, sean inaplazables.*

Y la Disposición Adicional Cuarta, que expresamente hace referencia a la prescripción, contiene el siguiente texto:

> ***Disposición adicional cuarta. Suspensión de plazos de prescripción y caducidad.***
>
> *Los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren.*

III. ARGUMENTOS RELACIONADOS CON EL TENOR LITERAL DE AMBAS NORMAS.

1. La prescripción del delito no es un plazo procesal.

La imposibilidad de aplicar la Disposición Adicional Segunda a la prescripción del delito es probablemente la más evidente. No ya porque la prescripción del delito no puede ser aludida con la mención "plazos previstos en las leyes procesales" (la prescripción es una causa de extinción de la pena regulada en el Código Penal, y sus plazos previstos en el art. 131 CP) sino, además, porque no es un "plazo procesal". No puede ser un "plazo procesal" aquel que transcurre fuera del procedimiento; y lo hace justo hasta que el procedimiento inicia y se dirige contra el autor.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vinculante para todo intérprete, es absolutamente clara en el sentido de rechazar una visión procesal de la prescripción penal y reclamar su valor como institución penal material. Baste a estos efectos citar las siguientes resoluciones:

– La STC 63/2005, de 14 de marzo, **rechaza** la concepción **"anclada en el entendimiento de la prescripción penal como un instituto de naturaleza exclusivamente procesal"** y subraya su **"esencia sustantiva"**.

– La STC 29/2008, de 20 de febrero, afirma en su FJ 10 que **se trata de "un instituto regulado por normas penales, perteneciente al Derecho penal material 'y, concretamente, a la noción del delito'"**.

– También el Auto del TC n.º 904/1987, de 15 de julio, afirma en su FJ 4 que es **"una institución que pertenece al ámbito del Derecho Penal sustantivo"**.

Esta misma concepción es la que recoge la doctrina del Tribunal Supremo. Así, la STS n.º 101/2012, de 27 de febrero (FJ Tercero) sostiene: **"Las disposiciones reguladoras de la prescripción… son normas de carácter sustantivo penal"**; y la

STS n.º 289/2015, de 14 de mayo habla de "la **connotación sustantiva** que a la prescripción penal se le viene atribuyendo" por parte de la jurisprudencia de la Sala segunda del TS.

2. La prescripción del delito no es, según jurisprudencia constitucional, "prescripción de una acción o un derecho".

La Disposición Adicional Cuarta habla de la suspensión del cómputo del plazo de **prescripción** y caducidad "de cualesquiera acciones y derechos". ¿Puede entenderse que esta disposición es aplicable a la prescripción penal?

La respuesta es negativa. El Tribunal Constitucional ha sido insistente en la consideración de que la prescripción del delito *no es la prescripción de la acción penal*, sino una institución penal material de una naturaleza diversa. La expresión reiterada en varias ocasiones por el Tribunal Constitucional es la siguiente: "**lo que prescribe no es la acción penal** para perseguir el delito sino el delito mismo" (ver SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5; STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; STC 37/2010, de 19 de julio, FJ 5).

Así, pues, la expresión puede ser objeto de distintas consideraciones críticas, pero a estos efectos es indubitada: **la prescripción del delito no resulta abarcada por la referencia a la "prescripción o caducidad de cualesquiera acciones y derechos"**.

IV. ARGUMENTOS SUSTANTIVOS RELACIONADOS CON LA NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN COMO INSTITUCIÓN DE DERECHO PENAL MATERIAL.

Pero los argumentos más importantes son los argumentos sustantivos que se derivan de la **naturaleza de la prescripción como institución de Derecho penal material**. Como hemos visto, el Tribunal Constitucional es tajante en la consideración de la naturaleza penal material o sustantiva del instituto de la prescripción. A las ya citadas STC 63/2005, de 14 de marzo, y STC 29/2008, de 20 de febrero, puede añadirse la STC 37/2010, de 19 de julio, que en su FJ 5 afirma rotundamente:

> *"[E]ste Tribunal tiene declarado que **por estar en juego el principio de legalidad por imposición de la propia Constitución (art. 25.1 CE)**, 'resulta patente que los términos en que el instituto de la prescripción ... venga regulado han de ser interpretados con particular rigor en tanto que perjudiquen al reo', **'sin posibilidad de interpretaciones in malam partem' de la normativa reguladora de la prescripción (art. 25.1 CE)**, 'que está al servicio de la seguridad jurídica de los imputados y que implica ... una limitación al ejercicio del ius puniendi del Estado como consecuencia de la renuncia del mismo' (STC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12)".*

De este punto de partida pueden deducirse dos sólidas objeciones que refuerzan la idea de que la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto que declara el estado de alarma (RD 463/2020) no sólo ***no hace referencia*** a la suspensión de la prescripción de los delitos, sino que ***no podría hacerlo***.

1. Violación de la prohibición de retroactividad de las disposiciones penales materiales desfavorables.

Si nos referimos a la prescripción *del delito* -obviamente, la cuestión es diversa cuando hablamos de otras manifestaciones de la prescripción-, **una suspensión del cómputo del plazo de prescripción del delito supone una ampliación del plazo de prescripción aplicada retroactivamente**.

Efectivamente: si un delito tiene un plazo de prescripción de 5 años, y éste ha comenzado a correr el 15 de marzo de 2015, su prescripción tendrá lugar, atendiendo a las normas vigentes en el momento de su comisión, el día 15 de marzo de 2020. Si se entendiese que se suspende el cómputo del plazo de prescripción el día 14 de marzo de 2020 hasta el momento en que decaiga el estado de alarma, ello supondría **ampliar el plazo de prescripción de delito que estaba vigente en el momento de su comisión** (de modo que si, por ejemplo, el estado de alarma terminase el día 15 de julio, el plazo de prescripción habría pasado a ser de 5 años *y cuatro meses*).

Como hemos visto, el Tribunal Constitucional es tajante en la consideración de la naturaleza penal material o sustantiva del instituto de la prescripción (SSTC 63/2005, de 14 de marzo; STC 29/2008, de 20 de febrero; STC 37/2010, de 19 de julio).

De esta consideración deduce la jurisprudencia española que ***la prescripción del delito está abarcada por la garantía de irretroactividad penal de las disposiciones penales desfavorables***, y por ello no la considera sometida al principio procesal "tempus regit actum" sino a las consecuencias del principio opuesto *"nullum crimen, nulla poena sine lege praevia"*.

Es sabido que tanto la propia naturaleza del instituto de la prescripción penal como las implicaciones que de ella se derivan (aplicabilidad o inaplicabilidad de las garantías derivadas del principio de legalidad penal) son una cuestión objeto de debates doctrinales, y que tampoco reciben una respuesta uniforme en los países de nuestro entorno. Sin embargo, lo que parece claro es que la irretroactividad de las

modificaciones contra reo de la prescripción integra el estándar interpretativo seguido por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede hallarse una tempranísima toma de posición en el ya citado Auto del TC n.º 904/1987, de 15 de julio, que sostiene que una aplicación retroactiva de un cambio desfavorable en la normativa de la prescripción permitiría un amparo constitucional ("para que su no apreciación pueda ser objeto de debate en el amparo constitucional es necesario que en la resolución judicial se aprecie una exigencia en sus requisitos que represente una abierta extralimitación de los arts. 113 y 114 del CP, referida a la duración de los plazos o de su cómputo, **o que suponga la aplicación retroactiva de una norma que estableciera otras mayores exigencias**").

Pero es el Tribunal Supremo el que ha desarrollado de modo más detallado la irretroactividad de las normas desfavorables en el campo de la prescripción. Así, ha sido especialmente enfático a la hora de sostener que **"las disposiciones reguladoras de la prescripción… son normas… afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva (art. 9.3 CE), salvo que su contenido fuera más favorable"** y que tanto los plazos de prescripción como todo su régimen aplicativo **"habrán de ser los que regían al tiempo de la comisión del ilícito, salvo modificación legal ulterior más favorable**

– STS n.º 101/2012, de 27 de febrero, FJ Tercero, punto 2: "**Las disposiciones reguladoras de la prescripción**, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, **son normas** de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, **afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva (art. 9.3 CE), salvo que su contenido fuera más favorable**. Así lo hemos declarado en varias Sentencias. Así, la STS 1064/2010, de 30 de noviembre: *"el nuevo término de la prescripción entró en vigor en mayo de 1.999 cuando hacía meses que había cesado la conducta delictiva... **sin que pueda otorgarse eficacia retroactiva a un precepto penal menos favorable al acusado**"*; STS 1026/2009, de 16 de octubre, que refiere un supuesto de penalidad intermedia más favorable en referencia al término de prescripción; STS 719/2009, de 30 de junio, *'es claro que la prescripción de tres años es más favorable que la dispuesta en el art. 113 anterior'*; STS 149/2009, de 24 de febrero, *'es más si estudiamos la normativa de la prescripción vemos que el Código de 1973 es más favorable (en comparación con el de 1.995)'*; en ellas se refiere como argumento

central el siguiente: *'la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales'*".

– STS n.º 289/2015, de 14 de mayo, FD segundo: "No obstante, hay que dejar una vez más sentado (vid. STS de 30 de Noviembre de 2010 y 16 de Abril de 2013, entre otras) que la doctrina de esta Sala respecto de este extremo considera que, **por razón de la interpretación que aquí se hace de la irretroactividad de la norma más desfavorable para el reo (art. 2 CP)** y dada la connotación sustantiva que a la prescripción penal se le viene atribuyendo**, no sólo la duración del plazo sino también todo el régimen aplicativo de esta institución, habrán de ser los que regían al tiempo de la comisión del ilícito, salvo modificación legal ulterior más favorable** o, en todo caso, que la mayoría de edad se alcanzase encontrándose vigente ya el nuevo precepto y no, como en esta ocasión, año y medio antes".

2. El Real Decreto de estado de alarma no puede modificar el régimen legal de prescripción de los delitos.

Del mismo fundamento se deriva un segundo obstáculo que impediría entender que la Disposición Adicional Cuarta haya suspendido el plazo de prescripción de los delitos: **que se trata de una norma inidónea a tal efecto**.

Así, y en virtud de las consideraciones constitucionales recién expuestas, debe concluirse que un Real Decreto no es un instrumento que permita la regulación de delitos, ni de penas, ni del régimen temporal de ejercicio del ius puniendi.

Ciertamente, no nos encontramos ante un Real Decreto cualquiera, sino ante un acto que, como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 83/2016, de 28 de abril), tiene "rango y valor de ley". No obstante, este Decreto con fuerza de ley (como podría serlo, por ejemplo, el Decreto-Ley), **no es una norma que pueda desarrollar aspectos materiales o sustantivos abarcados por la reserva de ley penal**. Por ello, debe subrayarse que *tampoco* el Real Decreto de estado de alarma puede considerarse un instrumento que permita regular los presupuestos materiales o sustantivos del ius puniendi.

V. CONCLUSIÓN.

La conclusión que avanzamos en el planteamiento parece, pues, razonablemente confirmada. El Real Decreto n.º 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma:

– **no ha afectado a los plazos de prescripción de delito**, pues una interpretación literal y sistemática de sus Disposiciones Adicionales Segunda y Cuarta impide entender que se refieran al instituto de la prescripción del delito;

– y **ni siquiera podría hacerlo**, ya que ni se trata de una norma que pueda regular válidamente los presupuestos materiales o sustantivos del ius puniendi; ni se pueden ampliar retroactivamente contra reo los plazos de prescripción del delito.

* * * * * *

Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller
Catedrático acred. de Derecho Penal, Univ. Carlos III de Madrid, España. Socio de la FICP.

~¿Puede calificarse como delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 556.1 del Código Penal) el mero incumplimiento de la prohibición de circular por las vías públicas durante el período de confinamiento?[1]~

Como se ha podido ver en sus primeras semanas de vigencia, el régimen jurídico de la "limitación de la libertad de circulación de las personas" establecido por el art. 7 del RD 463/2020 tiene no pocas zonas confusas y que se han prestado a diversas interpretaciones. Este precepto, como es sabido, establece que durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de un listado cerrado y muy limitado de actividades

Probablemente esta falta de claridad pueda tener que ver con un *pecado original*: es más que dudoso que el estado de alarma pueda habilitar a una "restricción" o "limitación" tan intensa de la libertad ambulatoria, tal como han señalado autores como Presno Linera y Álvarez García, es materialmente una *suspensión* no sólo de la libertad ambulatoria sino de otras libertades que van unidas a ella, como las de manifestación y reunión.

Pues bien: uno de los ámbitos donde se ha manifestado esa falta de claridad es el de las sanciones que corresponden a la infracción de los deberes relativos a esa "limitación de la libertad de circulación". Al no contemplarse expresamente el supuesto de la infracción de estas limitaciones en una norma sancionadora, se han planteado un sinnúmero de dudas.

Una de ellas afecta al Derecho Penal: ¿es posible calificar como ***delito de desobediencia grave a la autoridad*** (art. 556.1 del Código Penal) ***el mero incumplimiento de la prohibición de circular por las vías públicas***?

Este es el problema del que conoció, por ejemplo, la Sentencia de conformidad del Juzgado de Instrucción N.º 3 de Las Palmas de 26 de marzo de 2020, que condenó

[1] Este trabajo se enmarca en el Programa Interuniversitario "Cultura de la Legalidad" (ON TRUST-CM) de la Comunidad de Madrid. Previamente publicado en AA.VV., Derechos humanos ante la crisis del COVID-19 [en línea], Madrid, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2020, p. 9-11, disponible en: https://web.icam.es/bucket/Guia%20DDHH.pdf; en Otrosí.net; disponible en: https://www.otrosi.net/analisis/puede-calificarse-delito-desobediencia-grave-la-autoridad-mero-incumplimiento-la-prohibicion-circular-las-vias-publicas-periodo-confinamiento

por un delito de desobediencia grave a un ciudadano por los siguientes hechos probados:

> "El acusado …, con conocimiento, puesto que se ha difundido ampliamente por los medios de comunicación, que por Decreto 463/2020 de 14 de marzo del presente año, se ha impuesto el confinamiento obligatorio en su domicilio a todos los ciudadanos, con desprecio a dicha disposición de la Autoridad sobre la 01:55 horas del día 25 de marzo de 2020 se encontraba a la altura del nº … de la calle … de esta capital, a fin de mantener relaciones sexuales con su novia, según informo a los agentes de policía".

La sentencia, que al ser de conformidad no podrá ser recurrida, califica como delito de desobediencia la infracción de la norma en tanto que "disposición de la autoridad".

Tal interpretación del delito de desobediencia debe reputarse como **incorrecta**. El delito de desobediencia se refiere al acto de desobedecer **un requerimiento personalmente dirigido al desobediente**, y no la infracción de una norma general. La idea de que la infracción de lo dispuesto en un Real Decreto es desobediencia a la autoridad porque emana del Gobierno, que es la máxima autoridad del poder ejecutivo, ha sido considerado por el Tribunal Supremo como un "sinsentido", pues ello supondría que *la infracción de cualquier mandato o prohibición contenido en cualquier disposición general (que, lógicamente, emanan de una autoridad) sería delito de desobediencia*. Así, serían tan delito de desobediencia aparcar en doble fila como matar a una persona, pues ambas son conductas realizadas *"con desprecio a [una] disposición de la Autoridad"*, por emplear las palabras de la mencionada sentencia.

Por eso el Tribunal Supremo ha sido tajante a este respecto cuando se refiere al delito de desobediencia a la autoridad por parte de particulares. Reproduzco a continuación un pasaje recogido en la famosa STS 459/2019 (caso del *Procés*), Fundamento C), apartado 1.3.2, donde cita a su vez otras dos sentencias precedentes:

> "En efecto, es entendible que en aquellas ocasiones en las que el delito de desobediencia se imputa a un particular (cfr. arts. 556, 348.4.c, 616 quáter CP), **el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular. Solo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa**. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una **orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento**".

A partir de aquí pueden plantearse muy diversas cuestiones: la de la *gravedad* necesaria en la desobediencia para hablar de delito y no de la mera infracción administrativa del art. 36.6 de la Ley de Seguridad Ciudadana (en un artículo reciente,

el magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo MAGRO SERVET ha sugerido la polémica idea de que durante el estado de alarma *ha desaparecido el margen para la infracción administrativa de desobediencia* cuando alguien se opone a cumplir la orden de un agente de guardar el confinamiento, de modo que esos supuestos deben considerarse siempre delito), la *pertinacia* de la oposición (la mayoría de las sentencias condenatorias hacen referencia a casos de incumplimientos *reiterados* pese a que el sujeto ha sido requerido en varias ocasiones por los agentes de la autoridad), si es o no necesario el *apercibimiento* de las consecuencias del incumplimiento (pues existen una jurisprudencia no unánime a ese respecto), etc.

Pero lo que no parece discutible es que **el delito de desobediencia a la autoridad del art. 556.1 del Código Penal exige**, en palabras del Tribunal Supremo, que el autor desatienda una "orden personalmente notificada"; y que ese elemento no puede sustituirse por la mera infracción de un mandato o prohibición contenidos en una norma general. Tampoco durante un estado de alarma.

* * * * * *

Carmen Alcayde Blanes

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

~El ámbito de la responsabilidad civil derivada del uso de los vehículos a motor~

Sumario: I. Introducción. II. Régimen normativo. III. Los rasgos definitorios: elementos de la responsabilidad civil derivada de la conducción de vehículos a motor. 1. "Hecho de la circulación": Concepto. 1.1. La excepción de los daños dolosos. 2. "Vehículo a motor": Concepto. IV. La responsabilidad derivada de la conducción de vehículos a motor. Causas de exoneración. 1. Los daños personales. 1.1. La fuerza mayor. 1.2. Culpa exclusiva de la víctima. 1.3. Concurrencia de culpas. 2. Daños a los bienes. 2.1 La reparación del daño. V. Responsabilidad civil del propietario del vehículo. VI. Conclusiones. Bibliografía

Resumen.- El presente trabajo de investigación tiene por objeto un sintético análisis de la responsabilidad civil en el ámbito de la circulación vial, y ello tanto si el hecho dañoso es constitutivo de infracción criminal como si sólo es constitutivo de ilícito civil, pues la normativa a aplicar será la misma, razonando su fundamento, los elementos configuradores de su ámbito material, preguntando el título de la imputación según si los daños causados por el conductor del vehículo son personales o materiales, deteniéndome en las causas de exoneración y finalizando con una especial referencia a la responsabilidad del propietario del vehículo.

I. INTRODUCCIÓN

En la Circular 10/2011 "Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial" se resalta que en la 1ª Conferencia Interministerial Mundial auspiciada por Naciones Unidas sobre seguridad vial, bajo el lema "Es hora de actuar"[1], se barajó una cifra anual de víctimas de la circulación de 1.200.000 muertos y 50 millones de heridos, siendo calificada como verdadera pandemia, como catástrofe evitable para nuestro planeta a diferencia de las provocadas por fuerzas naturales y traducida en un coste del 1'5% del PIB. Se constata así que la siniestralidad vial es la primera causa de mortalidad en la población de entre cinco y veinte años y que se hallaría entre las primeras en 2020 de no adoptarse urgentes medidas.

Es un hecho notorio que el incremento en el uso de vehículos a motor implica unas consecuencias derivadas del riesgo creado por los mismos para la vida y salud de las personas. Pero al tiempo resulta innegable para una sociedad moderna y su desarrollo económico, la importancia que tiene la circulación vial al permitir el rápido y

[1] En la que se dieron cita, delegaciones de ministros y representantes responsables de la seguridad y cuestiones conexas y que finalizó con una declaración en la que se invitaba a los Estados miembros a proclamar un decenio de acción para la seguridad vial. En España el 11 de febrero de 2011 se acuerda aprobar las líneas básicas de la política de seguridad vial de 2011-2010.

seguro desplazamiento tanto de personas como de mercancías, siendo indiscutible su influencia para el crecimiento y desarrollo del bienestar social.

Que el ordenamiento jurídico preste atención a esta realidad social, resulta incuestionable[2]. Al cabo, «la necesidad es madre de leyes»[3]. Se trata, en esencia, de proteger a las víctimas[4] y perjudicados tras un accidente de circulación mediante la instauración de un sistema de responsabilidad objetiva en esta materia.

Y en cuanto es una actividad de riesgo, se postula mayoritariamente por la doctrina que la regulación de esta materia sea realizada desde la óptica de la prevención y de la reparación del daño, pues "la Constitución proclama el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art.15), por lo que esa actividad de riesgo que es la circulación y que ataca esos derechos fundamentales tiene que mantenerse si es que es necesaria a la sociedad pero ha de regularse desde la prevención de ese alto y grave riesgo y desde la reparación del daño".[5]

Ciertamente es en esta materia donde se evidencia de forma más clara el paso de una responsabilidad subjetiva o responsabilidad por culpa a una objetiva o responsabilidad por riesgo[6]. Y ello con el objetivo apuntado de permitir a la víctima resarcirse sin tener que pender sobre la misma la carga de acreditar la negligencia del conductor que le ha causado el daño[7].

De esta manera, el fundamento de la responsabilidad del conductor de un vehículo a motor no está en la falta de diligencia en su conducción, sino en el mismo hecho de la conducción, en el entendimiento de que tal actividad considerada de forma exclusiva y

[2] MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal parte especial, 2010, p.608: "la importancia ascendente del vehículo a motor como medio de transporte y el consiguiente aumento del parque automovilístico, requerirán, sin embargo, una regulación más enérgica y contundente".

[3] DE MIGUEL GARCILÓPEZ, A./HERRERO ZARZOYA, B.: Revista ibérica. 1935. Cita que sintoniza con la reflexión atribuida a TITO LIVIO «Necessitas ultimum et maximum telum est» o «la necesidad es madre de inventiva»

[4] Como dice SÁNCHEZ CALERO, "el interés social y la justicia hacen preciso e inexcusable una protección eficaz de todas las víctimas, independientemente de su culpa eventual en el accidente."

[5] DE LA TORRE OLID, F., La Ley Penal, 39, 2007, pp. 4.

[6] A esta evolución de la responsabilidad civil en este ámbito se refiere especialmente la STC 181/2000 (ROJ: 181/2000) afirmando que este es sin duda alguna uno de los sectores en que el progreso social ha requerido un giro decisivo en la forma de entender el derecho común en la responsabilidad civil.

[7] La Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, objeto posteriormente de Texto Refundido por Decreto de 21 de marzo de 1968, estableció ya (en su art. 39) que nace la obligación de indemnizar en todo caso, aunque no existiera culpa del conductor; el cual queda exonerado sólo cuando el hecho fuese debido exclusivamente a culpa del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo.

excluyente, entraña en sí misma un riesgo. La responsabilidad objetiva ha desplazado a la culpa.[8]

Estos factores, considerados en su conjunto, sientan las bases que predicen una metamorfosis jurídica en la concepción del nuevo derecho de daños derivado de la circulación de vehículos a motor, un cambio radical de los postulados clásicos de la responsabilidad civil.

Lo anterior conlleva para el propietario de un vehículo a motor la obligatoriedad de suscripción de un seguro de responsabilidad civil[9] que garantice la indemnidad de la víctima, existiendo, en supuestos de ausencia de cobertura, un organismo público (el Consorcio de Compensación de Seguros) que responderá de la indemnización.[10]

Esto determina lo que se ha denominado la *"socialización del riesgo"*[11] que implica que del daño causado no responde el conductor con sus bienes particulares, sino que lo hacemos toda la colectividad mediante el abono de unas primas a las compañías aseguradoras o por las contribuciones que se establezcan a favor del Consorcio.

II. RÉGIMEN NORMATIVO

El establecimiento de una responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor cuenta con un amplio abanico normativo siendo asimismo objeto de un extenso tratamiento por parte de la doctrina y de consideración, prácticamente inacabable, por la jurisprudencia.

Desde una perspectiva estrictamente normativa, puede indicarse que en el ámbito que nos ocupa existe una notable dispersión regulatoria, siendo preciso atender a disposiciones contenidas en un buen número de textos normativos de rango jurídico y alcance muy diverso. De este modo, y sin pretensión de exhaustividad, parece obligada la referencia, al menos a las siguientes disposiciones que inciden de un modo tangencial en la responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor:

---

[8] LLAMAS POMBO. E.: Revista de responsabilidad civil y seguro, 29, 2009, pp. 35 y ss.

[9] Seguro que tiene la particularidad de ser el primer seguro obligatorio de responsabilidad civil creado en nuestro país (Se crearon antes otros seguros, pero eran de accidentes, como el de la responsabilidad del transportista aéreo (arts. 126 y ss. de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre normas reguladoras de la navegación aérea) o el Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo (arts. 29 y ss. del Decreto de 22 junio 1956, por el que aprueba el Texto Refundido de la legislación de Accidentes del Trabajo y el Reglamento para su aplicación).

[10] Esto ocurrirá, fundamentalmente, en los supuestos de daños causados por vehículos sin seguro, por vehículos que se dan a la fuga o por vehículos asegurados en una entidad que deviene insolvente para hacerse cargo de los mismos.

[11] GARCÍA-CHAMÓN GUEVARA, E.: La responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor: especial consideración al daño y a su reparación. 2015, p. 5.

– Constitución Española: cuyo artículo 149.1.21ª reserva al Estado de manera exclusiva el título competencial relativo a la regulación sobre tráfico y circulación de vehículos a motor.

– Código Civil: regulador, entre otros muchos aspectos, de las normas generales sobre obligaciones[12]; las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia[13]; y reglas relativas a la prescripción de acciones[14].

– Código Penal[15]: al regular la responsabilidad civil derivada del delito[16]. Al respecto cabe señalar que fue la Ley Orgánica 15/2007 de 30 de noviembre, la que modificó el Código Penal, introduciendo la denominación de "Delitos contra la Seguridad Vial", sustituyéndola por la anterior de "Delitos contra la Seguridad del Tráfico", vigente desde la Ley del Automóvil de 9 de mayo de 1.950.[17]. Por su parte la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio se propuso ciertas modificaciones relativas a las consecuencias jurídicas y regulación procesal de la prueba de detección de tóxicos que afecto a la aplicabilidad de alguno de los artículos, particularmente el relativo al delito de conducción bajo la influencia de estas sustancias y el delito de negativa a someterse a las pruebas de detección[18]

– Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: por cuanto "el seguro obligatorio de automóviles se ha convertido en un instrumento jurídico de suma importancia. Este tipo de seguro junto al CCS forman los dos pilares fundamentales del sistema de garantías de la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor".[19]

– Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros: en la medida en que se hace necesario la instauración un patrimonio o fondo que responda ante las victimas en los supuestos en que no es suficiente porque falla el sistema de responsabilidad establecido. De ahí la necesidad del Fondo Nacional

[12] Arts. 1088 a 1090, 1092 y 1101 a 1108.
[13] Arts. 1902 a 1905.
[14] Arts. 1968.2º, 1969 y 1973.
[15] Los delitos contra la seguridad vial están tipificados en el Capítulo IV del Título XVII, dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva, que comprenden los artículos 379, 380, 301, 382, 383, 384, 385, 385 bis y 385 ter
[16] Título V arts. 109 a 126.
[17] Véase ROBLEDO VILLAR, A., Diario la Ley, 6877.
[18] Véase GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: Tráfico y Seguridad Vial, 145, 2011.
[19] DE DIOS DE DIOS, M.A.: Culpa exclusiva de la víctima en los accidentes de circulación, 2012, pp. 305,

de Garantía de los Riesgos de la Circulación, para cubrir estos supuestos y conseguir verdaderamente "a ultranza" esa protección.

– Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a Motor y Seguridad Vial;

– Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación.

– Finalmente, conviene también tener en cuenta las diferentes Resoluciones de la Dirección General de Seguros y de Fondos de Pensiones que actualizan anualmente las indemnizaciones por fallecimiento, secuelas y lesiones temporales.

Sea como fuere, sin duda alguna, el núcleo esencial de la regulación que ahora nos ocupa viene conformado por lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante, LRCSCVM)[20].

Ciertamente muchas de las personas que sufren un daño como consecuencia de un accidente de circulación buscan su resarcimiento ya sea contra el conductor del vehículo, su propietario o la Cía. Aseguradora.

Este texto es el fruto, por un lado, de la legislación anterior[21], que se había separado de la exigua regulación de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil al resultar claramente insuficiente y difícilmente adaptable a las especiales peculiares de esta realidad social que constituye la circulación de vehículos a motor[22], y de otro, de las Directivas de la Unión Europea dirigidas a uniformar la legislación de los Estados miembros y que, sobre todo, se han preocupado por la regulación del seguro obligatorio[23].

[20] Se publicó en el BOE núm. 267, de 5 de noviembre de 2004 y cuya entra en vigor se produjo al día siguiente.

[21] Sobre los antecedentes legislativos, véase REGLERO-CAMPOS, L.F: Tratado de Responsabilidad Civil, 2008, pp. 272 y 273.

[22] Sobre evolución del sistema codificado, véase DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R: Tratado de Responsabilidad Civil, 1993, pp. 52 y ss.

[23] Directiva 2009/103/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de responsabilidad civil que deriva de la circulación de vehículos automóviles, así como el control de asegurar esa responsabilidad (DOUE 7 de octubre de 2009) y que ha derogado las anteriores cinco Directivas en la materia estableciendo un único texto sistematizado.

La LRCSCVM ha sido objeto de sucesivas reformas, la última y la de mayor calado ha sido la operada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidentes de Circulación[24]. El cambio operado se centra, especialmente, en lo relativo al procedimiento de reclamación de los daños y perjuicios tras un accidente de tráfico, como evidentemente, en el sistema de valoración del daño corporal. Con esta reforma, el Texto Refundido de la LRCSCVM, ofrece una estructura más ordenada y clara al tratar de forma diferenciada los daños patrimoniales como tercera línea maestra del sistema.

Asimismo, en desarrollo de la LRCSCVM, está el Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor.

III. LOS RASGOS DEFINITORIOS: ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR

Sin lugar a dudas "Hecho de la circulación" y "vehículo a motor" son los dos conceptos básicos en torno a los cuales pivota el sistema de responsabilidad civil regulado en la LRCSCVM, al ser los que van a delimitar su ámbito material de aplicación[25].

Por eso resulta sorprendente que las mismas no aparezcan definidas en la citada Ley. Solamente el nº 6 del art. 1 dice: "Reglamentariamente, se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta Ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes."[26]

1. "Hecho de la circulación": Concepto

Se ha de señalar que la definición reglamentaria de hecho de la circulación es extraordinariamente amplia. Así, el artículo 2.1 RRCSCVM afirma que son hechos de la

[24] Sobre los trabajos previos y motivos de la reforma: MARTIN-CASALS, M: Revista Top Jurídico, Responsabilidad Civil, Seguro y Trafico, 2015.

[25] FERNÁNDEZ LAGO, B. M: Diario La Ley, 8018, 2013.

[26] Téngase en cuenta que en el concepto de «circulación de vehículos» se incluye la utilización de un vehículo conforme con la función habitual de dicho vehículo.

circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor "tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos y privados aptos para la circulación, urbanos o interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común".[27]

Por otro lado, el artículo 2.2 RRCSCVM afirma que no se consideran hechos de la circulación:

> "a) Los derivados de la celebración de pruebas deportivas con vehículos a motor en circuitos especialmente destinados al efecto o habilitados para dichas pruebas, sin perjuicio de la obligación de suscripción del seguro especial previsto en la disposición adicional segunda.
>
> b) Los derivados de la realización de tareas industriales o agrícolas por vehículos a motor especialmente destinados para ello, sin perjuicio de la aplicación del apartado 1 en caso de desplazamiento de esos vehículos por las vías o terrenos mencionados en dicho apartado cuando no estuvieran realizando las tareas industriales o agrícolas que les fueran propias.
>
> En el ámbito de los procesos logísticos de distribución de vehículos se consideran tareas industriales las de carga, descarga, almacenaje y demás operaciones necesarias de manipulación de los vehículos que tengan la consideración de mercancía, salvo el transporte que se efectúe por las vías a que se refiere el apartado 1.
>
> c) Los desplazamientos de vehículos a motor por vías o terrenos en los que no sea de aplicación la legislación señalada en el artículo 1, tales como los recintos de puertos o aeropuertos."

En este sentido cabe señalar que se debe otorgar una interpretación amplia al concepto, cuyo vocablo debe tener el alcance interpretativo de incluir todo evento en que concurra una unívoca conexión entre el hecho productor del daño y el hecho de uso y circulación de vehículos a motor, por lo que cabría equiparar la expresión "con motivo de la circulación" a la de "hecho de la circulación"[28].

a) La excepción de los daños dolosos

Como se dijo, el propio art.1.6 in fine de la LRCSCVM afirma que, en todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes.

[27] La Sentencia TJUE (Sala Sexta) de 20 de diciembre de 2017, Rec. C-334/2016, declara que, el artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, que permite excluir de la cobertura del seguro obligatorio los daños producidos con ocasión de la conducción de vehículos automóviles por vías y terrenos no «aptos para la circulación», salvo aquellos que, sin tener tal aptitud, sean no obstante «de uso común».

[28] Sentencia de la Audiencia de Murcia de fecha 7 de mayo de 2015

La misma idea aparece reproducida en el artículo 2.3 RRCSCVM cuando dice que tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes.

Así pues, si la utilización de un vehículo a motor se realiza por el conductor con la única finalidad de cometer un delito, dicha conducta no puede considerarse incluida dentro de este ámbito y, consecuentemente, nos encontraremos ante un hecho ajeno que se podrá oponer al perjudicado.[29]

En todo caso, debe recordarse que el propio artículo 2.3 RRCSCVM, afirma que "sí será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad vial, incluido el supuesto previsto en el artículo 382 de dicho Código Penal".

Por tanto, sí es hecho de la circulación, conductas que son constitutivas de delito contra la seguridad del tráfico, y que, aunque en líneas generales no incluyen delitos dolosos, en algunos supuestos si se contempla el dolo eventual.[30].

Por otra parte, resulta evidente que dentro del concepto de hecho de la circulación está incluido el conducir bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas, sin que sea oponible por las aseguradoras para eludir el pago de la indemnización la concurrencia de esas circunstancias. Eso sí, efectuado el pago de la indemnización, conforme al artículo 10.a LRCSCVM, "podrá repetir contra el conductor, el propietario del vehículo y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas". [31]

2. "Vehículo a motor": Concepto.

El artículo 1.1 RRCSCVM afirma que "Tienen la consideración de vehículos a motor, a los efectos de la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor y de la obligación de aseguramiento, todos los vehículos idóneos para circular por la superficie terrestre e impulsados a motor, incluidos los ciclomotores, vehículos

[29] STS de 28 de octubre de 2003 (ROJ 8399/2003).

[30] SOTO NIETO, F Daños dolosamente causados por la conducción. Una polémica que perdura, 2001, p. 1556.

[31] Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de marzo de 1996 (DOCE núm. 180\10, de 22 de junio).

especiales, remolques y semirremolques, cuya puesta en circulación requiera autorización administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial".

Como puede observarse, el concepto de vehículo a motor dado por el artículo 1.1 RRCSCVM es igualmente muy amplio, ya que considera como tal, a todo vehículo, que, impulsado por motor, especial o no, sea idóneo para circular por la superficie terrestre.

A esta cuestión, se puede objetar que el artículo 2.2 RRCSCVM no considera como hecho de la circulación el derivado de tareas industriales o agrícolas por vehículos a motor especialmente destinados para ellos. Ahora bien, tal y como afirma el propio artículo 2.2, esto es así, sin perjuicio de la aplicación del apartado, en caso de circulación por las vías o terrenos mencionados en dicho apartado.

En todo caso, el propio artículo 1.2 RRCSCVM excluye del concepto de vehículo de motor a los efectos de la LRCSCVM a los vehículos expresamente por él señalados, esto es, los ferrocarriles, los tranvías y otros que circulen por vías que les sean propias. También, el artículo 1.2 RRCSCVM afirma que "No se encontrarán incluidos en el ámbito material del presente Reglamento los vehículos a motor eléctricos que por concepción, destino o finalidad tengan la consideración de juguetes, en los términos definidos y con los requisitos establecidos en el artículo 1.1 del Real Decreto 880/1990, de 29 de junio, por el que se aprueban las normas de seguridad de los juguetes, y su normativa concordante y de desarrollo. Tampoco se encontrarán incluidas en el ámbito material del presente Reglamento las sillas de ruedas".

IV. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR. CAUSAS DE EXONERACIÓN

El artículo 1.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, dispone la siguiente regla general en relación con la responsabilidad que nos ocupa: "El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación."

El legislador, por tanto, ha optado por mantener el criterio introducido por el Real Decreto Legislativo 1301/1986, e 28 de junio, por el que se adapta el Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor al ordenamiento jurídico

comunitario, conforme al cual se establece un doble régimen de responsabilidad en atención al objeto del daño. De este modo, el criterio de imputación de la responsabilidad será diferente según estemos ante daños en las personas o en los bienes.

1. Los daños personales

Siguiendo con lo dispuesto en el artículo 1.1 LRCSCVM, "En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos."

A tenor de este texto, parece claro que, tratándose de daños personales, es unánime el criterio de que el sistema de responsabilidad civil es objetivo[32], sin perjuicio de que el citado artículo exima de responsabilidad al deudor de la prestación a resarcir en dos supuestos: cuando prueba que los daños son debidos a la culpa exclusiva de la víctima; o, en segundo lugar, cuando media a la existencia de fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo[33]. Es menester, por tanto, plantearse cuál es el alcance real de ambas situaciones en nuestra práctica forense.

En todo caso, la existencia de dichas causas de exoneración no modifica la calificación de la responsabilidad civil del conductor como objetiva, lo único que impide es que sea calificable de absoluta.

a) La fuerza mayor

Comenzando por el último supuesto de descarga de la responsabilidad, la **fuerza mayor**, de manera ordinaria, y por imperativo legal, no se considerarán casos de fuerza mayor relativa al funcionamiento del vehículo los defectos del vehículo, ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.

Y la fuerza mayor extraña a la conducción, según se viene entendiendo por numerosas resoluciones de las Audiencias Provinciales, tiene una concepción específica más restringida en el automóvil que la genérica prevista en el art. 1105 del Código Civil asentando la siguiente doctrina: "todo cuanto emane y sea consecuencia de la conducción mecanizada, todo lo que tenga su arranque causal en hechos a ella

[32] La relevancia del sistema de responsabilidad objetiva se manifiesta en la sentencia del TS Pleno de 10 de septiembre de 2012 (ROJ: STS 7647/2012)

[33] MEDINA ALCOZ L., en Letelier Wartenberg R. (Coord.), La falta de servicio, 2012, p. 425.

inherentes, todo lo que sea consustancial al peligro que la circulación entraña y al riesgo que su dinámica proyecta, por ser de anticipada previsión y tácita aceptación por el usuario del vehículo (y porque la Ley se apoya, para configurar la responsabilidad cuasiobjetiva o atenuada, en la calificación del vehículo como medio u objeto peligroso, razón por la que se impone la asunción de los riesgos creados), tiene que reputarse ajeno al concepto de fuerza mayor"[34].

De todo lo cual se deriva el hecho de que nuestros tribunales manejan una concepción restrictiva de la fuerza mayor como causa suficiente para exonerar de su responsabilidad al conductor en caso de accidente.

b) Culpa exclusiva de la victima

Y algo parecido ocurre con la segunda vía de exención de la responsabilidad, esto es, con la "**culpa exclusiva de la víctima**". Ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de precisar el sentido de la exención de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima. Sus resoluciones han impreso un carácter restrictivo a la estimación de la misma. Así, se configura como una verdadera "excepción" en un régimen que trata de obtener "a ultranza"[35] el resarcimiento de quien ha resultado víctima de los riesgos propios de la circulación rodada.

La regla general es que el comportamiento culposo de la víctima tan sólo producirá efectos liberatorios "cuando es el único fundamento del resultado, rompiendo el nexo causativo"[36] y su apreciación se limitará a aquellos supuestos en que el aporte de culpa del damnificado es "tan acusado y determinante que a nadie más que a él mismo y a su propia conducta puede serle imputable el resultado producido"[37]. Por lo que la culpa exclusiva de la víctima se refiere no sólo a la total ausencia de culpa o responsabilidad por parte del agente por ajustarse a su conducción a las normales exigencias del tráfico viario, sino también a la adopción de la maniobra más oportuna para evitar el daño, procurando por todos los medios aminorar el peligro, de manera que

[34] SAP Pontevedra de 24 de octubre de 2007 y SAP Madrid 1 junio 2011

[35] La "protección a ultranza" de las víctimas de accidentes de circulación, expresada en la Exposición de Motivos de la LUCVM.

[36] Sentencia del Pleno 294/2019, de 27 de mayo. Recurso 2999/2016 sobre interpretación del art. 1 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM) para los casos de daños en los bienes por colisión recíproca sin determinación del grado o porcentaje de culpa de cada conductor

[37] STS de 4 de octubre de 1982 (ROJ 156/01082)

las consecuencias lesivas deriven de forma absoluta y exclusiva de la conducta de la víctima, y cuya causación no pudo ser evitada por el conductor.

Se debe también indicar que la exoneración de la responsabilidad con base en la culpa exclusiva de la víctima, requiere por parte de quien la opone, una prueba rigurosa que demuestre con toda evidencia, que sólo la conducta del perjudicado ha sido determinante del resultado dañoso producido, siendo preciso la demostración de que el daño está exclusivamente causalizado por la conducta de la víctima. En consecuencia, es el que alega culpa -exclusiva o concurrente- del conductor contrario quien debe probarla[38]. Semejante afirmación, incluida en el primero de los artículos de la Ley, viene a reflejar la importancia de trasladar la carga de la prueba a quien incurre en el riesgo objetivo de introducir en el tráfico un vehículo a motor y que a su vez conlleva necesariamente que el mismo debe probar su ausencia de culpa o negligencia, y la correcta conducción de su automóvil.

c) Concurrencia de culpas

Por último señalar que si nos encontráramos ante el supuesto de que concurriese la negligencia del conductor y la del perjudicado, se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad y al repartimiento de la cuantía de la indemnización de acuerdo con las culpas concurrentes.

En este sentido, es preciso recordar que, con respecto a la concurrencia, se exige la existencia de conductas concausales, es decir, que hayan contribuido causalmente al daño, de modo que resulten propicias y contribuyan decididamente a la producción del resultado, en definitiva, una coautoría culpabilística[39] de manera que debe distribuirse proporcionalmente el "quantum".

En ningún caso se trata de una compensación de culpas sino de distribución proporcional del "quantum", porque las culpas nunca se compensan por lo que, cuando

[38] La presunción de culpa del agente y la inversión de la carga de la prueba en la doctrina jurisprudencial de la que fue pionera la STS de 10 de julio de 1943 (ROJ: 147/1943): "Considerando que si bien el criterio de la responsabilidad objetiva en los atropellos causados por automóviles no está consagrado en nuestras leyes, esto no excluye que en los casos en que resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse esta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción:; bien entendido que para no tomar a antijuricidad y la culpa, si en principio existen, es necesario demostrar que el autor el hecho causal del daño había procedido con diligencia y cuidados debidos, según las circunstancias, y siempre que el perjudicado contribuye a la realización del expresado hecho, es obligado a efectos compensatorios, determinar quién es el responsable del acto de mayor u omisión de mayor preponderancia".

[39] STS de 7 de octubre de 1988, que ejemplifica una consolidada doctrina jurisprudencial que exige acompasar la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad.

un accidente se produce por varias causas -concausas- cuya conjunción provoca el suceso y todas provienen o responden a -autorías- sujetos distintos, no cabe sino computar en el resarcimiento reparador del daño declarado a favor de la víctima o dañado, su tanto de culpa o autoría en aquella concausa, y, por ende, disminuir en el beneficio atributivo la suma que se considere porcentualmente adecuada.

2. Daños a los bienes

Respecto a los daños en los bienes, el artículo 1.1.3 LRCSCVM anteriormente citada, recoge que "En el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal, y según lo dispuesto en esta Ley". El texto asume, por tanto, el criterio de responsabilidad por culpa o negligencia[40].

De esta manera, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012[41], la exigencia de que se cumplan los requisitos del artículo 1902 del Código Civil, comporta que la responsabilidad civil por riesgo queda sujeta, al principio clásico en la jurisprudencia anterior a la LRCSCVM sobre daños en accidentes de circulación, de inversión de la carga de la prueba, la cual recae sobre el conductor causante del daño y exige de ese, para ser exonerado, que actuó con plena diligencia para la conducción.

a) La reparación del daño

En nuestro ordenamiento jurídico, el régimen de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual, está sometido al principio básico de la reparación íntegra o *"restitutio in integrum"*. La reparación del daño ha de ser total y plena, con el doble designio de restablecer el equilibrio patrimonial alterado por la conducta lesiva y dejar indemne al perjudicado[42].

El anterior principio de resarcimiento integral de los daños imputables a una determinada actividad, late implícitamente en los artículos del Código Civil reguladores

[40] Efectivamente y solo a título de ejemplo, véase DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, Sistema de Derecho civil, mayoritariamente la doctrina coincide en considerar que la responsabilidad del conductor por los daños materiales causados en accidente de circulación se basa en el criterio tradicional de la culpa.

[41] ROJ: 7647/2012

[42] STS 901/2001 de 9 de octubre de 2001: Responsabilidad extracontractual: Indemnización de daños y perjuicios «prueba del daño». Es necesaria la acreditación de la realidad del daño que se dice haber sufrido.

de la responsabilidad civil tanto en la esfera contractual como en la extracontractual[43], como también en nuestra jurisprudencia, en particular en el artículo 1902 del Código Civil, a cuyo tenor, la obligación de reparar el daño causado, debe procurar la indemnidad del perjudicado y el más exacto restablecimiento del patrimonio afectado por la conducta ilícita[44].

Ese criterio de la integridad de la reparación, no es sin embargo absoluto, admitiéndole la posibilidad de reducir la indemnización que haya de corresponder al perjudicado en determinados casos, como la concurrencia de culpa de la víctima, o en los que ésta tiene legal o convencionalmente el deber de mitigar el daño. También cabe una facultad de moderación judicial de la responsabilidad contractual[45] que la jurisprudencia ha extendido a la extracontractual.

Por otro lado, la reparación íntegra del daño ha de comprender todas las consecuencias perjudiciales padecidas, sean de carácter material o moral. El daño material ha sido claramente perfilado por la doctrina y la jurisprudencia, bajo el doble aspecto de daño emergente o pérdida efectivamente sufrida, y lucro cesante o ganancia dejada de obtener por el perjudicado[46]. En todo caso, existe un límite aplicable tanto a los daños materiales como a los morales, que es el que deriva de la necesidad de evitar todo enriquecimiento injusto en el perjudicado, obteniendo éste, a costa del sujeto responsable, una reparación superior al propio daño.

Precisamente respecto a la necesidad de evitar una indemnización superior al valor real de los daños, la STS de 22 de julio de 2004[47] señalaba que el perjuicio indemnizable en virtud de dicha responsabilidad ha de ser real y efectivo, y su acreditación precisa y categórica, sin que sean suficientes las meras hipótesis, conjeturas o probabilidades vinculadas a supuestos de hechos posibles o inciertos, para lo que es imprescindible concretar su entidad real.

Ahora bien, la cuestión no se resuelve con planteamientos genéricos, sino caso por caso. Es decir, si la indemnización puede suponer o no una mejora excesiva e inadecuada que excede de la íntegra restitución a que se refiere el artículo 1106 del Código Civil.

[43] Arts. 1106, 1107 y 1902.
[44] SSTS de 24 de abril de 1978 y 13 de abril de 1987, entre otras.
[45] Artículo 1103 del Código Civil.
[46] Artículo 1106 del Código Civil.
[47] STS 973/2004.

V. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROPIETARIO DEL VEHÍCULO

Es a partir del año 1995, cuando la LRSCVM admite la responsabilidad civil del propietario del vehículo, pues con anterioridad la refería exclusivamente al conductor. Por razones obvias ello había sido criticado ampliamente por la doctrina. Así SÁNCHEZ CALERO, llega afirmar que "el hecho de preverse únicamente la responsabilidad del conductor era un defecto del sistema de responsabilidad civil contemplado en la mencionada Ley, ya que en un sistema objetivo de responsabilidad hubiera sido más acertado, además de la responsabilidad de aquél, contemplar también la del propietario o detentador del vehículo"[48].

Actualmente el artículo 1.1 párrafo 3º de la LRSCVM sostiene que el propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con este por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1.903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal. En todo caso, la responsabilidad del propietario cesará cuando pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Es decir, el artículo 1.1 LRCSCVM afirma que con carácter principal el responsable sigue siendo el conductor, siendo que la responsabilidad del propietario no conductor únicamente surge cuando éste no pueda probar que utilizó la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Asimismo, conforme al artículo 2.1 LRCSCVM, todo propietario tiene la obligación de suscribir un contrato de seguro por cada vehículo del cual sea titular.

En este punto se afirma por el art. 1.3 párrafo 2º que el propietario no conductor de un vehículo sin el seguro de suscripción obligatoria responderá civilmente con el conductor del mismo de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por éste, salvo que pruebe que el vehículo le hubiera sido sustraído.

De lo anterior se colige, que la efectiva satisfacción de la indemnización para quien resulta perjudicado en un accidente de circulación, no depende tanto del número de personas responsables, sino que aquella sea satisfecha, bien por la Cía. aseguradora, o en su caso por el Consorcio de Compensación de Seguros, siendo estos últimos, por tanto, los más interesados en delimitar las posibles personas responsables y ello en aras de poder ejercitar el correspondiente derecho de repetición previsto en los arts. 10 y

[48] SÁNCHEZ CALERO, F: RES, 49, 1987, pp. 30 y ss.

11.4 de la LRCSCVM, respectivamente frente a aquellos que junto con el conductor, deban responder de los daños causados por el vehículo.

Por su parte, el Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor (RRCSCVM), en su art artículo 4 RRCSCVM afirma que a efectos de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil, se presumirá (se trata de una presunción iuris tantum) que tiene la condición de propietario del vehículo "la persona natural o jurídica a cuyo nombre figure aquél en el registro público que corresponda".

Ahora bien, la responsabilidad civil del propietario de un vehículo está también regulada en el artículo 120.5 CP. Y este artículo establece, por un lado, una responsabilidad subsidiaria del propietario del vehículo, ya que éste sólo deberá responder en caso de insolvencia del conductor causante del daño. Asimismo, el artículo 120.5 CP establece una responsabilidad civil objetiva del propietario del vehículo, puesto que no está matizada por la posibilidad de la prueba de que empleó la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

VI. CONCLUSIONES

En una sociedad moderna, en la que el tráfico viario despunta como uno de los instrumentos básicos que posibilitan su desarrollo económico y el progreso social, generando un mayor bienestar, al permitir el rápido desplazamiento de las personas y de las mercancías, este, constituye al tiempo una actividad que, a todas luces, es susceptible de provocar graves daños a las personas y a los bienes y respecto de los cuales nuestro ordenamiento jurídico no puede ser ajeno.

Se trata de una actividad de riesgo susceptible, per se, de generar daños. En nuestro ordenamiento jurídico, la exigencia de responsabilidad en la materia, ha evolucionado desde una responsabilidad exigible desde los parámetros de la culpa a una responsabilidad objetiva, en la que indudablemente el tema de la carga de la prueba tiene una gran importancia.

La LRCSCVM constituye la norma de referencia que perfila el ámbito la responsabilidad civil derivada de la circulación vial y ello tanto si el hecho dañoso es consecuencia de una infracción criminal como de un ilícito civil.

Ámbito material que aparece definido por dos conceptos básicos, el de hecho de la circulación y el de vehículo a motor y que distingue si los daños se producen a las personas, en cuyo caso estaríamos ante una responsabilidad objetiva, de la que solo sería posible la exoneración en supuestos de culpa exclusiva de la víctima y fuerza mayor y daños a los bienes, en cuyo caso estaríamos ante una responsabilidad subjetiva o por culpa. La responsabilidad de resarcir e indemnizar alcanza, además de al conductor, al propietario del vehículo, el cual está obligado a suscribir un seguro obligatorio que responda de los daños a terceros.

BIBLIOGRAFÍA

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R: Tratado de Responsabilidad Civil, Ed. Cívitas, Madrid 1993.

DE DIOS DE DIOS, M.A.: Culpa exclusiva de la víctima en los accidentes de circulación. La Ley, 2012.

DE LA TORRE OLID, F., La responsabilidad civil por uso y circulación de vehículos de motor, La Ley Penal, 39, Sección Estudios, junio 2007.

DE MIGUEL GARCILÓPEZ, A./HERRERO ZARZOYA, B.: La Responsabilidad Sin Culpa. Teoría jurídica del delito en Italia. Revista ibérica. Nuevas Gráficas Madrid.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, Sistema de Derecho civil". Volumen II. "El contrato en general. La relación obligatoria. Ed. Tecnos, 2016.

FERNÁNDEZ LAGO, B. M: El hecho de la circulación, en Diario La Ley, 8018, 2013.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: Incidencia de la reforma del Código penal en los delitos contra la seguridad vial, Tráfico y Seguridad Vial, 145, enero 2011.

LLAMAS POMBO. E.: Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños. Revista de responsabilidad civil y seguro, 29, 2009.

MARTIN-CASALS, M: Líneas generales de la Propuesta del Sistema Valorativo y de sus disposiciones directivas, Revista Top Jurídico, Responsabilidad Civil, Seguro y Trafico, Ed. Sepin, septiembre 2015.

MEDINA ALCOZ L., El problema de la culpa en el Derecho de daños, en LETELIER WARTENBERG R. (Coord.), La falta de servicio, Thomson Reuter, Chile 2012

MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal parte especial, Tirant Lo Blanch Valencia 2010.

REGLERO-CAMPOS, L.F: Tratado de Responsabilidad Civil, Ed. Aranzadi 2008.

ROBLEDO VILLAR, A., Los delitos contra la seguridad vial, Innovaciones introducidas por la Ley Orgánica 15/2007 de 30 de noviembre, Diario la Ley, 6877.

SÁNCHEZ CALERO, F: La evolución del seguro de automóviles, RES, 49, enero-marzo, 1987

SOTO NIETO, F.: Daños dolosamente causados por la conducción. Una polémica que perdura, Ed. La Ley, 2001.

* * * * * *

Alfonso Allué Fuentes
Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España.
Socio de la FICP.

~Una mirada hacia la bioética desde el Derecho Penal, la Política Criminal y la Biojurídica~

Sumario.- I. Introducción general. II. La bioética entre el Derecho y la política criminal. 1. Interrelaciones. 2. Principios de la bioética. *a) Planteamiento y contenido. b) Un enfoque alternativo.* 3. Aparece la biojurídica. 4. Una visión global. III. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

Los profundos avances que se han venido produciendo en las ciencias médicas y biológicas desde el siglo XX hasta la actualidad, así como los que sin duda van a continuar desarrollándose merced a una tecnología cada vez más depurada y precisa en sus procedimientos y resultados, exceden de la mera y previsible problemática que siempre origina cualquier cambio en un *statu quo* vigente – social, económico, tecnológico, político, etc. – y obligan a acometer importantes reflexiones que hunden su raíz en campos tan sensibles como la ética y el Derecho, cuyos instrumentos han de ponerse al servicio de las consecuencias que disciplinas tan todavía novedosas como la biomedicina o la tecnomedicina aportan a la actividad investigadora y a los tratamientos de las diversas enfermedades o disfunciones que afectan a la salud humana en sus diferentes ámbitos.

A propósito de los progresos que se advierten en el campo biomédico se han diferenciado dos posiciones antagónicas relacionadas con las dimensiones ética y jurídica que le afectan. Una primera tesis defiende la separación entre ambos enfoques alegando que la bioética tiene un carácter marcadamente ético y normativo, en sentido de que sus principios prevalecen sobre las normas jurídicas que se deducen de ellos, asumiendo una labor de dirección ejercida sobre la actividad legislativa. Contrariamente, una posición inclusiva niega la existencia de brechas o separaciones entre lo ético y lo jurídico, sino que antes bien ambos confluyen y se nutren mutuamente en una rama de la bioética constituida a la vez por la bioética y el Derecho; este hermanamiento de disciplinas abre un campo de conocimiento más concreto dentro de la bioética y permite estudiar las interactuaciones que se desenvuelven entre la sociedad y la biomedicina. Así, *bioética y Derecho* engloba las repercusiones jurídicas que se desprenden de la actividad de la biomedicina[1].

[1] MÉNDEZ BAIGES, V., Revista de Bioética y Derecho, 6, 2006, pp. 1-2.

II. LA BIOÉTICA ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA CRIMINAL.

1. Interrelaciones.

Una vez sentado el vínculo que conecta entre sí la bioética y el Derecho, un tercer elemento a tener en cuenta como parte de este engranaje viene constituido por la política criminal, aflorando entonces una relación de funcionalidad que opera entre ellos recíprocamente: las decisiones que se adoptan desde las instancias de poder y que obedecen a una determinada política criminal – entendida como aquellas acciones tendentes a la evitación o la erradicación del crimen – tienen un límite en el Derecho penal, cuyas normas positivadas determinan los contornos y fronteras de aquella capacidad decisoria para impedir que se sustente en la arbitrariedad, atendiendo a los fines de la prevención general y especial; y, por su parte, la bioética suministra a los operadores jurídicos criterios de respeto a la dignidad humana junto con argumentos que aspiran a esclarecer lo que resulta o no correcto en la actividad de prevención, persecución y castigo del delito, humanizando el Derecho[2]. Surge así, como precipitado resultante de esta conjunción de elementos, lo que se ha denominado la *biojurídica*, sobre la que más adelante volveremos aunque sin perjuicio de dejar ya apuntado que su objeto consiste en una pregunta que va más allá del cuestionamiento estándar de lo que está jurídicamente prohibido o permitido, sino que se plantea desde la bioética qué prohibición o qué permiso resultan dentro del Derecho dignos de defensa o merecedores de reproche[3].

Y aún cabe advertir la coexistencia de determinados aspectos que son comunes a la bioética y la política criminal para culminar su compartida relación con el Derecho penal. Así, tienen ambas en común su naturaleza práctica, por cuanto constituyen saberes empíricos que se dirigen bien a diseñar estrategias para la lucha contra el delito a través de la intervención estatal (política criminal), bien a resolver problemas relacionados con las actitudes y las políticas a seguir a causa del conocimiento del mundo biológico, del que derivan las correspondientes consecuencias y responsabilidades (bioética). Además, comparten una metodología interdisciplinar: apoyándose ambas en el Derecho, la Sociología y la Psicología, la política criminal también precisa de la economía y la ciencia política, y la bioética necesita de las ciencias biológicas y de la salud. Finalmente, los puntos de consenso

[2] GUERRA GARCÍA, Y.M. / TIRADO ÁLVAREZ, M.M., Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 49 (131), pp. 457-458.9

[3] RIVERA LÓPEZ, E., Problemas de vida o muerte: Diez ensayos sobre la bioética, 2011, p. 75.

que se puedan alcanzar en el contexto de la ética sobre campos especialmente sensibles favorecen la toma de decisiones y la actividad legislativa de los actores políticos[4].

2. Principios de la bioética.

a) Planteamiento y desglose.

Los principios rectores de la bioética son el fruto de un consenso alcanzado tras el trabajo de una Comisión nacional constituida en el Congreso de los Estados Unidos, a propósito de los criterios que habían de guiar las investigaciones con seres humanos en las áreas del comportamiento y la biomedicina. Aquellos puntos en común fueron finalmente reflejados en el conocido como Informe Belmont, de 1978, que originariamente contempló tres principios: autonomía, beneficencia y justicia, a los que posteriormente se añadió el de no maleficencia. A los efectos de su aplicación la relación entre ellos no es en principio jerárquica salvo cuando colisionan entre sí, de suerte que en caso de conflicto sí entran en el orden de prelación que requiera la situación concreta[5].

Los principios bioéticos cumplen, al igual que los derechos en el ámbito jurídico, una función garantista de la dignidad humana en tanto determinan los límites a que ha de atenerse la conducta cuando se abordan decisiones de índole legislativo o jurisprudencial, y flexibilizando el contenido de los derechos demuestran su utilidad para el Derecho penal y la política criminal a la hora de abordar regulaciones e interpretaciones jurídicas de realidades tan complejas, precisamente por sus implicaciones éticas, como son la manipulación genética, la despenalización de la eutanasia o, en el ámbito del Derecho civil, los problemas de filiación que pueden derivarse de la maternidad subrogada[6]. En síntesis, estos principios ofrecen los siguientes contenidos puestos en relación con la política criminal[7]:

– El principio de no maleficencia se sostiene sobre la prohibición de cualquier conducta que pueda lesionar un bien jurídico, por lo que *contrario sensu* la producción de un mal que, sin embargo, guarde un criterio de proporcionalidad y de justificación con el bien lesionado, superará el veto bioético y jurídico. Como puede observarse, este principio se relaciona con el de intervención mínima del Derecho penal como *ultima ratio* del ordenamiento. Y atendiendo a las perspectivas que estamos estudiando: 1º. El

[4] GUERRA GARCÍA, Y.M. / TIRADO ÁLVAREZ, M.M., Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 49 (131), pp. 460-462.
[5] ATIENZA RODRÍGUEZ, M., ISONOMÍA, 8, 1998, pp. 75-76.
[6] GUERRA GARCÍA, Y.M. / TIRADO ÁLVAREZ, M.M., Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 49 (131), pp. 463-464.
[7] GUERRA GARCÍA, Y.M. / TIRADO ÁLVAREZ, M.M., loc. cit., pp. 466-470.

Derecho penal analiza en cada caso la existencia de dolo o de imprudencia y si concurre alguna circunstancia que determine la falta de responsabilidad; 2º. La bioética señala si ante el mismo supuesto existe o no un daño desproporcionado o injustificado; y 3º. La política criminal, siempre con respeto de los límites impuestos por los estándares éticos exigibles, ofrece respuestas ante las conductas que se consideran intolerables, por ejemplo cuando se trata de abordar la toma de muestras corporales o la utilización de un descubrimiento científico para alcanzar una convicción probatoria.

– El principio de beneficencia conlleva realizar una acción positiva que resulte beneficiosa en la circunstancia de que se trate desde la voluntariedad, el altruismo y el desinterés, tanto para proteger derechos como para evitar daños. Ahora bien, surge un dilema ético cuando con la acción realizada se alcanza un bien al tiempo que se causa un mal, en cuyo caso el elemento ético determinante descansa en que ese mal no sea de mayor entidad que aquél bien desde el punto de vista de la proporcionalidad. En terrenos como el Derecho o la Medicina, disciplinas de indudable riesgo social, se da con frecuencia la situación de que sean otros seres humanos diferentes de los actores principales quienes asuman la labor de ponderar los diferentes factores desde el criterio de la proporción, como acontece en el establecimiento legal y la imposición de penas o medidas de seguridad, o en el diseño de estrategias concretas para los fines preventivos de la criminalidad. Desconocer este principio podría ocasionar un mal y un resultado beneficioso respectivamente no éticos ni conformes con la legalidad.

– El principio de autonomía conecta con el derecho a la libertad para tomar decisiones y asumir riesgos sin la intervención de terceros, aunque sin desatender a los derechos de los demás como límite para el correcto ejercicio de esa autonomía, cuyo ejercicio ha de ser tal que evite la maleficencia para ser respetuoso con la bioética. En este sentido cuando un sujeto actúa desde su libertad puede o bien alterar levemente la realidad, sin mayores consecuencias, o bien incurrir en conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico penalmente protegido, y por tanto punibles en su desarrollo completo.

– Finalmente, desde la perspectiva del principio de justicia es importante diferenciar entre los conceptos de equidad e igualdad, por cuanto la primera tiende a compensar o cubrir las necesidades/desigualdades que presentan personas diferentes, mientras que la segunda atiende a la no discriminación. Sin embargo, desde la óptica del sentido de justicia la bioética toma como referente la discriminación positiva para abordar tratos

desiguales y nivelar la distribución de las cargas o las obligaciones. Sobre estos planteamientos la bioética y el Derecho comparten la asunción de producir un daño o una limitación de derechos si con ello se protege o asegura un bien mayor (piénsese, por ejemplo, en las circunstancias eximentes – completas o incompletas - de legítima defensa o de estado de necesidad), mientras que la bioética y la política criminal coinciden en el valor justicia como elemento de cohesión tanto en el ejercicio de los derechos como en su restricción por razones de orden público.

b) Un enfoque alternativo.

Los principios consensuados de la bioética pueden no obstante ser sometidos a una reformulación que, sin llegar a excluirlos, los matizan según sea la naturaleza del caso o conflicto al que deban aplicarse para facilitar la toma de una decisión. Se ha diferenciado en este sentido entre "casos fáciles" y "casos difíciles", introduciendo variaciones conceptuales que favorecen la adaptación de dichos principios a la realidad que los requiere. Así, una versión alternativa a la de los cuatro principios ya expuestos contempla estos otros cuatro para la resolución de "casos fáciles"[8]:

– Autonomía: Toda persona decide sobre aquello que le afecta, como sucede en los aspectos relacionados con su salud y su vida (por ejemplo, es el paciente quien determina si se somete a no a una intervención que comporte algún riesgo).

– Dignidad: Ninguna persona debe ser tratada como un medio o instrumento (por ejemplo en el ámbito de la experimentación médica).

– Universalidad: Quienes se encuentren en idéntica situación han de ser tratados de manera igual (por ejemplo la prohibición de ser excluidos del sistema de salud).

– Información: Toda persona tiene derecho a ser informada sobre lo que le concierne (por ejemplo cuando va a formar parte de un ensayo clínico).

Y en el afrontamiento de "casos difíciles" los cuatro principios anteriores encuentran sus correspondencias y modulaciones contrapuestas en[9]:

– El paternalismo justificado (frente a la autonomía): Tomar una decisión sobre la vida o la salud de otro bajo determinadas circunstancias tasadas.

[8] ATIENZA RODRÍGUEZ, M., ISONOMÍA, 8, 1998, p. 93.
[9] ATIENZA RODRÍGUEZ, M., loc. cit., p. 94-95.

– El utilitarismo restringido (frente a la dignidad): Actuar contra el interés o el beneficio de una persona concreta, o incluso ocasionarle un daño, siempre que consienta en ello, no se atente contra su dignidad y pueda racionalmente beneficiar a otros.

– El trato diferenciado (frente a la universalidad): Otorgar a una persona un trato diferente de las demás si el perjudicado consiente en ello, la diferencia es aplicable a casos análogos y beneficia a otros.

– El secreto (frente a la información): Ocultar a una persona información que le concierne siempre que se respete su personalidad o ello facilite la práctica de una investigación a la que ha consentido.

Ahora bien, una vez consensuado sin dificultad el contenido de los principios, el paso siguiente para que desplieguen su eficacia consiste en la articulación de aquellas reglas que, siendo coherentes con ellos, posibiliten su aplicación desde una perspectiva vinculante para los operadores que estén llamados a tomar las correspondientes decisiones en aquellos problemas cuya resolución no cuenta con el debido consenso. Una posible vía para dar carácter normativo a estos principios, en orden a su aplicación práctica, podría ser la iniciativa legislativa, que sin embargo presenta el inconveniente de que las reglas así establecidas no fuesen lo suficientemente concretas o adolecieran de excesiva rigidez, en el entendimiento de que el necesario interés en prevenir y evitar abusos podría desbordar la frontera de lo éticamente correcto llevándola más allá de lo razonable. Por ello puede ser más adecuado el camino de los órganos o comités que operen con criterios análogos a los utilizados en el ámbito judicial, articulando una red que culminaría en un comité nacional de bioética cuya función, similar a la de las instancias judiciales generadoras de jurisprudencia, sería la de promover la unificación, racionalización y coherencia de las decisiones que se adoptasen en los niveles inferiores, siempre desde la correspondiente motivación y con publicidad, con el fin de vencer los argumentos basados en prejuicios ideológicos o en meras negociaciones sobre los conflictos a resolver[10].

3. Aparece la biojurídica.

La coexistencia de determinadas y complejas realidades en la sociedad ha llevado a que los ordenamientos jurídicos hayan tomado sobre sí la regulación de sus consecuencias cuando las acciones de que estas proceden ofenden bienes jurídicos como la vida o la salud. Así, con mayor o menor flexibilidad en sus contenidos, se incorporan en el Derecho penal

[10] ATIENZA RODRÍGUEZ, M., loc. cit., p. 96-99.

los tipos delictivos relacionados con el aborto, la eutanasia, la maternidad subrogada o la reproducción asistida, dando lugar a una disciplina incardinada en la bioética denominada biojurídica o bioderecho con la finalidad de evitar la lesión de bienes jurídicos interactuando con el Derecho, al que benefician con aportaciones sobre aspectos que también interesan a la bioética[11]. Desde esta perspectiva se ha explicado que "la Biojurídica tiene por objeto el fundamento y pertinencia de las normas jurídicas positivas para adecuarlas a los valores de la Bioética, estudia el contenido moral y ético de las leyes"[12].

Sucede que la bioética y el Derecho se establecen límites en régimen de reciprocidad: los comités éticos no pueden desconocer el ordenamiento jurídico vigente en sus tomas de decisión, y al mismo tiempo el poder legislativo toma en cuenta los principios bioéticos para elaborar las normas. El problema de mayor entidad se manifiesta, sin embargo, en aquellos supuestos en que lo éticamente correcto no ha recibido aún aprobación jurídica, esto es, cuando se rompe la conexión entre las convicciones éticas y las normativas, como en los casos extremos relacionados con la eutanasia cuando el paciente sufre una enfermedad incapacitante – piénsese en una tetraplejia - con diagnóstico incurable pero aun así no letal de necesidad. Se impone, pues, no tanto un mayor empuje de la ética social, que puede resultar insuficiente, sino de la ética jurídica – la relacionada con la producción de las leyes – para que el legislador modifique el ordenamiento vigente o lo actualice con nuevas normas acordes con la realidad del momento, lo que a su vez permite superar las dicotomías que se generan en la política criminal cuando se aplica la ley en la práctica cotidiana. Como ejemplo de la interacción bioética-Derecho-política criminal puede mencionarse el debate sobre la consideración o no como conducta punible de la congelación de embriones previamente fecundados *in vitro*[13].

4. Una visión global.

Los rápidos avances que experimentan la biomedicina y la biotecnología humanas en un mundo cada vez más interrelacionado constituyen una de tantas otras manifestaciones del fenómeno de la globalización, con la especial característica de que en estos ámbitos están especialmente juego la salud y la reproducción a causa de las manipulaciones de la materia viva y las modificaciones genéticas que ello puede conllevar. Estas dimensiones de la

[11] GUERRA GARCÍA, Y.M. / TIRADO ÁLVAREZ, M.M., Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 49 (131), p. 471.

[12] GUTIÉRREZ SAMPERIO, C. / BARRACHINA VILA-CORO, M.D., Medicina y Ética: Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica, 18 (núm. 1), 2007, p. 61.

[13] GUERRA GARCÍA, Y.M. / TIRADO ÁLVAREZ, M.M., Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 49 (131), p. 471-473.

ciencia médica, con el auxilio de las técnicas que a su paso se van desarrollando, afectan a determinadas esferas de los derechos fundamentales como las relacionadas con la vida y la integridad física y la dignidad de la persona, lo que invita a pensar que pueden aparecer en escena nuevos bienes jurídicos derivadas de prácticas inadecuadas dentro de la biotecnología, implicando con ello al Derecho penal como mecanismo de tutela frente a dichas desviaciones, si bien esta intervención también pone de manifiesto las limitaciones de que adolecen las construcciones y respuestas tradicionales frente al pluralismo ideológico propio de las sociedades actuales. Desde la perspectiva del Derecho internacional se ha impulsado una dimensión transcultural de la genética y la biotecnología humanas en un escenario de globalización de la bioética, de suerte que el objetivo a perfilar es la globalización ética y jurídica materializada en una base de transculturalidad que a su vez arraigue en la asunción de valores y derechos universalmente aceptados.

Para acometer esta labor es preciso encontrar referentes éticos y culturales que resulten unificadores. Al respecto no parece que los principios de territorialidad y de reciprocidad ofrezcan respuestas suficientes y satisfactorias, por cuanto en relación con el primero los Estados tienen escasa inclinación a ceder soberanía en materia penal y, en cuanto a la reciprocidad, su grado de influencia aglutinadora está debilitado desde el momento en que en muchas sociedades y culturas ya se comparte una buena cantidad de puntos en común. La solución puede hallarse en la teoría de los derechos humanos, cuyo prestigio es indudable a causa de su profundo trasfondo ético, si bien con el inconveniente de que sus orígenes occidentales acentúan la importancia del individuo en comparación con otros enfoques de naturaleza comunitaria más propios de culturas orientales. Resolviendo la tensión entre ambas posiciones no es imposible alcanzar una transculturalización de la bioética y del Derecho en el abordaje de las ciencias biomédicas, armonizando la visión individualista – la persona y su dignidad – con la de índole colectiva - la sociedad o los grupos como sujetos de Derecho -, en un flujo de derechos ejercitables y de deberes mutuamente exigibles. Así es posible conjurar los potenciales abusos que, desde el presente y a partir de un futuro posible, podrían proceder de la biotecnología en cuestiones de profundo calado como las intervenciones genéticas, que extienden sus efectos tanto a la esfera individual como a la supraindividual cuando se trata de diferenciar entre la normalidad y la patología en el ámbito de la salud, como acontece por ejemplo en la modificación de la dotación genética – que puede afectar a ulteriores generaciones -, la clonación reproductiva – generalmente rechazada, si bien no hay que descartar su aplicación para combatir la esterilidad en la pareja

o la transmisión de enfermedades hereditarias – o la clonación terapéutica, que encuentra fuertes oposiciones, incluso dentro de la comunidad científica, relativas a la protección de la vida humana desde su comienzo[14].

III. CONCLUSIONES.

De todas las reflexiones que anteceden se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1ª. En la regulación que debe encauzar la actividad de la biomedicina y la biotecnología han de establecerse criterios tanto de naturaleza ética como de carácter jurídico. La recíproca influencia entre ambos tipos de contenidos conforma una base para la adopción de decisiones y su puesta en práctica desde la política criminal que garantice la ausencia de arbitrariedades y de vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos.

2ª. La bioética y la política criminal comparten aspectos comunes que también conectan con el Derecho penal. Los puntos de consenso que se puedan alcanzar en el contexto de la ética sobre campos especialmente sensibles favorecen la toma de decisiones y la actividad legislativa de los actores políticos teniendo en cuenta como límite el Derecho penal, cuyas normas determinan los contornos de aquella capacidad decisoria atendiendo a los fines de la prevención general y especial.

3ª. Partiendo del hecho de que la bioética suministra a los operadores jurídicos criterios de respeto a la dignidad humana, así como argumentos que aspiran a esclarecer lo que resulta o no correcto en la actividad de prevención, persecución y castigo del delito, humanizando el Derecho, surge la biojurídica como resultado de esa conjunción de elementos, enfatizando no tanto la cuestión de lo que está jurídicamente prohibido o permitido, sino más bien y desde la bioética qué prohibición o qué permiso resultan dentro del Derecho dignos de defensa o merecedores de reproche.

4ª. Los principios bioéticos cumplen, al igual que los derechos en el ámbito jurídico, una función garantista de la dignidad humana, perfilando los límites a que ha de atenerse la conducta cuando se abordan decisiones de índole legislativo o jurisprudencial, y flexibilizando el contenido de los derechos demuestran su utilidad para el Derecho penal y la política criminal. Tales principios, como acontece también con las normas penales, deben inspirar las concretas actuaciones que se llevan a cabo desde la política criminal.

[14] ROMEO CASABONA, C.M., Revista de Bioética y Derecho, 3, 2005, pp. 1-6.

5ª. Cabe abordar una reformulación de los principios clásicos y consensuados de la bioética que, sin excluirlos, los matizan atendiendo a la naturaleza del supuesto o conflicto al que deban aplicarse para facilitar la toma de una decisión. En todo caso, una vez asentados los principios es necesario dar un paso más para acceder al ámbito de las reglas y posibilitar que aquéllos demuestren su eficacia desde una perspectiva vinculante para los operadores que estén llamados a tomar las correspondientes decisiones en aquellos problemas cuya resolución no cuenta con el debido consenso. Una vía para consolidar un sistema con las debidas garantías es la constitución de comités de ética bajo la hegemonía de un comité a nivel nacional que procure la unificación, racionalización y coherencia de las decisiones que se adopten en los niveles inferiores, como garante de que las mismas no se van a tomar sobre la base de prejuicios ideológicos o de los intereses defendidos en una negociación.

6ª. La biojurídica, o bioderecho, trata de evitar la lesión de bienes jurídicos interactuando con el Derecho, al que benefician con aportaciones sobre aspectos que también interesan a la bioética. Sin embargo el problema de mayor entidad se da en aquellos casos en que lo éticamente correcto no ha recibido aún aprobación jurídica por una ruptura entre las convicciones éticas y las normativas. Aquí es oportuno potenciar la ética jurídica – la ética relacionada con la producción de las leyes – para lograr una actualización del ordenamiento jurídico que, a su vez, permita superar las dicotomías que se generan en la política criminal cuando se aplica la ley en la práctica ordinaria.

7ª. El fenómeno de la globalización alcanza también a la biomedicina y la biotecnología, provocando la aparición de nuevos bienes jurídicos derivados de prácticas inadecuadas en esos ámbitos, lo que también concierne al Derecho penal como mecanismo de tutela frente a dichas desviaciones. En consonancia con esa realidad globalizada se impone la necesidad de una visión ética y jurídica transcultural que arraigue en la asunción de valores y derechos universalmente aceptados, armonizando las corrientes individualistas y colectivistas que conviven en las diferentes culturas. La teoría de los derechos humanos se revela como un instrumento válido para la configuración de esa transculturalidad.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., Juridificar la bioética, ISONOMÍA, núm. 8, 1998.

GUERRA GARCÍA, Y.M. / TIRADO ÁLVAREZ, M.M., Aportes de la bioética a la política criminal: la biojurídica como herramienta útil para la resolución de dilemas en el derecho penal, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, núm. 49 (131).

Disponible en: http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v49n131.a09

GUTIÉRREZ SAMPERIO, C. / BARRACHINA VILA-CORO, M.D., Bioética y biojurídica, Medicina y Ética: Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica, 18 (núm. 1), 2007.

Disponible en: https://dialnet.unirioja.net/servlet/articulo?codigo=2770507

MÉNDEZ BAIGES, V., Las relaciones entre la bioética y el derecho, Revista de Bioética y Derecho, núm. 6, 2006.

Disponible en: www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD6_ArtMendez.pdf

RIVERA LÓPEZ, E., Problemas de vida o muerte: Diez ensayos sobre la bioética, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

ROMEO CASABONA, C.M., Hacia un Derecho Transcultural para la Genética y la Biotecnología humanas, Revista de Bioética y Derecho, núm. 3, 2005.

Disponible en: www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD3.pdf

* * * * * *

Adoración Amigo Rodríguez

Juez sustituta adscrita a los juzgados de Guadalajara, Sigüenza y Molina de Aragón.
Socia de la FICP.

~El delito imprudente en el Código Penal~

I. CONCEPTO

El concepto normativo de imprudencia consiste en la infracción de normas de deber de cuidado o diligencia debida. Desde un punto de vista amplio es "aquella conducta humana que, por falta de previsión o inobservancia de un deber de cuidado, produce un resultado dañoso protegido por la ley"[1].

Se trata de una conducta no dolosa en la que es previsible el resultado típico, puesto que si fuera imprevisible, no puede existir un deber de cuidado para evitarlo, debiendo darse una infracción de una norma o deber de cuidado, ya que si se observan todas las medidas de diligencia y cuidado impuestas por las normas produciéndose el hecho objetivamente típico, la conducta no es imprudente.

En el artículo 12 del Código Penal se indica que "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley"[2] y en el artículo 14 del se establece que "si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente"[3], por lo que la imprudencia es un supuesto de error de tipo.

II. ELEMENTOS DE LA IMPRUDENCIA

1. Ausencia de dolo.

Como elemento subjetivo, tratándose de una conducta humana activa u omisiva pero no dolosa, siendo el desvalor objetivo de la acción menor.

2. Infracción del deber objetivo de cuidado o diligencia.

El deber de cuidado se impone a todos los ciudadanos, tomándose como modelo para valorar en cada situación si se ha producido infracción de la norma de cuidado por el sujeto medio ideal, figura estándar con una inteligencia media y un cuidado medio.

[1] Imprudencia punible, Guías Jurídicas Wolters Kluwer: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjC1NztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA1sgHyDUAAAA=WKE

[2] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

[3] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

De tal forma que si el sujeto medio ideal lleva a cabo conductas que debía haber previsto, descuidadas, que previsiblemente darían lugar a un resultado lesivo, está realizando una conducta objetivamente imprudente.

Establece el Tribunal Supremo que "la distracción o desatención en la conducta constituye la raíz de la culpa y afecta a dos elementos de los que ésta se compone: el psicológico, al no apreciar el grado de previsibilidad del resultado en relación con el riesgo suscitado, y el normativo, al disminuir la intensidad de la conciencia del deber de cuidado infringido constituido ya por normas elementales de común experiencia, ya que por preceptos de menor rango incorporados o no a reglamentos"[4].

La infracción del deber objetivo de cuidado es un requisito indispensable para que se produzca un hecho imprudente, pero es preciso un mínimo de gravedad en la infracción de la norma de cuidado, debiendo ser grave, al estar despenalizada la imprudencia leve.

3. Lesión de un bien jurídico de tercero.

Que la conducta llevada a cabo por el sujeto, produzca un daño en un bien jurídico de un tercero que esté protegido por la Ley penal.

4. Relación de causalidad.

Que exista una relación de causalidad entre el resultado dañoso y la acción u omisión voluntaria.

III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En el Código Penal de 1822 regía el criterio de númerus clausus para la punición de la imprudencia, acogiéndose a partir del Código Penal de 1848 el criterio de números apertus, recibiendo la culpa el nombre de imprudencia.

El Código Penal de 1973 recogía la imprudencia temeraria, imprudencia simple y la impericia o negligencia profesional, apareciendo regulado el delito culposo en el artículo 565, estableciendo un sistema de crimen culpae, castigándose la imprudencia como un delito. La doctrina del Tribunal Supremo afirmaba que la gravedad de la imprudencia se determinaba por la gravedad de sus elementos constitutivos, el psicológico y el normativo, siendo la imprudencia temeraria o grave la que suponía la

[4] STS Sala Segunda, nº 335, de 13 de marzo de 1982, Ponente Martin Jesús Rodríguez López.

omisión de la atención más absoluta y la imprudencia simple o leve, la que suponía la omisión de un deber de cuidado más limitado.

En el Código Penal de 1995 se acogió el criterio de númerus clausus, recogiéndose en el artículo 12 que "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley"[5]. La jurisprudencia estableció que este sistema "suponía el fortalecimiento del principio de legalidad y de la seguridad jurídica y suponía un paso más en el cumplimiento del designio programático del principio de intervención mínima"[6], tratándose el delito imprudente de forma similar al doloso.

Se distinguen dos clases de imprudencia la grave que puede constituir delito y la leve que es constitutiva de falta, así como la imprudencia profesional. La doctrina jurisprudencial sigue el mismo criterio establecido durante la vigencia del Código Penal de 1973.

Con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, se suprime el Libro III del Código Penal, suprimiéndose las faltas y se produce una modificación en la calificación de la imprudencia en tres categorías de grave, menos grave y leve.

La reforma del Código Penal introdujo modificaciones en cuanto a la punición de la imprudencia en los delitos de homicidio y lesiones, especialmente en materia de tráfico.

La Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, reforma el Código Penal con respecto a la imprudencia en la conducción de vehículos a motor y ciclomotores, en los delitos de tráfico, tipificándose como imprudencia menos grave las lesiones que necesiten tratamiento médico o quirúrgico para su curación, o el homicidio, cuando se cometa una infracción grave de las previstas en el artículo 76 de la Ley de Tráfico, e introduce como imprudencia grave, en los supuestos de homicidio y lesiones cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 379 del Código Penal. Esta reforma supuso una remisión parcial en la despenalización de las antiguas faltas de tráfico, debido a la presión social de las asociaciones de ciclistas y víctimas de accidentes de tráfico, que solicitaron el endurecimiento de las penas para los casos de imprudencia grave con resultado de muerte y la penalización de las conductas imprudentes con vehículos a

[5] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
[6] URIARTE VALIENTE, Boletín del Ministerio de Justicia, 1962, 2004, pp. 1234-1235

motor y ciclomotores menos graves o leves, al considerar que la reforma de Ley Orgánica 1/2015, había dejado en una situación de desprotección a las víctimas de accidentes de tráfico.

IV. CLASES DE IMPRUDENCIA

Se distingue entre imprudencia por el elemento cognoscitivo y por su gravedad.

1. Imprudencia por el elemento cognoscitivo.

a) Imprudencia consciente.

El sujeto tiene conciencia de la posibilidad de la producción de la parte objetiva del tipo, en lo que coincide con el dolo eventual, pero a diferencia de éste, no acepta la eventual producción del hecho típico, confiando en que se podrá evitar. Por tanto, el sujeto no quiere producir el resultado desvalorado, pero se presenta el mismo como posible, actuando confiando en que no se va a realizar.

b) Imprudencia inconsciente.

El sujeto no tiene conciencia de la posibilidad de la producción de la parte objetiva del tipo, bien porque no es consciente de la peligrosidad de la conducta en relación con un hecho típico, o porque aun siendo consciente de la posibilidad y peligro de que concurran algunos elementos del tipo, por un error vencible de tipo desconoce la presencia o posible concurrencia de algún otro elemento del tipo, por tanto, de la concurrencia de toda la parte objetiva de un hecho típico. El sujeto, ni siquiera advierte que está infringiendo el deber de cuidado, aún teniendo la posibilidad de hacerlo por su descuido. Por tanto, el sujeto que no quiere realizar ilícito alguno, infringe el deber de cuidado, sin presentarse la posibilidad de producir un resultado desvalorado.

2. Imprudencia por su gravedad.

El Código Penal distingue entre imprudencia grave y leve. La doctrina del Tribunal Supremo ha "establecido el criterio-pacifico y reiterado en numerosos precedentes- que para determinar la gravedad de la imprudencia a fin de integrarla en una de estas dos categorías, debe atenderse: 1. a la mayor o menor falta de diligencia mostrada por el agente en la acción u omisión desencadenante del riesgo, atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso; b) a la mayor o menor previsibilidad del evento que constituye el resultado; y c) la mayor o menor grado de infracción por el

agente del deber de cuidado según las normas socio culturales vigentes (véanse SS.T.S. de 18 de marzo de 1.999 y 1 de diciembre de 2.000, entre otras).

Es ese deber de cuidado el que debe ser examinado en cada caso como elemento esencial de la imprudencia, deber de cuidado que ha de observarse en toda actividad humana y que equivale en Derecho <a la cautela o precaución requerida para la protección o salvaguardia de los bienes jurídicos>. Es muy importante subrayar que esa cautela o precaución tendrá un nivel máximo de exigibilidad cuando el bien jurídico protegido que se pone en riesgo sea de especial relevancia, como es la vida de las personas, de manera que en esos supuestos la omisión del especial deber de cuidado que requiere la actividad desarrollada por el agente será determinante para la gradación de la gravedad de la imprudencia. Así lo declara nuestra sentencia de 30 de noviembre de 2.001 al destacar que <la gravedad de la imprudencia está directamente en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo. En otros términos: cuando la acción del autor genera un peligro para un bien jurídico importante en condiciones en las que la posibilidad de producción del resultado son considerables, la imprudencia debe ser calificada de grave>"[7].

La imprudencia grave castiga las conductas que infringen las normas de diligencia o cuidado más elementales exigibles a cualquier ciudadano medio. En cuanto a la imprudencia menos grave, no ha sido definida por el legislador, siendo difícil su determinación, no existiendo criterio alguno para realizar su distinción con la grave, siendo el juzgador el que tiene que determinar el tipo de imprudencia, atendiendo a la gravedad del resultado dañoso, introduciéndose esta categoría de imprudencia tras la supresión de las faltas y la conversión de algunas conductas en delitos leves. La imprudencia leve es despenalizada, por el principio de intervención mínima, derivándose a la vía civil, tras la desaparición de las infracciones constitutivas de falta.

Como ya se ha indicado anteriormente, con la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se elimina la imprudencia leve, introduciendo la imprudencia menos grave para los resultados de muerte y lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal, despenalizando las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve y las lesiones atenuadas del artículo 147.1 y 2, del mismo cuerpo legal.

[7] STS Sala Segunda nº 211/2007, de 15 de marzo de 2007, Ponente Diego Antonio Ramos Gancedo.

Con la LO 2/2019, de 1 de marzo se vuelven a tipificar las imprudencias menos graves en el artículo 152.2, cuando se trate de lesiones del artículo 147.1, que precisan de tratamiento médico o quirúrgico para su curación, 149 y 150.

El legislador sólo define la imprudencia menos grave para los casos de los delitos de tráfico.

a) Delitos imprudentes graves

Los delitos previstos en el Código Penal como imprudentes graves son: el homicidio (artículo 142.1), aborto (artículo 146), lesiones (artículo 152.1), lesiones al feto (artículo 158), manipulación genética (artículo 159.2), abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años (artículo 183.4 apartado e), sustitución de niños (artículo 220.5), daños (artículo 267), blanqueo (artículo 301.3), delitos contra los derechos de los trabajadores (artículo 317), delitos contra la flora (artículo 332.3), daños en archivo registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en patrimonio artístico, histórico (artículo 324), contra el medio ambiente (artículo 331), delitos contra la fauna (artículo 334.3), delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes (artículo 344), delitos relacionados con el material nuclear o radiactivo (artículo 345.3), incendios (artículo 358), delitos contra la salud pública (artículo 367), falsedad (artículo 391), prevaricación judicial (artículo 447), deslealtad profesional (artículo 467.2 inciso último), delitos contra los derechos Constitucionales (artículo 532), revelación de secretos (artículo 601), no perseguir determinados delitos (artículo 615 bis.2) y concurso (artículo 259.3).

b) Delitos imprudentes menos graves

Los delitos previstos en el Código Penal como imprudentes menos graves son: el delito de homicidio del artículo 142.2 y el delito de lesiones del artículo 152.2.

Sólo se castigan por imprudencia menos grave las lesiones consistentes en la pérdida o inutilidad de un órgano principal o no principal, reguladas en los artículos 149 y 150 del Código Penal.

V. DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES CON VEHÍCULOS A MOTOR.

En la reforma de la LO 2/2019, de 1 de marzo, se incluye nuevamente en el Código Penal determinados delitos de homicidio y lesiones imprudentes producidos con vehículo a motor o ciclomotores, derivados de accidentes de tráfico. Con la reforma de

de LO 1/2015, se produjo la despenalización de las faltas, suprimiendo del conocimiento de los Juzgados de Instrucción las causas por accidentes de tráfico, cuyo enjuiciamiento correspondería a la jurisdicción civil. Con la reforma del Código Penal por la LO 2/2019, las denuncias por accidente de tráfico darán lugar a la incoación por delito leve, cuando concurra imprudencia menos grave y lesiones del artículo 147.1 del Código Penal, aumentando nuevamente la carga de trabajo de los Juzgados de Instrucción.

La nueva reforma del Código Penal no implica incluir dentro de la imprudencia menos grave todos los accidentes de tráfico que se produzcan. Dentro de los accidentes de tráfico se producen colisiones de escasa entidad, que tras la reforma del Código Penal de 2015, al ser despenalizados se reclamaban por la vía civil, planteándose la cuestión de si tras la reforma realizada por la LO 2/2019 pueden constituir un delito por imprudencia menos grave.

La jurisprudencia ha analizado supuestos de infracciones graves contra la normativa de tráfico, como el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, sección 2ª de 28 de noviembre de 2018, entendiendo que había que tener en cuenta las circunstancias del caso, no siendo suficiente que se haya producido una infracción grave de las normas de tráfico, para su consideración como delito. Hay que tener en cuenta las circunstancias concretas del hecho, para poder hablar de imprudencia grave o menos grave, como se indica en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 2ª, de 25 de octubre de 2018.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene en cuenta la mayor o menor falta de diligencia de la actividad, previsibilidad del resultado en esa actividad y grado de infracción del incumplimiento del deber que exige la norma. Así, no basta cualquier omisión del deber de diligencia, sino que éste ha de tener cierta importancia.

Por lo tanto, "no todo tipo de infracción de la norma de cuidado puede ser imprudencia menos grave, sino aquella que se corresponda con infracciones de entidad, como dice la nueva redacción del Código Penal, infracciones graves de las normas de tráfico, además de la producción de los resultados de homicidio o lesiones graves. De tal forma que los siniestros de entidad pequeña, no pueden considerarse como

imprudencia menos grave, aunque produjeran las lesiones previstas en el código penal, pues no se pueden considerar como infracciones graves de tráfico"[8].

Tras la entrada en vigor de la reforma se planteó la duda de cómo podía hacer la reclamación el perjudicado y la oferta motivada tras la misma, entendiendo que puede hacerlo antes de la denuncia, o cuando la haya presentado y esté a la espera del informe del médico forense.

1. Homicidio imprudente.

En el artículo 142.1 apartado segundo, se regula el homicidio por imprudencia grave utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, siempre que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 del Código Penal determinen la producción del hecho, es decir, conducir excediendo la velocidad, o bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas.

Así, conforme a lo establecido en el artículo 382 del Código Penal, siempre sería de aplicación la pena correspondiente al artículo 142.1 en este supuesto al ser la infracción más gravemente penada.

En el artículo 142 bis se establece la posibilidad de que el juez podrá "imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2º o 3º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado"[9].

En el artículo 142.2, se regula el homicidio imprudente menos grave, fuera de los supuestos de imprudencia grave, cuando se produzca por una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, de las tipificadas en el artículo 76 de la Ley sobre Tráfico Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, con el resultado de muerte del artículo 142.2 del Código Penal, pudiendo el juez no apreciar la imprudencia menos grave atendiendo a la insuficiencia de la entidad, la menor intensidad del riesgo creado, la menor previsibilidad del

[8] HURTADO YELO, Tráfico y Seguridad Vial, 238, 2019
[9] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

resultado o la mayor diligencia. Este delito se tramitaría por el procedimiento de delitos leves.

2. Lesiones imprudentes.

En el artículo 152.1 se regula la imprudencia grave causante de lesiones de las previstas en los artículos 147 apartado 1, 149 y 150, cuando los hechos se cometieran utilizando un vehículo a motor o ciclomotor, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379, que determine la producción del hecho, como en el supuesto del homicidio imprudente grave.

Así, al ser la infracción más gravemente penada, conforme a lo establecido en el artículo 382 del Código Penal, siempre sería de aplicación la pena correspondiente a este tipo penal.

En el artículo 152.2, se establece que se produce la imprudencia como menos grave, cuando se produzca por una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, de las tipificadas en el artículo 76 de la Ley sobre Tráfico Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, con el resultado de lesiones de los artículos 147.1, 149 y 150 del mismo cuerpo legal. En estos casos se tramitaría el procedimiento a través del juicio por delitos leves.

Cuando se produzca una infracción de las tipificadas en el artículo 77 de la Ley sobre Tráfico Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, con el resultado previsto en los artículos 147.1, 149 y 150 del Código Penal, puedes ser calificada la imprudencia como grave.

En el artículo 152 bis, al igual que sucedía en el artículo 142 bis, para el supuesto de homicidio imprudente grave, se establece la posibilidad de que el juez pueda imponer una agravación de la pena, atendiendo a los requisitos especificados en el mismo.

3. Resoluciones judiciales.

Son escasas las resoluciones dictadas tras la reforma de la Ley Orgánica 2/2019.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, n.º 223/2019, de 13 de junio, aplica la nueva normativa, distinguiendo entre infracción grave de las normas de tráfico e imprudencia menos grave. En este supuesto el conductor del vehículo circulaba distraído sin adoptar las más elementales precauciones ante la existencia de un paso de peatones perfectamente señalizado, sin disminuir la marcha, atropellando a dos

peatones, falleciendo uno de ellos y causando lesiones al otro. Teniendo en cuenta la nueva regulación, los hechos indicados como probados en la sentencia, darían lugar a declarar la imprudencia como menos grave, según la regulación de la muerte por imprudencia del Código Penal. No es suficiente la infracción de tráfico realizada por el acusado, a pesar de ser considerada como grave en el Reglamento General de Circulación, ya que no existen otras circunstancias en el caso, como que circulase a una velocidad excesiva, o que realizase maniobras irregulares, que dé lugar a calificar esa imprudencia como una especial negligencia y su calificación como grave, en virtud a lo indicado en la Exposición de Motivos de la LO 2/2019[10] que indica que " Se reconoce de forma expresa que existen determinadas circunstancias indicativas de una especial negligencia por parte del conductor y han de tener consideración inequívoca en las consecuencias penales como imprudencia grave"[11].

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, n.º 135/2019, de 25 de julio, se calificó la imprudencia como grave, por un atropello en un paso de peatones, sin realizar ninguna maniobra evasiva ni frenado la acusada, llegando a acelerar ligeramente a causa de su nerviosismo, resultando lesionado el peatón. En este supuesto la Audiencia Provincial desestimó la solicitud de que se calificase la imprudencia como menos grave, basándose en que el atropello de un peatón en paso reservado para el mismo, debidamente señalizado ha sido considerado tradicionalmente por el Tribunal Supremo como uno de los supuestos de imprudencia grave y que el hecho de que la legislación sobre tráfico califique la conducta realizada por la acusada como grave no implica sin más que la imprudencia sea menos grave, según el artículo 142.2 del Código Penal, tras la última reforma, ya que en el mismo se indica que es menos grave cuando no sea calificada de grave la imprudencia[12].

La Audiencia Provincial de A Coruña, en la Sentencia 203/2019 de 12 de abril de 2019, absolvió al condenado por un delito leve de lesiones por imprudencia grave, al considerar que a la vista de los hechos probados su conducta no era constitutiva de una imprudencia grave, sino como mucho de menos grave, por el resultado lesivo sufrido por el peatón, que no era encuadrable en los artículos 149 y 150 del Código Penal, sino

[10] Sentencia Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5ª, Sentencia 223/2019 de 13 Jun. 2019, Rec. 457/2019, Ponente José Ramón Sanchez Herrero.

[11] Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente.

[12] Sentencia Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3ª, Sentencia 135/2019 de 25 Jul. 2019, Rec. 241/2019, Ponente Joaquín González Casso.

en el 147.1 del mismo cuerpo legal, siendo atípico en vista de la redacción vigente del artículo 152.2 del Código Penal, en la fecha de la comisión de los hechos. Asimismo, indica que tras la reforma de la LO 2/2019, en la nueva redacción del artículo 152 del Código Penal contiene la definición de lo que se considera como imprudencia menos grave, entre cuya conducta se encuentra la relativa a la de los conductores que no respeten los pasos de peatones[13].

La Audiencia Provincial de Valladolid, en la Sentencia 173/2019 de 10 de junio, estimó parcialmente el recurso, absolviendo al condenado por el delito de homicidio por imprudencia grave y condenándole como autor de un delito leve de homicidio por imprudencia menos grave del artículo 142.2 del Código Penal. En Sentencia se tiene en cuenta la regulación actual del artículo 152 del Código Penal, que considera perfectamente aplicable al homicidio por imprudencia, indicando que la distinción entre imprudencia grave y menos grave radica en la mayor o menor importancia del deber de cuidado infringido y estando a las circunstancias del caso enjuiciado considera que los hechos son constitutivos de un delito leve de homicidio por imprudencia menos grave[14].

VI. IMPRUDENCIA PROFESIONAL.

Es la "cualificación de la imprudencia grave en ciertos delitos determinada por realizarse tal imprudencia en el desempeño de una actividad profesional"[15].

Así, es la acción y omisión voluntaria, no dolosa, que se lleva a cabo por un profesional en el ejercicio de sus funciones, que omite el deber específico de cuidado al que le obliga su lex artis, es decir, el conjunto de normas correspondientes a deberes técnicos y profesionales que deben ser sabidos por el profesional, conferidos por ostentar un título que le reconoce una capacidad científica o técnica, causando el resultado dañoso.

Se encuentra regulada en los artículos 142.1 párrafo cuarto, 146, párrafo segundo, 152.1 párrafo séptimo y 158 párrafo segundo del Código Penal.

Sólo se aplica en los supuestos de imprudencia grave, imponiéndose en todos los supuestos además de la pena prevista para cada unos de los casos, la de inhabilitación

[13] Sentencia Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 2ª, Sentencia 203/2019 de 12 Abr. 2019, Rec. 1200/2018, Ponente Salvador Pedro Sanz Crego.

[14] Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 4ª, Sentencia 173/2019 de 10 Jun. 2019, Rec. 375/2019, Ponente Ángel Santiago Martínez García.

[15] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario del Español Jurídico, https://dej.rae.es/lema/imprudencia-profesional

especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, siendo impuesta esta pena adicional desde el Código Penal de 1995.

VII. CONCLUSIONES

La imprudencia es una conducta no dolosa, donde se infringen las normas de deber de cuidado o diligencia debida, produciendo un resultado dañoso protegido por la ley.

Las acciones u omisiones imprudentes sólo serán castigadas cuando expresamente lo disponga la Ley y cuando se produce un error vencible la infracción se castigará como imprudente.

Para que se reconozca la imprudencia, la acción u omisión no ha de ser dolosa, la conducta se realiza con la infracción del deber objetivo de cuidado o diligencia del sujeto medio ideal, produciendo un daño en un bien jurídico de un tercero y existiendo una relación de causalidad entre el resultado dañoso y la acción u omisión.

Se ha producido una evolución en el criterio seguido en el Código Penal, estableciéndose un criterio de númerus clausus, siendo la última reforma la de la Ley Orgánica 2/2019 de 1 de marzo.

Se distingue la imprudencia por el elemento cognoscitivo, en consciente e inconsciente y por su gravedad, se clasifica en grave y menos grave, careciendo de tipicidad la imprudencia leve, que ha sido despenalizada, tras la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que suprimió las faltas.

La Ley Orgánica 2/2019 de 1 de marzo, introdujo modificaciones en la punición de la imprudencia en los delitos de homicidio y lesiones derivados de accidentes de tráfico, estableciendo que se clasifica como imprudencia muy grave los hechos cometidos con un vehículo a motor o ciclomotor, cuando concurra alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 379 del Código Penal, como determinante del hecho, dando lugar a un resultado de muerte o lesiones de las comprendidas en los artículos 147.1, 149 o 150 del Código Penal y será clasificada como imprudencia menos grave cuando se cometa una infracción grave de las reguladas en el artículo 76 de la Ley sobre Tráfico Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

El juez podrá imponer motivadamente, una agravación de la pena en uno o dos grados de la prevista en los artículos 142 y 152 del Código Penal, en virtud a la relación establecida en los artículos 142 bis y 152 bis del mismo cuerpo legal.

La imprudencia profesional solo puede ser grave, imponiendo la pena adicional de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

GUIMERÁ FERRER-SAMA, Roberto. Definición de la imprudencia grave y menos grave en los homicidios y lesiones con vehículos a motor y nuevo delito de abandono del lugar del siniestro, Editoria Jurídica Sepin, 4 de marzo de 2019, https://blog.sepin.es/2019/03/reforma-codigo-penal-delitos-imprudencia-vehiculos/

HURTADO YELO, Juan José, Relevancia penal de los accidentes de tráfico de «escasa entidad», Tráfico y Seguridad Vial, N.º 238, Abril 2019, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 381/2019

URIARTE VALIENTE, Luis María. Estudio Jurisprudencial de la imprudencia punible y sus clases, Dialnet, Boletín del Ministerio de Justicia, Año 58, n.º 1962, 2004

WOLTERS KLUWER, Imprudencia punible, Guías Jurídicas Wolters Kluwer, https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjC1NztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA1sgHyDUAAAA=WKE

- Modificación del Código Penal por LO 2/2019 en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor. Cuadro comparativo, Redacción Lefebvre-El Derecho (Área Derecho de la Circulación), Tribuna 10-04-2019, https://elderecho.com/modificacion-del-codigo-penal-por-lo-2-2019-en-materia-de-imprudencia-en-la-conduccion-de-vehiculos-a-motor-o-ciclomotor-cuadro-comparativo

* * * * * *

Adoración Amigo Rodríguez

Juez sustituta adscrita a los juzgados de Guadalajara, Sigüenza y Molina de Aragón.
Socia de la FICP.

~Compatibilidad de la agravante de género con la circunstancia mixta de parentesco~

I. INTRODUCCIÓN

Se ha planteado por la doctrina si existe compatibilidad entre la circunstancia agravante de género y la circunstancia mixta de parentesco cuando opera como agravante, en los procedimientos en los que la víctima del delito es o ha sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al acusado por una análoga relación de afectividad y siempre que el delito no sea de los previstos en los artículos 148.4º, 153.1. 171.4 y 172.2 del Código Penal, en tanto prevén en los elementos del tipo la existencia de esa relación entre las partes.

II. NATURALEZA Y FUNDAMENTO

En el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 18 de marzo de 2014, en su artículo 3, se define qué se entiende por violencia contra la mujer, violencia doméstica, género y violencia contra la mujer por razones de género, estableciendo que "a) Por violencia contra la mujer se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

b) Por violencia doméstica se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;

c) Por género se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

d) Por violencia contra la mujer por razones de género se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada"[1].

La agravante de género está regulada en el artículo 22.4 del Código Penal[2], coincidiendo su contenido con los apartados a), c) y d) del Convenio de Estambul, y la circunstancia mixta de parentesco está regulada en el artículo 23 del Código Penal[3], coincidiendo en su caso con el apartado b).

1. Agravante de género

El origen de la agravante de género se encuentra en el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, firmado por España el 11 de mayo, que tiene como base considerar que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género.

Se introdujo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en el antedicho artículo 22.4 del Código Penal y así se hace constar en su Exposición de Motivos indicando que "en materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito"[4]

"El fundamento de las agravaciones recogidas en el apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse

[1]"Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947"

[2] " Artículo 22.4. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad."

[3] " Artículo 23. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente."

[4]"Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 26 de noviembre del Código Penal."

superior a uno de los colectivos que se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior"[5].

La Sentencia del Tribunal Supremo 314/2015, de 4 de mayo, aplicó esta agravante por motivos racistas estableciendo que "el delito cometido por motivos discriminatorios supone la materialización mediante hechos delictivos de ideas contrarias a un valor constitucional esencial, el principio de igualdad o, lo que es lo mismo, la prohibición del trato discriminatorio, por lo que se lesiona el bien jurídico protegido por el delito concreto y, además, el principio constitucional de igualdad"[6].

En la Sentencia del Tribunal Supremo 565/2018 de 19 de noviembre se establece que "la agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; lo cual atenta contra el principio constitucional de igualdad"[7].

Por tanto, esta agravante será de aplicación en todos los supuestos en los que se lleve a cabo un sometimiento sobre la mujer por el hecho de ser mujer, independientemente que ésta sea pareja o lo haya sido del autor y para establecer su superioridad sobre ella.

2. Circunstancia mixta de parentesco como agravante

Como ya se ha indicado, está regulada en el artículo 23 del Código Penal y es una circunstancia genérica de naturaleza mixta, capaz de actuar como atenuante o como agravante, si bien en el presente trabajo vamos a analizarla como agravante.

El concepto de parentesco está ligado al de familia sin que el legislador haya definido expresamente que se entiende por parentesco, pero concurre cuando los hechos punibles se comenten entre parientes y se le asignan nombres a determinadas relaciones, como matrimonio, filiación, pareja de hecho, que se encuadran en la misma.

Es de naturaleza personal y subjetiva, en tanto se basa en la relación particular con el ofendido y no se puede transmitir a los partícipes del delito.

[5]" STS, Sala 2ª, 565/2018, 19 de noviembre, Rec. 10279/2018. Ponente Julían Artemio Sánchez Melgar."

[6]"STS, Sala 2ª, 314/2015, de 4 de mayo, Rec. 10749/2014, Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar."

[7]" STS, Sala 2ª, 565/2018, 19 de noviembre, Rec. 10279/2018. Ponente Julían Artemio Sánchez Melgar."

Con la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de Seguridad ciudadana, violencia doméstica e Integración social de los extranjeros, se modificó la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23, para hacerla extensible a los supuestos en los que había finalizad la relación conyugal o de hecho entre las partes. Se equipara por el legislador las relaciones matrimoniales y las análogas como causa que puede atenuar o agravar la responsabilidad penal, siendo indiferente la orientación sexual de los cónyuges.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la circunstancia mixta de parentesco tiene su fundamento "en la existencia de alguna relación propia de las personas que, de alguna manera conservan, pese a las dificultades que pudieran existir, el cariño que caracteriza estas uniones [SSTS núm. 1104/00 de 26 de junio (Tol 272752), núm. 1457/2002 (Tol 222576) y núm. 1654/2002]"[8].

La jurisprudencia establece que en los delitos contra las personas, el fundamento de esta circunstancia como agravante se encuentra en "la mayor entidad del mandato contenido en la Ley dirigido a evitar esa clase de conductas"[9], en el plus de culpabilidad por la comisión de los hechos entre parientes y en el aprovechamiento de esa relación para una mayor facilidad en la comisión del hecho, al tener conocimiento de una información personalísima sobre la víctima con transgresión del principio de confianza.

Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo, 531/2007, de 18 de junio "la jurisprudencia ha introducido unos criterios generales en razón del delito cometido o bien jurídico lesionado: la circunstancia actuará como agravante en delitos contra las personas y libertad sexual y como atenuante en los delitos patrimoniales y contra el honor"[10], por tanto cuando la acción merece un reproche mayor debido a la relación parental existente.

Los criterios que sirven para fundamentar el carácter agravatorio del parentesco son el mayor desvalor de la conducta del agresor, en base al respeto que las relaciones familiares implican entre sus miembros, el doble injusto y plus de culpabilidad.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo 544/2016, de 21 de junio, se indica que "el aumento del reproche que conlleva la agravante de parentesco no depende de la

[8]"BIELSA CORELLA, M.C. La circunstancia mixta de parentesco en el código penal español, 2014, p. 93."

[9]"STS, Sala 2ª, 1340/2005, de 8 de noviembre. Rec. 283/2005. Ponente Carlos Granados Pérez."

[10]"STS, Sala 2ª, 531/2007, de 18 de junio, Rec. 10028/2007. Ponente José Ramón Soriano Soriano."

existencia de una relación afectiva real hacia la víctima; el mayor desvalor de la conducta es consecuencia de la falta de respeto especial demostrada por el autor en relación a una persona con la que estuvo estrechamente ligado por vínculos afectivos o de sangre. Y es que si se exigiera la existencia de cariño o afecto la agravante sería de muy difícil aplicación, ya que, concurriendo afecto -tal como razona la STS 162/2009, de 12 de febrero - lo lógico es que no haya agresión"[11].

En la Sentencia del Tribunal Supremo 251/2018, de 24 de mayo, se indica que "en su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio pietatis causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación"[12].

En conclusión, la circunstancia mixta de parentesco tiene un fundamento objetivo de agravación, aplicable cuando medie entre el autor y la víctima las relaciones previstas en el artículo 23 del Código Penal y la agravante de género tiene un fundamento subjetivo, debiendo concurrir en el autor un ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que es inferior por el mero hecho de serlo.

III. REQUISITOS

1. Agravante de género

a) autor debe ser varón

La jurisprudencia establece que para la aplicación de esta agravante el autor debe ser varón, en caso contrario, es decir si la autora fuera una mujer nos encontraríamos ante la agravante de sexo.

[11]" STS, Sala 2ª, 544/2016, de 21 de junio, Rec. 10139/2016, Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre."

[12]" STS, Sala 2ª, 251/2018, de 24 de mayo, Rec. 1659/2017. Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre."

b) Ánimo de sentirse superior a la mujer por el mero hecho de serlo

Si bien en las Sentencias del Tribunal Supremo 420/2018, de 25 de septiembre y 707/2018, de 15 de enero de 2019, se aplica la agravante de género sólo cuando las partes fuesen o hubiesen sido pareja, aplicando la agravante de sexo en los supuestos en los que no existiese una relación sentimental entre ellos, la jurisprudencia establece que en base a la fundamentación de esta agravante, se aplicará cuando los hechos se cometan contra una mujer por el hecho de serlo y el autor obre movido por el ánimo de sentirse superior a la mujer, aunque no exista una relación matrimonial o análoga a la misma entre víctima y autor, por lo tanto no se circunscribe la aplicación de esta agravante a los delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género, ni se aplica a todos los casos en los que la víctima y el autor tienen esa relación.

Hay que acreditar que efectivamente el autor ha actuado motivado por ese motivo discriminatorio para aplicar esta agravante, por lo que se tienen en cuenta los hechos circunstanciales de los que se infiera esa actuación, como las expresiones que dirija el autor a la víctima en el momento de la comisión de los hechos, la existencia de denuncias previas por malos tratos en el ámbito de la violencia de género, control del autor sobre la víctima, que le hubiese quitado la documentación lo que es determinante de una conducta propia de dominación y machismo, actos de sometimiento psicológico, etc.

Por tanto, esta circunstancia tiene un matiz netamente subjetivo, basado en llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer.

2. Circunstancia mixta de parentesco como agravante

Es necesario que exista parentesco entre el autor y la víctima, con el grado y las limitaciones establecidas en el artículo 23 del Código Penal, es decir, que las partes sean matrimonio o exista una relación análoga de afectividad, así como convivencia al menos parcial.

Como ya se ha indicado, la jurisprudencia aprecia esta circunstancia, aunque haya desaparecido el matrimonio o la análoga relación de afectividad, requiriendo que "los hechos estén relacionados con dicha convivencia, directa o indirectamente, no en

supuestos de ajena perpetración, es decir, cuando nada tenga que ver con temas relacionados con tal convivencia o sus intereses periféricos"[13].

La Sentencia del Tribunal Supremo 79/2016, de 10 de febrero establece que "a los efectos de la apreciación de la agravante de parentesco, en la redacción actual del precepto, en el concepto de personas ligadas de un modo estable por análoga relación de afectividad a la del matrimonio no cabe incluir de modo automático todo tipo de relaciones de noviazgo, sino únicamente aquéllas relaciones sentimentales en las que concurra o haya concurrido un componente de compromiso de vida en común dotado de cierta estabilidad, que suele manifestarse por un inicio de convivencia, al menos parcial, y un grado de afectividad semejante y generador de una vinculación familiar"[14].

Por lo tanto esta circunstancia agravante tiene un componente objetivo basado en la convivencia, aunque no exista un vínculo afectivo.

IV. COMPATIBILIDAD DE LA AGRAVANTE DE GÉNERO Y LA DE PARENTESCO

Como ya se ha indicado, la intención del legislador es sancionar las agresiones que son más graves y reprochables socialmente, planteándose si se pueden compatibilizar ambas agravantes.

Es en la Sentencia 565/2018, de 19 de noviembre donde se resuelve esta cuestión, estableciendo que son compatibles ambas circunstancias agravantes, en tanto la de parentesco tiene un fundamento objetivo al mediar entre el autor y la víctima vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados y la agravante de género tiene un fundamento subjetivo, necesitando que en el autor concurra un ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que es inferior por el mero hecho de ser mujer, sin que se vulnere el principio de non bis in idem, al existir dos hechos distintos, que no se tienen que dar necesariamente juntos, permitiendo fundamentar la agravación en uno y otro caso[15].

[13]"STS, Sala 2ª, 1197/2005, de 14 de octubre, Rec. 327/2005. Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar."

[14]"STS, Sala 2ª 79/2016, de 10 de febrero. Rec. 627/2015. Ponente Cándido Conde-Punpido Touron."

[15]"STS, Sala 2ª, 565/2018, de 19 de noviembre, Rec. 10279/2018. Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar. Son compatibles, la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género. Pero la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia no

Asimismo, también se indica que no pueden aplicarse ninguna de estas circunstancias agravantes en los tipos penales que ya prevén en los elementos del tipo que exista o haya existido una relación entre el autor y la víctima.

Así, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 12/2020, de 23 de enero, STS 257/2020, de 28 de mayo, STS 266/2020 de 6 de febrero), establece la compatibilidad entre ambas circunstancias.

V. CONCLUSIONES

El fundamento de la agravación del artículo 22.4 del Código Penal reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior.

La circunstancia agravante de género será de aplicación en los supuestos en los que se lleve a cabo un sometimiento sobre la mujer por el hecho de ser mujer, independientemente que ésta sea pareja o lo haya sido del autor y para establecer su superioridad sobre ella.

La circunstancia agravante de parentesco tiene su fundamento en el mayor reproche que merece la acción debida a la relación parental existente, por el plus de culpabilidad por la comisión de los hechos entre parientes y en el aprovechamiento de esa relación para una mayor facilidad en la comisión del hecho, al tener conocimiento de una información personalísima sobre la víctima con transgresión del principio de confianza.

---

excluye que la agravante de género del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer.

En suma, como ya dijimos en nuestra STS 1177/2009, de 24 de noviembre, interpretando preceptos penales específicos de género, se comete esta acción cuando la conducta del varón trata de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales.

En este mismo sentido, la doctrina apunta en cuanto a la admisión de la compatibilidad de ambas agravantes que la circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal tiene un fundamento objetivo de agravación que se aplica siempre que medie entre autor y víctima las relaciones previstas en el mismo, mientras que la agravante de género prevista en el artículo 22.4º CP tiene un fundamento subjetivo, necesitando que concurra en el autor del delito un ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que ésta es inferior por el mero hecho de serlo. Con ello, no se vulnera la prohibición de doble valoración (non bis in idem) por la aplicación de ambas, ya que existen dos hechos distintos, que no se tienen que dar necesariamente juntos, y que permiten fundamentar la agravación en uno y otro caso."

Se aprecia la circunstancia agravante de parentesco aunque haya desaparecido el matrimonio o la análoga relación de afectividad, basado en la convivencia, al menos parcial, siempre que los hechos estén relacionados directa o indirectamente con esa convivencia.

La doctrina y la jurisprudencia han establecido la compatibilidad de ambas circunstancias agravantes, en tanto la de parentesco tiene un fundamento objetivo al mediar entre el autor y la víctima las relaciones previstas en el artículo 23 del Código Penal y la agravante de género tiene un fundamento subjetivo, necesitando que en el autor concurra un ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que es inferior por el mero hecho de ser mujer, sin que se vulnere el principio non bis in idem.

No pueden aplicarse ninguna de estas circunstancias agravantes en los tipos penales que ya prevén en los elementos del tipo que exista o haya existido una relación entre el autor y la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

ARRIBAS ATIENZA, P. La agravante de género. LegalToday. 12 de julio de 2019. https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/la-agravante-de-genero-2019-07-12/

BIELSA CORELLA, M.C. La circunstancia mixta de parentesco en el código penal español. Tirant lo Blanch. Monografías 867. Valencia, 2014. ISBN: 978-84-9004-935-8.

GUTIÉRREZ MAYO, E. ¿Son compatibles la circunstancia agravante de género y la circunstancia mixta de parentesco respecto de unos mismos hechos?. ELDERECHO.COM. LEFEBVRE, 3 de septiembre de 2018. https://elderecho.com/compatibles-la-circunstancia-agravante-genero-la-circunstancia-mixta-parentesco-respecto-unos-mismos-hechos

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947

ORTEGA BURGOS, E. Dir. Actualidad Derecho Penal 2020. Tirant lo Blanch, Valencia 2020. ISBN: 978-84-1336-593-0

ROIG TORRES, M. Dir. Últimas reformas legales en los delitos de Violencia de Género. Perspectiva comparada. Tirant Lo Blanch. Monografías. Valencia, 2018. ISBN: 978-84-9190-802-9

SERRANO TRIGUEROS, J. La nueva agravante de género. https://www.google.com/search?q=la+nueva+agravante+de+g%C3%A9nero+julia+serrano+trigueros&oq=la+nueva+agravante+de+g%C3%A9nero+julia+serrano+trigueros&aqs=chrome..69i57j69i64.10503j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8#

* * * * * *

Patricio Arribas y Atienza

Letrado de la Administración de Justicia, Madrid. Socio de la FICP.

~El delito de autoadoctrinamiento~

Resumen.- El autoadoctrinamiento o adoctrinamiento pasivo, es una figura penal, relativamente nueva que se introdujo en nuestro Derecho por la LO 2/2015 de 30 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de terrorismo.

Esta modalidad delictiva, se produce cada vez con más habitualidad, por lo que resulta conveniente tratar sobre sus orígenes en el ámbito del Derecho internacional público, su regulación en España y la naturaleza, caracteres y requisitos de esta clase de delitos. Pues bien, esos es lo que trataremos de hacer en esta comunicación, alcanzar esos conocimientos mínimos que resultan necesarios para su comprensión.

I. EL CONCEPTO GENERAL DE ADOCTRINAMIENTO

Lo primero que tenemos que exponer en esta comunicación es, que se entiende con carácter general por adoctrinamiento.

Para la Real Academia Española, el adoctrinamiento lógicamente es la acción y efecto de adoctrinar.

Adoctrinar consiste en inculcar determinadas ideas o creencias. El concepto gramatical se queda ahí y como es natural no entra en cómo se lleve a efecto esa acción de inculcar, que a su vez consiste en infundir con ahínco en el ánimo de alguien una idea.

En Derecho en muchas ocasiones, tras aparentes simples conceptos, se esconden complejos proceso de raciocinio que se apartan del concepto gramatical, pero en muchas otras, no es así, y las cosas deben entenderse en su valoración conforme a su significado gramatical, pero incluso en aquellas ocasiones en que el concepto jurídico se desvía del gramatical es necesario tener claro su origen.

En el caso del adoctrinamiento, la ley toma por tal, lo que por tal se tiene en el lenguaje y de ahí que resulte preciso, delimitar como acabo de hacer, este concepto.

II. LOS ANTECEDENTES INTERNACIONALES Y COMUNITARIOS

1. La resolución 2178 (2014), aprobada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en su 7272a sesión, celebrada el 24 de septiembre de 2014.

Esta resolución de Naciones Unidades es consecuencia del incremento del terrorismo a nivel internacional, y se plantea tener en cuenta las condiciones que favorecen su propagación.

Fija las bases de la lucha antiterrorista en el sometimiento a la carta de Naciones Unidas, siempre con respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, de modo que las medidas que se adopten se ajusten a la misma y en la cooperación internacional.

Asimismo, considera respecto a cualquier medida que se pueda adoptar, que en todo caso deberá respetarse la soberanía de los Estados miembros.

La resolución expresa su especial preocupación por la cuestión del reclutamiento de nuevos terroristas.

Considera que debe hacerse un planteamiento integral sobre todos los factores que integran el fenómeno terrorista, debiendo entre otras y en lo que al tema que aquí tratamos nos afecta, prevenirse el extremismo en las ideas y la intolerancia.

Se reconoce que la lucha contra el terrorismo no puede tener lugar solo en el ámbito militar.

Debe tenerse en cuenta que el terrorismo usa cada vez más las nuevas tecnologías, como internet, como medio de reclutamiento y por tanto los Estados deben tratar de impedir la utilización de dichos recursos.

2. Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE n.º 196), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, ratificado por España por Instrumento de 23 de febrero de 2009.

Remite el concepto de delito terrorista al efectuado en diversos tratados anteriores, entre los que se encontraban los siguientes;

a) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970;

b) Convenio para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971;

c) Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, concluido en Nueva York el 14 de diciembre de 1973;

d) Convenio internacional contra la toma de rehenes, concluido en Nueva York el 17 de diciembre de 1979;

e) Convención sobre protección física de los materiales nucleares, concluido en Viena el 3 de marzo de 1980;

f) Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, concluido en Montreal el 24 de febrero de 1988;

g) Convenio para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la navegación marítima, concluido en Roma el 10 de marzo de 1988;

h) Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, concluido en Roma el 10 de marzo de 1988;

i) Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997;

j) Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, concluido en Nueva York el 9 de diciembre de 1999.

El principal objeto del Convenio era, mejorar la prevención del terrorismo.

Dio una definición de lo que debe entenderse por provocación pública para cometer delitos de terrorismo, como "la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas".

Por adestramiento terrorista, "el hecho de dar instrucciones para la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o para otros métodos y técnicas específicos con vistas a cometer delitos terroristas o a contribuir a su comisión, sabiendo que la formación facilitada tiene por objeto servir para la realización de tales objetivos".

Así como de lo que es el reclutamiento con fines terroristas, "el hecho de incitar a otra persona a cometer o participar en la comisión de delitos terroristas, o a unirse a una asociación o a un grupo para contribuir a que éstos cometan uno o varios delitos terroristas".

Recayendo en los Estados miembros la obligación de tipificar los delitos correspondientes sobre la base de estos conceptos.

3. Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008.

El Consejo de la Unión Europea en la misma línea que la ONU al considerar, como no podía ser de otro modo, que el terrorismo constituye una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como uno de los ataques más graves contra la democracia y el Estado de Derecho y ante el crecimiento del fenómeno y los nuevos modos de operar de las organizaciones terroristas, decidió modificar la Decisión marco 2002/745/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, que regula la materia a nivel comunitario.

Tenía en consideración especialmente la utilización de internet, como medio utilizado para la captación y adiestramiento de nuevos terroristas, lo que debía tenerse en cuenta en cuanto a la prevención y resolución del problema.

Incide la Decisión en la obligación de los Estados de tipificar la provocación a la comisión de los delitos de terrorismo, la captación y el adiestramiento de terroristas, cuando se cometen ilícita y dolosamente.

Consecuente con ello, introduce entre los delitos de terrorismo el de la captación de terroristas.

Resulta claro, aun cuando esto no lo dice la Decisión que uno de los modos principales de dicha captación es el adoctrinamiento.

4. Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017.

Tomando como referencia la Decisión marco 2002/745/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, antes mencionada, teniendo en consideración especialmente los conocidos como “combatientes terroristas extranjeros” es decir personas que viviendo en Europa reciben inspiración, dice el texto e instrucciones de grupos terroristas situados en el extranjero.

Observemos que el término inspiración es coincidente con el de adoctrinamiento, pues inspirar entre otras acepciones como indica la RAE es, hacer nacer en la mente de otras determinadas ideas.

Con la Directiva, se pretende que los Estados regulen de modo más exhaustivo los delitos terroristas y especifica la necesidad de tipificar, entre otros, en lo relativo a la difusión de mensajes que puedan tener por finalidad el apoyo a la causa terrorista.

Especifica la directiva, en su considerando 11;

> "La tipificación penal de la recepción de adiestramiento para el terrorismo complementa el delito ya reconocido de adiestramiento y aborda específicamente las amenazas que plantean las personas que se preparan activamente para la comisión de delitos de terrorismo, entre ellas las que acaban actuando en solitario. La recepción de adiestramiento para el terrorismo incluye la obtención de conocimientos, documentación o capacidades prácticas. El aprendizaje autónomo, en particular a través de internet o consultando otro tipo de material de aprendizaje, también debe considerarse recepción de adiestramiento para el terrorismo cuando sea el resultado de una conducta activa y se efectúe con la intención de cometer o contribuir a la comisión de un delito de terrorismo. En el contexto de todas las circunstancias específicas del caso, esta intención puede inferirse, por ejemplo, del tipo de 31.3.2017 Diario Oficial de la Unión Europea L 88/7 ES materiales y de la frecuencia de la consulta. Por lo tanto, descargarse un manual para fabricar explosivos con el fin de cometer un delito de terrorismo podría considerarse recepción de adiestramiento para el terrorismo. Por el contrario, el mero hecho de visitar sitios web o de recopilar materiales con fines legítimos, como fines académicos o de investigación, no se considera recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de la presente Directiva".

III. SU TRATAMIENTO EN NUESTRO CÓDIGO PENAL.

1. Fundamento.

Esta modalidad delictiva se introdujo por la LO 2/2015 de 30 de marzo, por la que precisamente se modificaba el Código Penal en materia de terrorismo.

En su preámbulo, precisamente señala como fundamento de la reforma la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidad 2.178 de que hemos tratado anteriormente, ello en base a la nueva amenaza que supone el terrorismo actual y que pone en riesgo el Estado de Derecho y la convencía democrática en todo el planeta.

Se tiene en cuenta al efecto los nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento y enlaza la propagación del terrorismo a la radicalización y adoctrinamiento de nuevos individuos.

Así se explica en el mencionado preámbulo, la introducción de este nuevo tipo penal;

> " Tipifica el adoctrinamiento y el adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas y explosivos, incluyendo expresamente el adoctrinamiento y adiestramiento pasivo, con especial mención al que se realiza a través de internet o de servicios de comunicación accesibles al público, que exige, para ser considerado delito, una nota de habitualidad y un elemento finalista que no es otro que estar dirigido a

> incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines. También se tipifica en este precepto el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, esto es, quienes para integrarse o colaborar con una organización terrorista o para cometer un delito de terrorismo se desplacen al extranjero".

No obstante han sido varios los autores que han criticado la introducción de esta nuevo tipo penal y así por señalar algunos traemos a colación lo escrito por CANO PAÑOS, M.A[1], que nos dice; "es evidente que el «adoctrinamiento», conducta difícilmente distinguible de la mera expresión de ideas, no puede ser objeto de tipificación penal, por mucho que dichas ideas puedan resultar discutibles en un Estado social y democrático de Derecho, ya que las mismas entran dentro de la libertad de expresión, salvo que se trate eso sí de una forma de proposición o provocación ya punible de forma general en el art. 579 CP en relación a los delitos de terrorismo, o bien integre un delito de enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo, previsto en el art. 578 CP"

De opinión semejante, o tal vez más contundente, la de LLOBET ANGLI, M[2], "la tipificación que del adoctrinamiento ya se llevaba a cabo en el art. 576.3 CP, introducido por la mencionada reforma del año 2010, podría conllevar el castigo de manifestaciones ligadas a la ideología de un sujeto que simplemente aludieran a los principios religiosos del Islam realizadas en mezquitas, sin realizar mención alguna a la comisión de delito".

2. Regulación.

Se lleva a efecto en el artículo 575 del Código Penal, que en sus apartados 1 y 2 dispone literalmente;

> "1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.
>
> 2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior.

[1] CANO PAÑOS, M.A La nueva amenaza terrorista y sus (negativas) repercusiones en el ordenamiento penal y constitucional. Comentario a la sentencia de la AN nº 39/2016 de 30 de noviembre, ReDCE, 27, Enero-Junio de 2017.

[2] LLOBET ANGLI, M, Memento Experto Francis Lefebvre, Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2010, p. 599.

> Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.
>
> Asimismo, se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines".

3. Estudio de su tipificación.

Seguiré para ello la importante sentencia del TS 661/2017 de 10 de octubre.

En primer lugar, en cuanto a la naturaleza del delito, estamos ante un delito de peligro, es decir de los que se consuman, sin necesidad de un resultado, si no tan solo con la puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma, en definitiva se trata de adelantar la barrera de protección a un momento anterior al de la lesión del bien jurídico protegido.

En este caso, como indica la mencionada sentencia "se incrimina un acto protopreparatorio y eventualmente un acto preparatorio de un acto preparatorio"

En cuanto al tipo objetivo, se recogen dos modalidades;

a) El acceso a servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas.

b) La tenencia de documentos dirigidos o que resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines

En el primer supuesto se exige la habitualidad, en el segundo no.

Respecto al elemento subjetivo, debe perseguir la finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos de terrorismo, previstos en el capítulo en que se encuadra este mismo delito.

Como indica MORENO HURETA, JH[3], "vemos aquí una exigencia subjetiva de difícil carga probatoria a la que, en la inmensa mayoría de los casos, necesaria y desgraciadamente, solo se podrá llegar vía indiciaria, es decir, dicha finalidad de

[3] MORENO HURETA, JH, Análisis del nuevo delito de autoadoctrinamiento del artículo 575.2 del Código Penal incorporado con la Ley Orgánica 2/2015, ADPCP, LXX, 2017, p. 365

capacitarse se entenderá probada a partir de la acreditación como ciertos de otros hechos relacionados inequívocamente con la misma"

Por tanto, no es suficiente para entender cometido el delito el acceso a contenidos de internet o documentos propios de ideologías u organizaciones terroristas.

Como argumenta la STS, Sala 1ª, 503/2008, de 17 de julio; "La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito".

IV. CONCLUSIONES.

Es clara la determinación de la mayoría de países de la tierra de, establecer todas las medidas posibles en prevención del terrorismo, el cual con un crecimiento exponencial y un ámbito de carácter universal, que hasta estos tiempos no se había conocido, requiere de los Estados una renovación constante de todos los instrumentos de que disponen para luchar contra esta lacra, instrumentos entre los que sin duda alguna se encuentra la capacidad de legislar y con ella la de introducir nuevas figuras jurídico penales, que resulten efectivas ante la nueva realidad social.

Además los delitos de terrorismo no solo han tenido un crecimiento de orden cuantitativo, en cuanto al tiempo (cada vez más) y al espacio (cada vez en más sitios), sino también que lo ha sido en el orden cualitativo, con nuevas connotaciones, como dice GALÁN MUÑOZ, A[4], hoy tenemos "un terrorismo no estrictamente político, pero sí uno dotado de un fuerte fundamento y discurso ideológico-religioso que se ha demostrado como tremendamente atractivo para determinadas capas de las sociedades actuales".

De ahí que sea necesario adelantar la barrera penal, de modo que el delito no llegue a producirse, pero ello tendrá que hacerse, como indican toda la normativa

[4] GALÁN MUÑOZ, A, Nuevas formas de terrorismo, nuevos instrumentos penales: la represión penal de la captación y adiestramiento terrorista tras la reforma del Código Penal de la LO 2/2015, Revista de Estudios de la Justicia, 25, 2016, 3 de octubre de 2016.

internacional que hemos visto con pleno respeto a las libertades públicas y derechos fundamentales y al sistema democrático de que estamos dotados en países como el nuestro, España. De no hacerlo así y de utilizar vías ajenas a dichos principios, se corre el riesgo de comportarse y admitir una legalidad totalitaria o intolerante precisamente similar a la que se pretende combatir.

Por ello los tipos penales, no pueden ser excesivamente abiertos, ni tener en su aspecto subjetivo unas condiciones que resulten de extremada complicación en el ámbito probatorio, porque ello nos llevaría o a la total ineficacia o peor, a correr el riesgo de un uso excesivo de los medios extraordinarios de la prueba.

Expuesto el temor, como han hecho otros autores, no obstante, nos queda la certeza, que el Tribunal Supremo a través de su jurisprudencia, sabrá fijar, como en la sentencia comentada, los limites en la aplicación e interpretación de la Ley y que son los que precisamente distingue a unos de los otros.

* * * * * *

Santiago Beltrán Monforte

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, España. Socio de la FICP.

~Las costas procesales~

Sumario.- I. Las costas procesales. 1. Contenido y alcance; II. Marco legal; 1. La Constitución Española; 2. La Ley de enjuiciamiento criminal; 3. El Código Penal; III. La condena en costas en el proceso penal. 1. Las costas declaradas de oficio. 2. La condena en costas al condenado. 3. La condena en costas al querellante y al actor civil. IV. Gastos que comprenden. 1. Los gastos de papel sellado y aranceles. 2. Los gastos de abogados y procuradores. 3. La indemnización a testigos. 4. Los gastos de peritos. V. Prelación de pagos. 1. La reparación del daño causado. 2. La indemnización al Estado. 3. Demás gastos procesales. 4. La multa; VI. Cálculo de las costas. VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

I. LAS COSTAS PROCESALES.

1. Contenido y Alcance.

La participación en un procedimiento judicial conlleva sin lugar a dudas una serie de gastos procesales que afectan a todas las partes intervinientes, pero que también afectan a la propia administración que tiene que poner al servicio ciudadano una serie de medios personales y materiales necesarios para garantizar que el proceso judicial se lleve a cabo con todas las garantías jurídicas exigidas, por otra parte, en la Constitución Española debiéndose reseñar concretamente su artículo 24 en el que se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva.

La doctrina, con carácter general no distinguía entre los conceptos de costas y gastos derivados del proceso considerando que todo desembolso tenía una misma naturaleza y que debían de ser satisfechos por las partes que intervenían en el proceso. Hoy en día sí se distingue entre uno y otro concepto, otorgando a las costas procesales un sentido restringido frente al concepto de gastos. De esta manera el concepto de costas exige la individualización de los gastos que deben ser asumidos por una u otra parte de las intervinientes en el proceso.

Se distingue también entre gastos procesales propiamente dichos y gastos que preceden al proceso. Éstos pueden ser gastos que sí se deban pagar por la parte que contrata los servicios jurídicos pero que no deberán ser asumidos en las costas si no han tenido finalmente relevancia en el procedimiento, como por ejemplo estudios previos de la situación para determinar la oportunidad de interponer una querella.

De esta manera se puede definir dos conceptos:

Los gastos procesales: son aquellos desembolsos que se producen en el desarrollo de un litigio desde el inicio del procedimiento con la interposición de la demanda hasta que se produzca una resolución definitiva que devenga firme. Se incluyen por tanto gastos muy variados desde los ocasionados por abogados y procuradores hasta los producidos por la elaboración de dictámenes periciales e independientemente de quien deba asumirlas

Las costas procesales: atendiendo al criterio restrictivo expuesto, se van a considerar como costas procesales aquellos gastos procesales que tienen a su favor los beneficiarios de la condena en costas, es decir, aquellos que éstos podrán recuperar. En el caso de que no exista condena en costas, atendiendo de nuevo al criterio restrictivo, deberán señalarse como los desembolsos que cada una de las partes ha de realizar como consecuencia del proceso. La inclusión de un gasto determinado en las costas procesales debe justificarse por la relación directa e inmediata con su producción dentro del proceso determinado que se está llevando a cabo. No solo esto: de esa relación directa e inmediata del gasto con el proceso deberían separarse los gastos que no sean estrictamente necesarios o sean inútiles para la defensa objetiva de las partes[1]

En cuanto la naturaleza de las costas, y sobre todo referido al derecho penal, la jurisprudencia advierte de que su fundamento no tiene carácter punitivo, sino que éste debe ser señalado en torno al principio reparador de la justicia en el que el perjudicado no debe soportar indebidamente gastos procesales.[2]

A pesar de lo dicho, La función reparadora de las costas procesales en el ámbito penal, como refiere de igual forma la doctrina del Tribunal Supremo se vincula a la condena del acusado que tras cometer el delito ha generado gastos que no deben ser asumidos por el perjudicado o víctima del delito, pero tampoco por la administración. Es decir, la imposición de las costas en el proceso penal se vincula irremediablemente a la condena del acusado.[3]

Por último, en este apartado se debe diferenciar el concepto de costas procesales del de la responsabilidad civil derivada del delito. El Código penal recoge que todo responsable de un delito lo es también de los daños que por casa de éste se hubieran

[1]. MARTÍNEZ GONZÁLEZ/PEDROSA PRECIADO, Manual práctico sobre la tasación de las costas procesales, 3º edición, 2013, pp. 24-25.

[2] STS 168/2017, de 15 de marzo; Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; nº rec. 1549/2016.

[3] STS 194/2019, de 9 de abril; Ponente: Susana polo García. Nº rec. 102/2018

producido[4]. De esta manera la condena en costas que implica al autor o copartícipes de un delito no alcanza a los responsables civiles s que solo responderán por los daños ocasionados de forma directa por el hecho delictivo en el caso de que el responsable directo no lo haga. Así, la doctrina del Tribunal Supremo, "la responsabilidad civil no alcanza las responsabilidades pecuniarias declarada en la sentencia que corresponde al condenado[5].

II. MARCO LEGAL

1. La Constitución Española

El fundamento constitucional se encuentra en el artículo 24 de la Carta Magna. El derecho a la tutela judicial efectiva no solo exige un proceso con las debidas garantías. Para que el proceso pueda ser llevado a cabo, lo primero que se debe garantizar es el acceso al mismo. Esto se consigue no solo con el derecho a la justicia gratuita sino con el escrúpulo a la hora de devengar los gastos a las personas que deban asumirlos.

2. La Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La ley de enjuiciamiento criminal recoge en su título XI la regulación de las costas procesales, artículos 239 a 246.

La ley procesal obliga al juez a que en los autos o sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes a resolver sobre el pago de las costas procesales.[6] En tal resolución deberá optar por:

a) declarar las cosas de oficio

b) Condenar a pagarlas a los procesados, refiriendo de igual modo la parte proporcional de la que se deba responder en cado de que hubiere varios condenados.

c.- Condenar a que las sufrague el querellante particular o al actor civil siempre que a vista del proceso se pueda determinar que aquellos obraron bien con temeridad, bien con mala fe.[7]

El artículo 240 de la Lecr. hace una observancia relevante: Las costas procesales en el proceso penal no podrán ser impuestas a quien haya resultado absuelto.

[4] Art. 109 del Código Penal.
[5] STS 413/2015 de 30 de junio; Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; nº rec. 10829/2014.
[6] Art. 239 Lecr.
[7] Art. 240 LEcr.

3. El Código Penal.

En el Código Penal la regulación de las costas procesales queda fijada en el título VI, "De la responsabilidad civil derivada del delito y de las costas", en su capítulo III, artículos 123 y 124. Según estos:

Las costas se entenderán impuestas por la ley a los criminalmente responsables por todo delito.[8]

Además, Las costas comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte.[9]

E esta manera, el Código Penal, a pesar de incluir las costas procesales en el título que comparte con la responsabilidad civil derivada del delito, separa ambos conceptos al referirse el artículo 123 a la condena en costas a la persona criminalmente responsable, para después señalar el artículo 124 los conceptos que comprende y que se desglasará convenientemente en apartados posteriores de este capítulo.

III. LA CONDENA EN COSTAS EN EL PROCESO PENAL

1. Las costas declaradas de oficio.

En el proceso penal el primero de los criterios dados por el legislador en relación a la condena en costas es el de imponerlas al criminalmente responsable del delito. El segundo de los criterios y que se deduce de este primero es el de declarar las costas de oficio en caso de que el o los acusados resulten absueltos.

Quien se hace cargo de las costas cuando éstas se imponen de oficio es el Estado. Sin embargo y a pesar de esto, los gastos de abogado y procurador que hayan participado en la defensa y representación, peritos y testigos que hayan intervenido serán abonados por la parte a cuya instancia hubieran actuado.

No obstante, la doctrina habla de injustica en tanto en cuanto, una imposición de las costas de oficio no es una condena como tal, y aún así, quien ha resultado absuelto total o parcialmente en un procedimiento debe acomete los gastos causados a su instancia, de procuradores, abogados, peritos y testigos. Se propone de lege ferenda la

[8] Art. 123 CP.
[9] Art. 124 CP.

exención de pago de cualquier concepto al acusado que resulte absuelto, para lo que la doctrina establece una serie de principios:

Principio de vencimiento: Cuando no se trata de un delito perseguible a instancia de parte, la acusación la ejerce el Ministerio Público independientemente de que exista la posibilidad de que haya más acusadores. Si el acusado resulta absuelto, quien resulta vencido en el procedimiento es quien ha ejercido dicha acusación. De esta manera, quien ha ejercido la acción penal no ha prosperado por lo que quien ha resultado absuelto no debería soportar ningún gasto, como si se hubieran estimado sus intereses si habláramos del procedimiento civil. El absuelto es el "vencedor".

Principio de compensación. Enlaza con el anterior: si se considera que el vencedor es quien ha resultado absuelto, sería la acusación quien debiera de forma analógica con las costas civiles, hacer frente al pago de las costas. Sin embargo, esta teoría debe ser rechazada pues en este caso como se ha referido, la imposición de costas de oficio no equivale a una condena, como sí que ocurre en el derecho civil cuando actor o demandado ven insatisfechas

Estas teorías tienen un problema: si cuando el acusado resulta absuelto no debe hacer frente al pago de los gastos generados a su instancia, y por la misma razón, si no estamos hablando de condena en costas tampoco lo debe hacer la acusación que ha fracasado en el ejercicio de la acción penal, resulta de todo punto impensable que los deba asumir el estado, siendo que los profesionales intervinientes no pueden quedarse sin su derecho de cobro por su labor profesional.

2. La condena en costas al condenado.

El Código Penal en su artículo 123 impone las costas al criminalmente responsable de los delitos. Del mismo modo, la Ley de enjuiciamiento criminal en su artículo 240 2º dispone que en el caso de que existan dos o más condenados las costas se impondrán de forma proporcional por la que cada uno deba responder.[10]

3. La condena en costas al querellante y al actor civil.

El derecho penal es el derecho punitivo del estado. Un sistema de garantías procesales busca la seguridad jurídica y en el ámbito penal se debe evitar a toda costa que un inocente resulte condenado por delitos que no cometió. De igual modo se

[10]STS 107/2017 de 21 de febrero; Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; nº rec.10398/2016.

persigue la denuncia falsa tratando de impedir denuncias que no tengan fundamento alguno o que busquen objetivos injustos hacia la persona denunciada.

Por ello, la acusación particular y el actor civil serán condenados en costa en el caso de que su actuación haya sido provocada con temeridad y mala fe.

Un factor determinante para conocer cuando se actúa de esta manera se observa cuando hay dudas fundadas para una acusación determinada y aun así el acusador particular decide llevar adelante la acusación. No ha de olvidarse que hay la acusación particular está asistida por profesionales del derecho, y estos deben conocer –más aún en un procedimiento penal. Cuando el derecho les asiste o no.

La jurisprudencia delimita el concepto de temeridad, y se puede resumir en que se acusa teniendo consciencia de que el que resulta acusado no ha cometido el delito que se le imputa.

Del mismo modo, la temeridad puede originarse no en un primer momento instructor del delito sino que puede sobrevenir precisamente en el caso de que las diligencias instructoras evidencien la inocencia del acusado, bien porque se descubre que fue otro quien cometió el delito, bien porque dicho delito nunca ocurrió o bien porque habiéndose producido el delito, este tiene autor desconocido y además sea imposible de que quien no debiera ser acusado lo haya cometido o haya participado en los hechos.[11]

Más desdeñable resulta aún que la acusación particular, teniendo datos claros y evidentes de que o bien el delito no ha existido o bien que éste no ha sido cometido por quien haya resultado acusado, no aporte dichos datos o los oculte.[12]

No se impondrán las costas al acusador particular o al actor civil si finalmente el acusado resulta condenado.

Y para que se produzca la condena en costas del querellante o del actor civil, además de la absolución o sobreseimiento del asunto respecto del acusado, el tribunal que impone la condena en costas debe justificar el por qué debe afrontarlas la acusación particular, esto es, por qué aprecia temeridad o mala fe en ésta.

El concepto de mala fe se vincula al de temeridad y ambos son conceptos subjetivos. Es por esto por lo que no va a ser fácil acreditar su existencia. Para que

[11] STS 682/2016, de 26 de julio; Ponente: Antonio del Moral García; nº rec: 2065/2015.
[12] https://www.iberley.es/temas/regulacion-costas-procesales-orden-penal-55581

pueda prosperar su acreditación, tanto la temeridad como la fe han de revelarse como evidentes y notorias.

Lo anteriormente dicho no implica que la acusación particular deba llevar un discurso uniforme a lo largo del procedimiento. Desde su comienzo, con las diligencias instructoras, hasta las pruebas practicadas la celebrar en acción del juicio oral en el caso de que lo haya, pueden demostrarse acontecimientos con los que en un principio no se contaba, o reafirmar las posturas establecidas. En cualquier caso, la acusación (tanto pública como particular) puede oponer posiciones contrapuestas a las que en un primer principio habían considerado.

Además, la acusación particular, para ser condenada en costas ha de impedir un desarrollo normal del proceso en el que actúe, correspondiendo a quien solicita la condena en costas probar tanto la existencia de temeridad o mala fe en la acusación particular. No se debe olvidar que las decisiones que se puedan tomar en cuanto a las acusaciones indebidas pueden afectar a quien pueda resultar condenado injustamente sobre todo por la omisión de datos exculpatorios que obrarían en poder de la acusación particular

IV. GASTOS QUE COMPRENDE.

1. Los gastos de papel sellado y aranceles.

Comprende el costo (arancel) de los impresos oficiales que se deban abonar en el ejercicio concreto del proceso. Vienen unidos el uno y el otro ya que el papel sellado es emitido por el estado y su adquisición supone el desembolso de un arancel de carácter variable[13]

2. Los gastos de abogados y procuradores.

Los honorarios de los profesionales, abogados y procuradores, se incluyen en el concepto de costas. Pero la observancia estricta de la regla de gastos innecesarios debe ser tomada en consideración, sobre todo cuando es la parte condenada quien debe hacer frente al derecho de cobro de estos profesionales. La tentación de abusar en este concepto cuando la parte que defiende y represente resulta ganadora en el pleito es posible, ya que no es su propio cliente el que debe acometer definitivamente el pago de sus honorarios. La STS de 12 de julio de 1984 refiere que a pesar de la retribución

[13] https://dpej.rae.es/lema/papel-timbrado

económica por el desarrollo de su labor profesional puede ser fijada de forma discrecional tomando en consideración lo previsto en el art. 56 del Estatuto general de la abogacía, se debe acomodar a unas pautas que sirvan de orientación como son la naturaleza y complejidad del asunto en cuestión. Estas indicaciones aparecen en las tarifas de los Colegios de abogados, pero son orientadoras y no impiden el exceso en que los profesionales puedan incurrir. De esta forma se establecen mecanismos para que quien está obligado al pago de los honorarios pueda impugnar cantidades excesivas. Referido a las costas procesales, es el órgano jurisdiccional quien definitivamente va a determinar la compensación justa teniendo la atribución una vez que se somete a su consideración la discrepancia.[14]

Los profesionales, abogados y procuradores justificarán sus gastos devengados mediante las minutas que deben estar firmadas.

3. La indemnización a testigos.

La tasación de costas que realizará el Letrado de la administración de justicia fijará la cantidad con la que se deba indemnizar a los testigos en relación a l que se haya fijado en la casusa. [15]

En cualquiera de los casos, los testigos deben solicitar el pago de dicha cantidad para el oportuno cobro.

4. Los gastos de peritos.

Los peritos ven incluidos sus gastos en las costas procesales. Esto viene, al igual que el resto de conceptos, fijado por la legislación penal.

El artículo 242 de la Lecrim remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil para la exacción del pago a los abogados, procuradores y peritos.

Estos últimos son profesionales técnicos en sus campos de conocimiento imprescindibles para el justo desarrollo de un proceso judicial donde más allá de garantías jurídicas, el conocimiento técnico de aspectos que nada tienen que ver con lo jurídico y si con lo científico y humanista aportan su leal saber y entender para poder desentrañar las cuestiones de las que son conocedores.

[14] VIVAS TESÓN, Revista de Derecho Patrimonial. 4, 2000, pp. 189-200.
[15] Artículos 241.1 y 2 de la Lecrim.

La remisión que hace la ley rituaria criminal a la civil aporta lo siguiente al respecto de las tasas correspondientes a los peritos:

a) No se incluyen en este concepto gastos derivados de escritos o actuaciones que sean innecesarias (inútiles) o superfluas. (Esto mismo hemos visto con respecto a gastos de lo jurisconsultos que intervienen en el proceso penal).[16] Tampoco las actuaciones que no estén autorizadas por la ley ni aquellas que no detallen expresamente a que se refieren los gastos de sus honorarios.

b) En cualquier caso, quien ostente el derecho de asistencia jurídica gratuita no deberá satisfacer este gasto, según refiere la Disposición final 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

c) Como se sabe, los peritos pueden ser designado por las partes intervinientes en el proceso penal concreto o por el juez, a petición de las partes o de oficio[17]. En caso de que sea el juez quien lo nombre elegirá de acuerdo a la Disposición final citada preferirá personal que esté adscrito a los órganos jurisdiccionales o dependientes de las administraciones públicas y solo si esto no resulta posible elegirá peritos privados.

De esta forma, los honorarios que no serán incluidos en las costas procesales serán los de los peritos que hayan sido nombrados por el juez de oficio y siempre que los demás peritos no hayan resultado inútiles según lo dicho. En la práctica la admisión de una prueba pericial por el juez hace suponer que previamente a su aprobación éste ha considerado la pertinencia o no de la pericial lo que dificulta en la práctica excluir el honorario de los peritos de las costas procesales.

V. PRELACIÓN DE PAGOS.

El artículo 126 del Código Penal regula la prelación de pagos estableciendo un orden:

1º.- La reparación del daño causado y la indemnización de los perjuicios.

2º.- La indemnización al estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa.

[16] Artículo 243 LEC
[17] Artículos 336 y 339 de la LEC

3º.- Las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en sentencia su pago.

4º.- A las demás costas procesales incluso las de defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.

También dispone que en el caso de los delitos perseguibles solo a instancia de parte se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del estado.

1. La reparación del daño causado.

Los efectos del delito son reprochables socialmente y por ello el derecho punitivo del estado debe castigarlos con el fin de que las conductas delictivas no se lleven a cabo. Las penas que se imponen, además de castigo tienen una finalidad disuasoria para quien pretenda llevar a cabo la comisión de un delito. No se trata en este tema de hablar de las penas, la comisión de un delito lleva aparejada tanto el cumplimiento de la pena impuesta como la obligatoriedad de resarcir el daño causado.

De este modo el código aparecen los daños a particulares o colectivos. Estos daños pueden ser materiales, físicos o morales y rige el principio de restaurativo con el fin de devolver al perjudicado una vez cometido el delito la situación de que gozaba previamente a la comisión delictiva.

No siempre es posible la reparación, aunque sí puede existir un resarcimiento. En cualquier caso, no es propiamente un concepto que integre el de costas procesales, pero se prefiere en primer lugar para eliminar en lo posible los efectos del delito.

2. La indemnización al estado.

El concepto de costas incluye de igual modo la indemnización al estado. En este caso, cuando el estado resulta vencedor, obtiene un derecho de cobro que una vez satisfecho se ingresará en su presupuesto. La defensa del estado corresponde a la abogacía del estado, si bien una cosa es clara: el abogado del estado que haya participado en el procedimiento concreto no será beneficiario de las cantidades que se abonen por este concepto. Quien tiene el derecho de cobro es la Administración involucrada en el procedimiento. Diferente es que el abogado del estado sea quien va a solicitar la condena en costas, pues actúa en defensa de la administración. El verdadero

titular es la administración y es quien tiene que recibir el importe correspondiente una vez producida la condena.

Resumiendo: es el estado quien tiene derecho a cobro. La minuta que pudiere percibir el abogado del estado las ingresa la administración, pero nunca quien se ha encargado de la defensa de la misma.[18]

3. Las costas del acusador particular.

Se debe hacer especial referencia a si se incluyen o no las costas del acusador particular cuando existe la condena. La doctrina y la jurisprudencia entienden que efectivamente esto ha de ser así. Sin embargo, se establecen límites para evitar que las pretensiones del acusador particular sean desproporcionadas, heterogéneas o erróneas en atención a las que el Ministerio Fiscal haya deducido.

Se pueden resumir los criterios para la atribución de costas en el caso de la acusación particular en los siguientes puntos:

a) No es necesaria una petición expresa de las costas ocasionadas por parte de la acusación particular. Con la mera solicitud de condena en costas, si esta finalmente se produce, se entiende incluidas las de la acusación particular. Solo se exige una petición específica cuando en el informe final del juicio oral la defensa se pronunció respecto de la condena en cosas. Entonces la acusación particular debe formular la petición de abono de sus costas que deberán distinguirse de las costas del mismo proceso que conforme al artículo 123 del código penal, son de imposición automática

b) Cuando se trata de delitos solo perseguibles a instancia de parte, siguiendo el criterio aritmético se incluyen del mismo modo las costas devengadas por la acusación particular.

c) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente se producirá en el caso de que la actuación de ésta haya sido inútil o superflua.

En relación a las costas causadas por la acusación pública, el criterio general es el de no incluirse en la condena. La jurisprudencia establece una salvedad: cuando se determine que la acusación pública ha ejercido un papel esencial en la causa,

[18] VIVÓ CALVO, Actas del XVII seminario internacional de filosofía del derecho y derecho penal. 2016.

verbigracia porque ha sido quien ha descubierto el delito sosteniendo el proceso jugando un papel esencial en el restablecimiento del orden jurídico.[19]

4. Demás gastos procesales.

Como se ha referido al comienzo de este tema. Hay que diferenciar los conceptos de aspecto a tener en cuenta a la hora de tasar las costas.

Hay que hacer dos consideraciones al respecto:

En primer lugar, la inclusión de "otros gastos procesales" indica que las cantidades que se incluyen dentro del concepto de costas no se cierne a un *numerus clausus* de concepto, sino que el legislador abre la puerta a gastos procesales que pueden acarrear los procesos penales fuera de los enumerados.

En segundo lugar, para que estos gastos procesales se incluyan en las costas procesales deben ser necesarios al proceso, evitando gastos superfluos o innecesarios. Esto no quiere decir no puedan útiles a las partes, si bien pueden ser redundantes y no aportar novedad ni sustantiva ni procesal.

En cualquier caso, estos gastos serán oportunamente justificados y posteriormente fijados por el Letrado de la administración de justicia.

5. La multa.

Fuera del concepto de costas encontramos la multa al igual que ocurre con la reparación de los daños causados. La multa es una pena no limitativa de derechos cuyo pago beneficia a la administración que la incorpora a su presupuesto. Es por ello por lo que en la prelación de pagos aparece en último lugar. El legislador prefiere con esto en primer lugar la reparación del daño, que es en beneficio del perjudicado (incluyéndose el propio Estado cuando ocupa esta posición jurídica), posteriormente el abono de las cantidades de profesionales e intervinientes para dejar en último lugar el abono de la sanción económica que supone la multa.

Se recuerda en este apartado, que no obstante lo dicho, se establece en la legislación penal la responsabilidad personal subsidiaria par el caso de impago de la multa.[20]

[19] STS 692/2008 del 4 noviembre; Ponente: José Ramón Soriano Soriano; nºrec.1639/2007.
[20] Art. 48 del Código Penal.

VI. CÁLCULO DE LAS COSTAS.

En relación a la imposición de oficio de las costas, resulta sencillo si el acusado es absuelto del delito o delitos de los que se le acusaba. Pero en muchas ocasiones pueden darse casos particulares:

a) Que en un procedimiento haya varios acusados y alguno de ellos resulte absuelto, pero no todos.

b) Que en un procedimiento haya un acusado por diferentes delitos y resulte condenado por unos y absuelto por otros.

c) Que en un procedimiento haya varios acusados por varios delitos y resulten absueltos unos de unos delitos y otros condenados por otros delitos, pero no por todos.

Para dar solución a estos casos, se ha de seguir un criterio aritmético tomando en cuenta el número total de los delitos que se imputan. Por ejemplo, si en un proceso hay dos acusados y cada uno de ellos lo es por dos delitos, el número total para proceder al cálculo de las costas será cuatro. Una vez determinada esta cifra, se fraccionará atendiendo a los delitos por los que cada uno de los acusados haya sido finalmente condenado y del mismo modo se determinará la parte de las costas que deban ser declaradas de oficio por la absolución a los acusados del resto de los delitos [21]

VII. CONCLUSIONES.

Las costas procesales se generan dentro de un procedimiento exclusivamente. Si no existe proceso, no se puede hablar de costas procesales, aunque sí se pueden generar gastos jurídicos tomando por gastos un concepto más amplio que el de costas.

Las costas procesales en el ámbito penal aparecen reguladas en la ley sustantiva (Código Penal) y el la ley rituaria (Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Las resoluciones definitivas en el procedimiento penal deben hacer referencia a las costas, bien para condenar, bien para su imposición de oficio.

La condena en costas en el proceso penal implica su asunción por quien ha sido declarado responsable criminalmente en el procedimiento concreto.

[21] GÓMEZ TOMILLO, Comentarios al código penal. 2010, p. 491.

La imposición de las costas de oficio no implica que quien ha resultado absuelto no deba hacer frente a los gastos ocasionados a su instancia, aunque existen corrientes que consideran esta situación como injusta, sin que se haya encontrado una fórmula adecuada para que el inocente sea eximido de cualquier gasto.

La condena en costas al condenado solo puede ser dirigida respecto de los delitos por los que ha resultado condenado, independientemente de la pena individualizada, siempre que ésta sea condenatoria. Si es acusado por unos delitos y absuelto por otros en el mismo procedimiento se seguirá un criterio proporcional a la hora de tasar y abonar las costas.

Del mismo modo, cuando existen varios acusadores y unos resultan absueltos y otros condenados, la imposición de las costas las asumirán los que han resultado condenados.

La condena en costas incluye generalmente los gastos ocasionados por el acusador particular siempre que se trate de gastos proporcionados y necesarios para el desempeño de su papel como acusador en el procedo penal.

El concepto de costas incluye los gastos de papel sellado y aranceles, los gastos de abogados y procuradores, testigos y peritos.

La acusación particular, el querellante y el actor civil van a asumir las costas siempre que se den los siguientes condicionantes:

a) Que actúe con mala fe y temeridad.

b) Que obstaculice con su acusación infundada el desarrollo normal del proceso.

c) Que conozca y oculte datos que exculpen al acusado del delito sobre el que se le acusa.

d) Que sea susceptible la actuación de la acusación del querellante o actor civil de haber podido afectar a la honorabilidad y situación jurídica del acusado injustamente.

La prelación de pagos en cuanto a las costas impuestas se establece para que el derecho de crédito que se ostente por quien tenga derecho a ellos se satisfaga de manera que prima la reparación del daño causado, de forma que los efectos del delito cometido sean los primeros en desaparecer o minimizar.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Publicaciones:

GÓMEZ TOMILLO, Manuel; Comentarios al código penal, Editorial lex nova, 2010,

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Margarita/PEDROSA PRECIADO, Laura; Manual práctico sobre la tasación de las costas procesales, ediciones experiencia S.L. 3º edición,2013.

VIVAS TESÓN, Inmaculada; Notas en torno a los honorarios de abogados. Revista de Derecho Patrimonial. 2000.

VIVÓ CALVO, Silvia; La repercusión de los gastos procesales en el ámbito penal. Su determinación. Actas del XVII seminario internacional de filosofía del derecho y derecho penal. Universidad de León 2016.

Legislación:

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil.

Jurisprudencia:

STS 168/2017, de 15 de marzo; Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; n.º rec. 1549/2016.

STS 194/2019, de 9 de abril; Ponente: Susana polo García. N.º rec. 102/2018.

STS 413/2015 de 30 de junio; Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; n.º rec. 10829/2014.

STS 107/2017 de 21 de febrero; Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; n.º rec.10398/2016.

STS 682/2016, de 26 de julio; Ponente: Antonio del Moral García; n.º rec: 2065/2015

STS 692/2008 del 4 noviembre; Ponente: José Ramón Soriano Soriano; n.ºrec.1639/2007.

Páginas Web

https://www.iberley.es/temas/regulacion-costas-procesales-orden-penal-55581

https://dpej.rae.es/lema/papel-timbrado

* * * * * *

Santiago Beltrán Monforte

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, España. Socio de la FICP.

~Principios y fundamentos de la extradición~

Sumario.- I. Introducción. II. La extradición: Concepto y contenido. 1. Definición; 2. Contenido; 3. La extradición: ¿Un acto político? III.- Elementos reglados. IV. Principios y fundamentos de la extradición. 1. Principios que afectan a los Estados. a). El principio de reciprocidad. b) Principio de legalidad. c) Principios que afectan a la soberanía y competencia. 2. Principios relativos a la persona. a) Principio de no entrega del nacional. b) Principio de no entrega del asilado. c) El principio de especialidad. 3. Principio relativos al hecho punible. a) Principio de la no entrega por delitos esencialmente militares. b) Principio de no entrega por delitos perseguibles a instancia de parte. c) Principio de la no extradición por causa distinta de delito. 4. Principios relativos a las garantías procesales y a la condena. a) Extinción de la responsabilidad criminal. b) Carácter de la pena. c) Principio de no entrega en caso de juicio en tribunal de excepción.- V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La inevitable relación entre Estados, amigos y enemigos, ha dirigido el curso político en la historia. Las relaciones económicas y políticas unido todo esto a la soberanía propia de cada Estado, han dado lugar y han tenido como consecuencia cruentos conflictos bélicos en lucha por dominar el territorio. En un intento de mantener relaciones pacíficas, la diplomacia surge para lograr acuerdos, convenios, alianzas entre países que faciliten la comunicación y la seguridad jurídica entre ellos.

Así, se puede definir la diplomacia como el conjunto de "mecanismos que no son la guerra, desplegados por un actor internacional para gestionar el entorno internacional"[1].

La diplomacia contemporánea no se centra exclusivamente en relaciones bilaterales o multilaterales entre Estados, sino que han aparecido a lo largo del siglo XX organizaciones internacionales como la Sociedad de Naciones, la Organización de Naciones Unidas o la propia Unión Europea cuya creación se gestó con el ánimo de evitar la repetición de los grandes conflictos bélicos que se sucedieron en el pasado siglo además de facilitar las relaciones económicas y comerciales entre los países miembros.

Cada uno de los países ya sea en sus relaciones con otros Estados o con las Organizaciones internaciones de las que forman parte pero también con las que resultan ajenas persigue una serie de objetivos como son los siguientes:

[1] KHUL, N. Revista mexicana de de política exterior, 2009, p. 56.

Económicos: mejora de la economía propia a través de acuerdos que desarrollen el comercio exterior y la internacionalización del mercado interno.

Identitarios: desarrollados a través de acciones culturales y sociales que fortalezcan la imagen del país proyectando una imagen de confianza y firmeza al exterior.

Políticos: Tienen como objetivo aumentar la influencia del país en el ámbito internacional en cuanto a la capacidad decisoria que pueda obtener.[2]

El último de los objetivos diplomáticos es el jurídico. Dentro de este objeto se entronca la figura de la extradición. Los nacionales de los diferentes países circulan por Estados que les son ajenos conforme a unas reglas establecidas por cada Estado que se fundan en los principios que se estudiarán en los siguientes puntos. De esta manera, cada país va a defender en el ámbito internacional los intereses de sus nacionales. Pero de igual modo, esto obtiene un problema ante delincuentes que buscan su impunidad refugiándose en en el extranjero con el único fin de evadirse de la justicia competente para juzgar su caso, sea nacional o no. La diplomacia jurídica trata por tanto de aunar criterios para, entre otros, evitar estas situaciones que se crean por la diversidad de ordenamientos jurídicos.

La figura de la extradición, por tanto, va a ser fundamental en la consecución de estos fines.

II. LA EXTRADICIÓN. CONCEPTO Y CONTENIDO.

1. Definición.

La extradición es un procedimiento regulado en el que tras la petición de un Estado a otro, este último procede a la entrega de un sujeto al país requirente que se considera competente con el fin de que en él pueda hacer frente a la responsabilidad jurídica que ha tratado de evitar.

Se trata por tanto de un acto de cooperación jurídica internacional.

2. Contenido.

Se debe mencionar uno de los principios rectores que marcan la cooperación jurídica internacional. En este ámbito, la cooperación no se impone, se propone[3]. Esto

[2] MANFREDI SÁNCHEZ, J.L. Comunicación y sociedad, 2011, pp. 211-214.
[3] PRADO SALDARRIAGA, V. Foro jurídico, 2006, p. 96.

hace que el proceso de extradición deba ser acordado y reglado entre los países, que deben diseñar con claridad el proceso formal que se ha de seguir. De esta manera, los Estados que pretenden alcanzar acuerdos en la materia extraditoria fijan sus condiciones que deberán reflejarse en un marco normativo

La forma habitual de exponer las normas reguladoras es la de tratado o convenio internacional. En ningún caso habrá extradición si no existe acuerdo previo entre los países (salvo lo que se dirá en torno al principio de especialidad). Y estos convenios, sean bilaterales o multilaterales tendrán distinto alcance por materia (general, específica).

La definición contempla la entrega de un sujeto por un país a otro, lo que no quiere decir que ésta se produzca de forma automática. En primer lugar hay que considerar los elementos objetivos y subjetivos[4] contenidos en el concepto propio de la extradición:

En primer lugar se atiende a los aspectos subjetivos:

En toda extradición intervienen dos entes soberanos: un país que reclama la entrega y otro que la hace efectiva. Los denominamos Estado requirente y Estado requerido.

Otro de los sujetos intervinientes en la extradición es la persona física cuya entrega se reclama. Puede ser reclamado solamente para ser juzgado en el país requirente por considerarse competente y deben concurrir causas penales.

Respecto a los caracteres subjetivos encontramos los siguientes:

La extradición se configura como un acto jurídico reglado en el que no cabe actuar por razones de oportunidad y discrecionalidad.

El país requirente debe contar con una causa abierta contra el sujeto requerido.

El sujeto debe encontrarse en el país requerido y bajo su jurisdicción.

3. La extradición: ¿Un acto político?

La extradición, como se ha referido, es un instrumento utilizado por los Estados en sus relaciones diplomáticas persiguiendo una doble finalidad:

Evitar la impunidad delictiva.

[4] HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. Principia Iuris, 18, 2012, p. 114.

Protección de los derechos fundamentales de la persona.

Por su inclusión en las relaciones diplomáticas, se ha venido considerando que la extradición es un acto político. Sin embargo, su contenido es eminentemente jurídico. Y son los tribunales los que tienen en su mano la normativa para autorizar la extradición o no, relacionándose estos con lo tribunales del otro país implicado.

De esta manera, "considerar la extradición como un acto político, obviando la protección de los derechos fundamentales que se deben observar en el procedimiento, es un criterio que enuncia de forma absoluta un retroceso en la evolución de la institución, al concebirla vinculada a la discrecionalidad del Estado, alejado de la jurídica que debe tener el individuo reclamado, por no estar supeditada a la decisión previa judicial, que es en definitiva el órgano encargado de observar el cumplimiento de principios ya concertados en los tratados, para la declaración de procedencia o no, de la entrega. Se reitera que entre tales principios han de contemplarse la doble incriminación, la extinción de la responsabilidad penal, entre otros"[5].

III. ELEMENTOS REGLADOS.

Como se ha referido, la entrega de la persona por parte del Estado requerido al Estado requirente no es automática. Los países acuerdan en tratados bilaterales o multilaterales las condiciones de entrega de los sujetos reclamados.

La intención de estas exigencias se debe a que para que un Estado requerido lleve a cabo la extradición, el Estado requirente ha de garantizar la protección de los derechos fundamentales, pero además[6]:

El Estado requerido efectúa un examen del régimen político y jurídico del Estado que solicita la extradición.

La entrega no se producirá si el delito por el que se reclama a la persona física tiene carácter político.

La regla general es la de no entrega de un nacional del Estado requerido.

El examen que se produce al respecto de los sistemas políticos y jurídicos de los Estados requirentes trata de salvaguardar a la persona cuya extradición se pretende de la

[5] KNIGTH SOTO, I. Letras jurídicas, 2013, p. 13.
[6] CAÑADO, H. Revista de derecho, 2016, p. 2013.

inseguridad jurídica que puede existir en determinados países con un régimen autoritario, o que sin serlo, no ofrezcan garantías de un juicio justo.

Con respecto a la exclusión de entrega por delito político, aspecto frecuentemente inserto en los tratados de extradición, se genera el problema de discernir entre los que es delito político y cual se considera delito común. Los Estados tienen distinta consideración al respecto y será el Estado requerido el que valorará si el delito cometido presuntamente por el sujeto es considerado político o no según su régimen legal. No se debe olvidar que entre los derechos fundamentales se encuentran el de la libertad de pensamiento, imprescindible en el pluralismo político.

En último lugar se debe considerar que la no entrega de un nacional conlleva la protección de este sujeto frente al ordenamiento jurídico de otro país, aunque sea coincidente en garantías con el Estado requerido. Por tanto, se vulnera la obligación de entrega si finalmente esta no se lleva a cabo.

IV. PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS DE LA EXTRADICIÓN

1. Principios que afectan a los Estados.

a) El principio de reciprocidad.

Este principio afecta a las relaciones internacionales entre Estados y adopta un papel fundamental en el ordenamiento jurídico internacional de un país. Como se ha dicho, las relaciones entre Estados en torno a la extradición suelen estar normadas y regladas por la firma de tratados bilaterales o multilaterales. En estos tratados la reciprocidad se considera inherente, puesto que en la negociación previa se establecen las condiciones y las obligaciones de cada uno de los Estados en el proceso extraditorio. Así, si el sujeto a extraditar reúne una serie de condiciones que se han acordado en el tratado, los países estarán obligados a su entrega y no solo uno de ellos. No es lógica la imposición de obligaciones hacia uno solo de los firmantes.

Otro de los aspectos que permite la reciprocidad es la de permitir la suspensión de entrega de un requerido en el caso de que la otra u otras partes firmantes incumplas las obligaciones a las que se han obligado en acuerdo suscrito. Es decir se establece la condición de cumplir salvo incumplimiento de la potra parte.

Los Estados no obstante en su derecho interno fija la legislación que regula la extradición. Y toda negociación internacional que se establezca al respecto debe

acomodarse a esa norma que se suponen son acordes con los derechos fundamentales y con la Norma Fundamental de ese Estado. Los Estados tienen no obstante margen para negociar el alcance de la extradición siempre y cuando el principio de reciprocidad esté presente.

El principio de reciprocidad puede además funcionar como "una fuente complementaria del Derecho de extradición a fin de subsanar la falta de tratado o de Ley interna o las lagunas que uno u otra puedan ofrecer"[7].

En este caso, los Estados pueden, ante una situación sobrevenida sin la existencia de tratados de extradición entre ellos, pueden llegar a un acuerdo tomado *ad hoc* con el fin de mantener las relaciones para que en el futuro éstas permitan ejecutar otras situaciones análogas.

Esta práctica es cada vez menos habitual, si bien tiene un marcado carácter funcional en la consecución de la justicia penal y del resto de fines que persigue la figura de la extradición.

b) Principio de legalidad.

Fundamento de todo Estado de derecho, este principio ha de regir en los procedimientos de extradición de forma que no se podrá extraditar ni solicitar extradición si las causas por las que se pretende no aparecen plasmadas en la norma escrita, en la ley. Es un reflejo del principio de legalidad consagrado en la Constitución española[8].

El principio de legalidad se conforma como una exigencia de la seguridad jurídica. La interpretación restrictiva de la ley peal, acompañad por la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables garantizan al individuo justicia ante el poder punitivo del Estado[9].

De ahí que, en referencia a la extradición, las causas y los hechos punibles por los que una persona puede ser requerida, así como las penas con las que dichos delitos se sancionan han de plasmarse en el corpus jurídico del país, de forma que en ningún caso un sujeto puede ser extraditado por hechos cuyo reflejo no aparece en el ordenamiento jurídico.

[7] BUENO ARÚS, F. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1984, p. 68.
[8] Ver art. 13.3 de la Constitución Española.
[9] ARROYO ZAPATERO, L. Revista española de derecho constitucional, 1983, p.16.

Se justifica en la certeza que el legislador ha de asegurar para considerar la actuación de un individuo como reprochable penalmente o no.

c) Principios relativos a la soberanía y competencia.

Nos encontramos con dos supuestos:

En atención al primero de ellos, no se procederá a la extradición si el Estado requerido ostenta competencia para el enjuiciamiento de los hechos por los que se solicita la extradición.

Tampoco, y en aplicación de este principio, tampoco se entregará al sujeto si, a pesar de que el Estado requerido no tiene competencia para el enjuiciamiento de los hechos punibles que motivan la extradición, se considera que tampoco la ostenta el requirente. En este caso, puede advertirse del peligro acerca de la impunidad del sujeto a extraditar, siendo que uno de los fundamentos de la extradición es precisamente el de evitar que actos delictivos queden impunes por el refugio del delincuente en un Estado ajeno al competente para su enjuiciamiento.

2. Principios relativos a la persona.

a) Principio de no entrega del nacional.

Este principio se basa en la condición personal del sujeto cuya extradición pretende un país extranjero y aquel se encuentra refugiado en un Estado del que es nacional. El Estado requerido actuaría para proteger a uno de los miembros de su comunidad. Sin embargo, este principio cada vez está más denostado y ya no se suele incorporar a los tratados de extradición a favor de la justicia y frente a la impunidad.

b) Principio de no entrega del asilado.

Quien goza de asilo político en un país no será extraditado. El fundamento de este principio nos hace pensar en el carácter político de la figura del asilo por lo que es de prever que el Estado requirente solicite la extradición del asilado para su enjuiciamiento por delitos de carácter político, de los que ya se ha dicho, si concurren no se procederá a la extradición, aunque el sujeto no tenga la condición de asilado.

El asilo da derecho al Estado que lo concede[10] a:

Permitir la entrada del sujeto a asilo en su territorio nacional.

[10] KNIGTH, I. Contribuciones a las Ciencias Sociales, agosto 2010, www.eumed.net/rev/cccss/09/iks.htm

Concederle permanencia de estancia en ese territorio.

Negar su posible extradición.

No restringir la libertad ni perseguir o castigar al sujeto a asilo.

No solo se va a denegar la extradición cuando el sujeto sea ya considerado formalmente asilado, sino que este principio le protege desde el mismo momento en que se solicita esta condición mediante la suspensión de la tramitación del expediente de extradición hasta la resolución de la petición de asilo.

c) El principio de especialidad.

Este principio determina que una persona que va a ser extraditada, solo debe ser juzgada por los delitos que figuren en la solicitud de extradición. Esto supone que en ningún caso el extraditado puede ser bien juzgado, bien cumplir condena por delitos anteriores a aquellos por los que se le reclama[11].

De esta forma, el Estado requirente no debe aprovechar la situación creada con la extradición, esto es, que el entregado se encuentra en territorio del requirente, para fines distintos a los que solicitó y por los que se ha entregado.

Este principio trata de evitar el uso fraudulento de la extradición; esto es: que el requirente no aproveche la ocasión para enjuiciar o hacer cumplir penas o medidas, cuando de haberlas puesto de manifiesto en el requerimiento y solicitud de entrega, esta no se hubiera producido o se hubiera denegado.

Esto se vincula con el principio de doble incriminación que supone este principio un límite al poder punitivo del Estado garantizando que el sujeto cuya extradición se pretende no va a ser juzgado por un mismo hecho sino en una única ocasión. Se vincula al efecto de "cosa juzgada" y, por tanto, trata de evitar la reiteración de juicios sobre unos mismos hechos (que en este caso son de naturaleza penal). No solamente quiere con esto evitar la entrega cuando el requirente quiere juzgar de nuevo unos mismos hechos ya enjuiciados antes de la extradición, sino que también se pretende que unos mismos hechos sean juzgados en dos o más ocasiones tras la entrega y con ocasión de ésta.

Así, este principio "encuentra su espacio en el Estado social de derecho, apoyado en el Neoconstitucionalismo en cuanto se procura por la preponderancia de los

[11] MARCOS FRANCISCO, D. Cuadernos de Derecho Público, 27, 2006, p. 184.

principios al lado del garantismo penal que prevé para el individuo garantías jurídicas enmarcadas en el marco del debido proceso"[12].

Así, en relación el vínculo indudable de este principio con el efecto de cosa juzgada, para que se aprecie la existencia de una posible doble incriminación debe haber:

En primer lugar, identidad de objeto:

Aquí se observa la identidad en la causa de pedir. Esto es: la denuncia y acusación por los mismos hechos deben revestir iguales fundamentos que la sustenten

En segundo lugar, ha de existir identidad subjetiva:

Esto es: no puede juzgarse a unos mismos sujetos cuando ya lo han sido en un proceso que quedó resuelto y en el que concurre identidad de objeto según lo expuesto.

Esto entronca con el principio "non bis in idem"[13]

3. Principios relativos al hecho punible.

a) Principio de no entrega por delitos militares.

Su fundamento encuentra similares razones a la excepción de entrega por delitos de carácter político y de igual modo siendo que este tipo de delitos sueles ser juzgado por tribunales militares y no por la jurisdicción ordinaria. Sin embargo este principio se discute debido a que el hecho punible puede corresponder perfectamente a un tipo delictivo común. Su exclusión se debe entonces por la supuesta falta de garantías que puede conllevar un tribunal de excepción para el sujeto cuya extradición se requiere.

b) Principio de no entrega por delitos solo perseguibles a instancia de parte.

El carácter privado de este tipo de delitos cuya condena solo es posible si existe desde el principio una acusación particular hace considerar que carecen de in interés público relevante como para llevar a cabo una extradición. En cualquier caso, este tipo de delitos constituyen una excepción a la regla general de perseguibilidad pública de los delitos.

---

[12] JIMÉNEZ SÁNCHEZ, A. Justicia Juris, vol. 9, n.º 1, 2013, p. 13.

[13] Según el Tribunal Supremo (STS 370/1998, de 10 de junio), el efecto de cosa juzgada (especialmente en el ámbito penal que nos ocupa) "*es una consecuencia inherente al principio "non bis in idem", el cual ha de considerarse implícitamente incluido en el artículo 25 CE por estar íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad, así como en el artículo 14.7 del Pacto de Nueva York de 1.966 sobe Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España el 13 de abril de 1.977"*

c) Principio de la no extradición por causas distintas al delito.

El carácter restrictivo en la interpretación del derecho penal y el principio de intervención mínima de este orden jurídico unido a la necesidad de que la extradición responda a la comisión (o tentativa) de un delito grave conlleva la exclusión de extradición si el sujeto requerid ha cometido un ilícito no penal (administrativo por ejemplo) o que siendo de carácter penal, responda al tipo de un delito leve.

4. Principios relativos a las garantías procesales y a la condena.

a) Extinción de la responsabilidad criminal.

El poder punitivo del Estado está limitado como se ha dicho por diversos elementos como el principio de legalidad. Este poder se ve también limitado por otros como el de proporcionalidad o humanidad. Se trata de evitar un uso arbitrario e incluso una actuación prepotente del propio Estado. De ahí el establecimiento de límites y garantías.

Las causas de extinción de la pena, aunque se deban a determinadas circunstancias no solo jurídicas sino también polítcas (vg. el indulto o la amnistía), son totalmente ajenas al hecho delictivo. Esto es, en otras circunstancias la comisión de unos hechos punibles penalmente hubieran sido castigados, pero la existencia de una causa de extinción de la acción penal impide hacer efectiva o ejecutar dicha condena.

Una vez extinguida la acción penal, por tanto, los hechos dejan de ser perseguibles.[14] Y, si no pueden serlo, la extradición deja de tener sentido.

Las causas de extinción (o inexistencia) de la acción penal pueden ser previas a la comisión delictiva (por ejemplo, un niño de seis años que con esa edad mate a su padre) o posteriores que son las que se exponen a continuación y que son consideradas en la mayoría de los países.

Así, La ley española recoge y establece las siguientes causas de extinción de la acción penal que harían inviable la extradición y que resultan comunes a la mayoría de cuerpos jurídicos penales:

1) La muerte del reo: supone la inexistencia de sujeto a extraditar, con lo que falta uno de los intervinientes del proceso extraditivo. Dicho de otro modo, la relación

[14] PRADO SALDARRIAGA, V. Causas de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena. 2000, p. 906.

triangular que existe entre los Estados requirente y requerido así como con el suejto cuya extradición se solicita deja de existir. De esta manera se tiene en consideración el carácter personal e intransferible de la responsabilidad penal.

2) El cumplimiento de la condena. No solamente se exige inexistencia de doble incriminación en un proceso penal, sino que también se impide la extradición para evitar ampliaciones de condenas ya cumplidas de acurdo a la legislación que rija en el Estado requerido que ya juzgó en su día al extraditado.

3) El indulto. Es un acto de gracia, al igual que la amnistía. Para que éste pueda otorgarse, el individuo ha de tener condena firme. Es por tanto considerado responsable penalmente. Por distintas causas el indulto puede otorgarse y esto que no absuelve al individuo de los hechos delictivos por los que ha sido condenado, pero sí implica la extinción de la acción penal.

4) El perdón del ofendido, cuando se trate de delitos perseguibles a instancia de parte,

Dado el carácter punitivo del derecho penal se considera que aunque el perdón del ofendido pueda extinguir en determinados casos la acción penal, aun no existiendo este elemento y siempre que sea el delito únicamente perseguible a instancia de parte, y considerando el carácter menos gravoso de este tipo de delitos que no afectan al interés público, no se procederá a la extradición de quien en él concurran hechos que aunque sean punibles, ostenten este carácter procesal.

5) Prescripción de la acción penal:

La extradición no se llevará a cabo si los hechos punibles han prescrito sea en el país requirente sea en el requerido.

b) Carácter de la pena.

El país requerido no extraditará si los hechos punibles a enjuiciar en el requirente conllevan pena de muerte.

Este principio cuestiona que la extradición se legítima en el caso de que los hechos por los que es requerido el sujeto lleven aparejada la pena de muerte. De esta manera, la extradición sería factible si el Estado requirente asegura:

1) Que no va a imponerle la pena de muerte que conllevan los hechos según la legislación del Estado requirente.

2) Que si finalmente se la imponen, no será ejecutada. En este caso, podría se conmutada, sin que debiera hacerse por la cadena perpetua, pena considerada de igual forma inhumana por su carácter irremediable.

El fundamento a esto pone en cuestión el ordenamiento jurídico del Estado requirente ya que éste considera que de acuerdo a la gravedad de determinados delitos, la pena de muerte sea la repuesta justa. No se ha de olvidar que Estados democráticos como Estados Unidos la incorporan a su elenco de penas. Entonces ¿Por qué no se debe entregar a un sujeto que huye a otro país porque conoce las consecuencias del delito que ha cometido? ¿Por qué denegar una extradición cuando uno de sus fundamentos es precisamente evitar la impunidad de los delitos considerados más graves?

La respuesta ha de encontrarse en este caso no en el ámbito jurídico sino en el humanitario[15].

c) No entrega en caso de juicio en tribunal de excepción

En este caso, se establece una doble exigencia:

En primer lugar, los tribunales a los que le corresponderá conocer por los delitos imputados al sujeto extraditado serán los tribunales de la jurisdicción ordinario y no por tribunales de excepción.

De esta manera se pretende garantizar el respeto a los derechos humanos del sujeto reclamado.

En segundo lugar, se asegura que la detención del sujeto extraditado se realice por los medios legalmente establecidos impidiéndose cualquier medio de detención ilegal que intente facilitar su enjuiciamiento por el Estado requirente fuera del procedimiento señalado para la extradición. Ya se por medios directos, como su apresamiento el país requerido por la policía del requirente y su traslado al mismo sin ningún otro trámite, o indirectos, como puede ser la expulsión administrativa del territorio nacional cuando se conoce la petición de extradición.

V. CONCLUSIONES.

Las relaciones entre entes soberanos se han visto desde antiguo teñidas por el conflicto bélico con la intención de acaparar territorio.

[15] BUENO ARÚS, F. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1981, p .400.

Para evitar conflictos bélicos apareció la diplomacia que usará métodos "que no son la guerra".

La diplomacia persigue objetivos de refuerzo de los Estados fomentando aspectos identitarios, económicos, políticos y jurídicos para favorecer y fortalecer la imagen de un país ante la comunidad internacional, ampliar su mercado y garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico evitando impunidades.

La extradición es un procedimiento regulado en el que tras la petición de un Estado a otro, este último procede a la entrega de un sujeto al país requirente que se considera competente con el fin de que en él pueda hacer frente a la responsabilidad jurídica que ha tratado de evitar.

La entrega de la persona no se realiza de forma automática, sino que se establecen filtros para evitar arbitrariedades que afecten.

La extradición es un acto de carácter jurídico no de carácter político ya que se trata de un instrumento de cooperación jurídica internacional reglado.

En la extradición intervienen dos Entes soberanos y una persona física que es reclamada por uno de aquellos.

El principio de legalidad resulta fundamental. Según este principio, y específicamente en el ámbito que nos ocupa, en aras de la seguridad jurídica, lo no regulado por la ley no existe por lo que lo no previsto por la ley o los convenios de extradición jugará a favor del sujeto que debe ser extraditado.

El principio de reciprocidad supone asumir obligaciones de entrega de un requerido en las mismas condiciones para los firmantes, de forma que si uno no cumple con su obligación, esto es no asume la reciprocidad convenida, el otro y otros firmante podrán suspender su obligaciones con respecto al incumplidor.

El principio de doble incriminación impide que el sujeto cuya extradición se pretende sea juzgado por los mismos hechos en más de una ocasión. Se trata del principio *non bis in idem*, con los efectos propios de la "cosa juzgada".

El principio de especialidad supone que el sujeto extraditado solo podrá ser enjuiciado por los motivos y hechos relatados en la solicitud del Estado requirente. En este caso.

La extradición se configura para lograr justicia penal. Esto supone que el ámbito de delitos por los que se podrá extraditar a un sujeto no abarca ni delitos políticos, ni delitos militares, ni delitos leves, faltas o sanciones administrativas ni conflictos jurisdiccionales de otro orden, distinto del penal.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

ARROYO ZAPATERO, L. Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal. Revista española de derecho constitucional, 1983.

BUENO ARÚS, F. El principio de reciprocidad en la extradición y la Legislación española. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1984.

BUENO ARÚS, F. Extradición y pena de muerte en el ordenamiento jurídico español; Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1981.

CAÑADO, H. La extradición, el delito político y el asilo extraterritorial a la luz de los principios del derecho internacional público. Revista de derecho, 8, 2013.

HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. Extradición; del legado de la antigüedad a los modernos principios normativos. Revista Principia Iuris, n.º 18; 2012.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, A. El principio de doble incriminación. Una mirada desde la jurisprudencia colombiana; Justicia Iuris, vol. 9. n.º 1; 2013.

KHUL, N. Diplomacia pública, consideraciones teóricas. Revista mexicana de de política exterior, 2009.

KNIGHT SOTO, I. La extradición. Apreciaciones teóricas desde la perspectiva del derecho internacional contemporáneo. Letras jurídicas, n.º 16, 2013.

KNIGT SOTO, I. Las tendencias actuales de la extradición, en el marco del ordenamiento internacional. Contribuciones a las Ciencias Sociales, agosto 2010, www.eumed.net/rev/cccss/09/iks.htm

MANFREDI SÁNCHEZ, J.L. Hacia una teoría comunicativa de la diplomacia pública. Comunicación y sociedad, 2011.

MARCOS FRANCISCO, D. De la extradición a la Orden Europea de Detención y Entrega, primer instrumento de cooperación judicial internacional en materia penal en el ámbito de la Unión Europea. Cuadernos de Derecho Público, 27, 2006.

PRADO SALDARRIAGA, V. Causas de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena. Derecho PUCP, 2000.

PRADO SALDARRIAGA, V. Sobre la extradición, Revista PUCP, 2006.

* * * * * *

M.ª Jesús Berzosa Ríos

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, España. Socia de la FICP.

~Justicia restaurativa y mediación~

Sumario.- I. Introducción. II. Concepto de justicia restaurativa. III. Una nueva necesidad: la justicia restaurativa. IV. Intereses plurales en el concepto de justicia reparadora. V. La mediación. VI. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen.- El presente trabajo de investigación parte de la necesidad de observar al delito como un conflicto entre personas, donde la solución al mismo debe encontrarse partiendo de los propios implicados, optándose por una resolución conflictual más humanizada, con una participación activa tanto de la víctima como del reo, es decir, acudir a un concepto de Justicia Restaurativa. Para ello, y teniendo en cuenta los intereses plurales que subyacen en cualquier conflicto y máxime tras el delito, se aboga por fórmulas como la conciliación, las sentencias circulares, o la mediación entre otras, siendo alternativas que matizarán los fines exclusivamente retribucionistas, y el ius punendi del Estado.

I. INTRODUCCIÓN.

Tanto los países de la Unión Europea como otros fuera de nuestras fronteras, han ido acogiendo y optando, cada vez más, por sistemas de resolución de conflictos, donde las partes implicadas en los mismos, adoptan posiciones mucho más activas, y acuden a un concepto de justicia reparadora o restaurativa, mediante el uso de fórmulas tales como la negociación, la mediación o la conciliación entre otras, ante la creencia de que cuando nace un proceso, es causa directa de un conflicto personal entre las partes que debe ser reparado desde su origen por las personas implicadas, procurando la reparación del daño ocasionado a la víctima y con la participación activa del causante, en dicha reparación, y con ello conseguir humanizar el conflicto. Es decir, con un papel principal de las partes alejándose del ius punendi del Estado basado en un sistema retribucionista, donde las partes quedaban, alejadas del conflicto, la víctima era la gran olvidada, y al reo se le privaba de la posibilidad de perdón. Como refieren autores como FRANCÉS LECUMBERRI, P./ SANTOS ITOIZ, E., esta justicia reparadora, nace de la propia evolución, acercándose la misma al concepto de servicio a las personas y así refieren que: "*ha sido destilado de una evolución que, desde el campo de la criminología y otras ciencias sociales, trata de poner el acento en que la justicia ha pasado de ser una prerrogativa del Estado, a constituirse en un servicio más hacia el ciudadano*"[1]

Esta justicia restaurativa se está instaurando en todas las ramas del Derecho, y por tanto, también lo está haciendo en el Derecho Penal. Existe una demanda societaria de protección, y de actuación inmediata, por parte del Estado con objeto de

[1] FRANCÉS LECUMBERRI, P/ SANTOS ITOIZ, E, Revista nuevo foro penal, 75, 2010, p. 57.

garantizar la seguridad ciudadana, hasta el punto de buscar intervencionismos en levedades y banalidades, sin que las reformas legislativas penales, ni los endurecimientos punitivos de ciertos tipos penales consigan paliar la sensación de inseguridad ciudadana. No se observa como efectivo el Derecho penal y no solo por no conseguir la sensación de que existe seguridad pública. Ello es porque, no debemos olvidar que detrás del delito, subyacen multitud de conflictos y problemas sociales a los que el Derecho Penal, con actuaciones rígidas y alejadas de la comunidad y del ciudadano, no puede dar solución, por lo que las políticas criminológicas, y sociales, están buscando otras fórmulas alternativas más humanitarias que puedan provocar soluciones y dotar de mayor efectividad al Derecho Penal. Ello, no comporta una sustitución de todos los principios inspiradores de nuestro Derecho Penal, ni una supresión del Derecho Penal, sino que lo que se busca es anudarlo a un concepto embebido por la idea de justicia restaurativa perfectamente complementaria y enriquecedora del Derecho Penal.

II. CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA.

Autores como SÁEZ VALCÁRCEL, R, define la Justicia Restaurativa como "*un proceso de comunicación ética que descansa sobre la responsabilidad y la autonomía de los participantes, en nuestro ámbito de interés, uno víctima de la violencia, agresor el otro; junto a ellos interviene un tercero imparcial, independiente, conocedor de técnicas y habilidades imprescindibles para el desarrollo del proceso, sin poder de decisión, que resulta acreditado solo por la autoridad que le reconocen las partes, y que favorece mediante entrevistas, encuentros o diálogos confidenciales la creación o reconstrucción de vínculos sociales, la prevención o el arreglo de un conflicto*"[2] Realmente, intentar acuñar un concepto unánime de Justicia Restaurativa es una labor harto complicada ya que dependerá de la realidad jurídico político social de cada Estado. Ahora bien, la búsqueda de una definición base, puede llevarnos, a la lectura de la resolución del "*Economic and Social Council*" (ECOSOC), en resolución 2000/14, punto tercero, en la que refiere que se entiende por Justicia Restaurativa: "*aquel procedimiento por el cual la víctima y el reo, u otro individuo o miembro de la comunidad lesionada por un delito, participan activamente de manera conjunta en la resolución de las cuestiones relativas al ilícito penal, generalmente con la ayuda de un facilitador*". A partir de dicha lectura, se observa la voluntad apriorística del

[2] SÁEZ VALCÁRCEL, R, Cuadernos Penales José María Lidón, 8, 2011, pp 71-125.

restablecimiento de la paz social, mediante el encuentro personal, basado en fórmulas de resolución de conflictos, tales como: la mediación, conciliación, "conferencing" o sentencias circulares. La mediación penal, como luego expondré, es y ha sido el instrumento más conocido, y con más desarrollo en Europa, y demás países del mundo. Lo que se busca es la reparación (entroncada con bases ético-religiosas), contraponiéndose a la justicia aplicada por Jueces, y pretendiendo retribuir a la víctima por el daño ocasionado. Para ello se plantea desde el punto de vista de la "voluntariedad", es decir la víctima que participa en el proceso de resolución conflictual lo debe hacer de forma voluntaria así como también de forma libre y voluntaria lo debe realizar el infractor, y demás agentes sociales que participen. Se le reconoce poder a las partes así como responsabilidad, pues pueden decidir el destino del enfrentamiento en pugna. Lo que se busca es la reparación, la conciliación y la paz social[3] y estos elementos son la base del concepto de Justicia Restaurativa.

Ahora bien, el hecho de que sea complejo conseguir una unitaria definición del término Justicia Restaurativa, puesto que depende de los ámbitos del conocimiento que lo estudien, debo decir que, ello no es en sí relevante, puesto que lo importante, es analizar si tiene cabida en nuestro Derecho Penal, en base a los principios informadores del mismo (tales como la igualdad, imparcialidad, proporcionalidad, legalidad.). Para ello, más que la definición del término es importante enlazar dicha definición con el fin de la justicia restaurativa que no es otro que la reparación en sentido amplio, dado que no se entenderá dicha reparación sólo desde un punto de vista del resarcimiento, desde el punto de vista económico, sino que dicha reparación implicará además el perdón por parte del ofendido, o la posibilidad de realización trabajos en beneficio de la comunidad, o la opción o posibilidad de iniciar cursos o medidas formativas, así como el diálogo, con el fin como bien señala GORDILLO SANTANA, L, de conseguir la "Pacificación"[4], es decir buscar la resocialización del infractor, la reparación a la víctima y en definitiva, la paz social. Por todo ello, entiendo que tiene perfecta cabida la Justicia Restaurativa, dado que nuestro Ordenamiento Jurídico establece como fines de la pena la reinserción y la resocialización del penado, consagrándose en el artículo 25.2 de la Constitución, y si bien la pena, en nuestro ordenamiento jurídico, no ha conseguido esos fines, la voluntad de la Carta Magna es la consecución de ese fin, por lo que parece plausible que esa resocialización se consiga con la humanización del

[3] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A, Tratado de Criminología, 2008, pp 1033-1034.
[4] GORDILLO SANTANA, l, La Justicia Restaurativa y la mediación penal, 2007, p. 70.

sistema, pudiendo esa reparación del daño (entendido de forma amplia como se ha dicho no coincidente con resarcimiento civil) conseguir ese fin. Como refiere MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C "*la justicia restaurativa no propone un modelo rupturista con el sistema tradicional de justicia, sino que su ideal restaurador no niega la aplicación del Derecho penal"*[5].

III. UNA NUEVA NECESIDAD: LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

La Justicia Restaurativa, promueve un cambio en la concepción del Derecho Penal, más allá de la retribución o prevención del mismo. Se busca un derecho de resolución de conflictos más humanitario. ¿Por qué surge la necesidad de la justicia restaurativa? Fundamentalmente, fruto de la crisis, en la actualidad, profunda, de las penas de prisión, con el fracaso de los fines de la pena (reinserción y resocialización), por la incapacidad del Derecho penal para dar respuesta a los requerimientos de seguridad por parte de la sociedad, y por el cuestionamiento del Ius Punendi. En definitiva, por un colapso del sistema, con la percepción, de una creciente inseguridad social, que demanda dar respuesta a todo tipo de problemas sociales, pero, que en estos problemas, no podemos olvidar que subyacen en muchos de los, orígenes delictuales, conflictos de gran calado social (pobreza, desigualdad, drogadicción…) por lo que poca solución aporta el Derecho Penal ni a través de las sucesivas reformas, ni con el endurecimiento de las penas. Por ello, se debe optar por una justicia, donde la idea es que el crimen es un conflicto interpersonal, y la solución debe encontrarse desde dentro, entre los implicados.

Históricamente lo que se ha ido produciendo, es que ante la necesidad garantizar la seguridad ciudadana, que demandaba de forma constante la sociedad, se han ido endureciendo de las penas y se ha ido utilizando de forma continua el Derecho penal como rama de "solución de problemas", propiciando un auge de políticas retribucionistas inspiradoras de las reformas penales, con supremacía del castigo, provocando que para proteger ciertos bienes jurídicos se afecten, se conculquen otros por la entrada en escena del Derecho penal. Inclusive, se ha visto como el Derecho Penal ha sido incapaz de proteger los bienes jurídicos dañados, sin satisfacer tampoco a las víctimas del delito. Ello ha promovido la necesidad de acudir a otras fórmulas efectivas, que no implican desechar al derecho Penal, sino pasar a no solo ocuparse del delito, y de las penas, sino del conflicto. Es decir, el derecho penal no es incompatible

[5] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C, Revista de Derecho UNED, 16, 2015, p. 1262.

con un mecanismo de resolución de conflictos, porque en el fondo de la infracción, siempre existe un conflicto, y pueden darse fórmulas de solución conflictual que nos las ofrece la justicia restaurativa, con base más humana, y aportando una nueva perspectiva interesante tal como refieren FRANCÉS LECUMBERRI, P/ SANTOS ITOIZ, E[6]. Autores como ROXIN, C ya entendían el delito como un problema social y comunitario donde los fines preventivos, de reparación eran útiles para conseguir los fines de paz social, porque el solventar el conflicto entre las partes provocaba una extensión de esa solución a la sociedad, que vivía con mayor tranquilidad[7]. Como hemos dicho, no se trata de prescindir del Derecho penal sino que se busca adecuar la respuesta penal al caso concreto a través de modelos de justicia restaurativa garantizando una mejor medición de la pena, garantía de un principio perseguido en nuestro derecho, el de mínima intervención del Derecho Penal (ya que solo debe actuar ante los ataques más graves a los bienes jurídicos), y una mayor proporcionalidad, promoviendo una mejor forma de reconstruir las relaciones humanas, con soluciones de pacto, de consenso, de compromiso.

IV. INTERESES PLURALES EN EL CONCEPTO DE JUSTICIA REPARADORA.

Es evidente que si partimos de la existencia de un conflicto, en él, cuanto menos nos encontraremos ante la presencia de dos partes: infractor y víctima, sino más, ante la posible existencia de algún representante de la comunidad, o de algún tercero que tercie en el conflicto, que ayude en el proceso restaurativo y que colabore en la solución del mismo, buscando la reparación y promoviendo con ello la resocialización. Es decir, si bien el fin último es la solución del conflicto, de la forma más humana, y con la consecución de la paz social, no debemos olvidar que en la base de todo conflicto, nos encontramos con la existencia de intereses plurales, incluso señalar que parten como contrarios, desde el momento que las partes nacen con el surgimiento del delito, donde sus intereses son radicalmente contrapuestos entre víctima e infractor. Pero es más, tras el mismo, tras el hecho antijurídico, también se dan intereses diversos, como los abolicionistas, los intereses a favor de las víctimas o también los de los propios internos, y que por tanto, es evidente que solo podrán llegar a ese fin querido, reafirmando la necesidad de diálogo, y con la entrada

[6] FRANCÉS LECUMBERRI, P/ SANTOS ITOIZ, E, Revista nuevo foro penal, 75, 2010, p. 69

[7] ROXIN, C La reparación en el sistema de los fines de la pena, justícia penal y Sociedad, Ad-hoc, 1991 pp. 146-147.

activa en el proceso de las personas involucradas. Así en el X Congreso para la Prevención del Crimen, de Naciones Unidas, se señaló la necesidad de impulsar "*el desarrollo de políticas de justicia restaurativa, procedimientos y programas que fuesen respetuosos con los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, de los infractores, de la comunidad y de todas las otras partes*", es decir se reconocen esos intereses diversos y como la justicia restaurativa promoverá el respecto por todos.

En relación a estos intereses referidos, y los movimientos que se posicionaban en aras a una u otra de las partes del conflicto, decir que, es evidente que retrotrayéndonos en el tiempo, no hay duda que históricamente, la víctima fue relegada a un papel secundario en el proceso, fue la gran olvidada, doblemente víctima, una por ser la perjudicada por el hecho delictivo, y otra por el propio sistema, lo que provocó, la demanda, por colectivos sociales, de que derecho penal fuera dirigido a satisfacer las necesidades de la misma, que otorgará una mayor participación en el proceso penal a la víctima, lo que fue promoviendo reformas para darles más protagonismo. Paradójicamente ello proporcionó un mayor endurecimiento de las penas, cuando lo loable, y lo que se debió conseguir con la petición de mayor participación de la parte perjudicada en el proceso, era gestar y alcanzar la solución del conflicto, con la humanización del proceso y con el protagonismo de las partes. Pero, no solo la víctima fue olvidada, el sistema también tuvo gran desidia con el infractor, y por ello, también todo el sistema fue criticado por colectivos sociales, en cuanto ingresaba en el sistema carcelario, por el sometimiento a internamientos que solo provocaban contacto con población carcelaria, estigmas sociales, aumento de reclusos, recortes de garantías, y en ningún caso la reinserción del mismo, ni la solución del conflicto. Así mismo, los abolicionistas, observadores de todos esos intereses, y como refiere MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C, criticando el "*formalismo con el que el derecho penal resuelve los conflictos expropiándolos de sus verdaderos titulares*"[8] abogaban por procedimientos informales de resolución de los conflictos debiendo sustituirse el derecho penal. A partir de lo expuesto se busca un sistema que dé acomodo a estos intereses plurales de origen, sin que sean olvidados, buscando resolver el conflicto de la forma más humana, con participación y voluntad de las partes, procurando la reparación del daño, y con el fin de la consecución de la paz social. La Justicia

[8] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C, Revista de Derecho UNED, 16, 2015, p. 1247.

Restaurativa, como expone RÍOS MARTÍN, J, C "*ciertamente parte de la víctima y de sus intereses, pero los hace confluir con los del infractor y con los de la comunidad: todos restablecerán la paz y el diálogo social que el delito quebró y saldrá fortalecida la vigencia de la norma"*[9]

V. LA MEDIACIÓN.

Con el X Congreso de Naciones Unidas se aprobó la resolución número 2002/12 sobre "*principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal*" consolidando con ello, la Justicia Restaurativa y aludiendo a la mediación, la conciliación, el conferencing y las sentencias circulares, como procedimientos de justicia restaurativa hábiles para consecución de soluciones reales a los conflictos. Una de las fórmulas para ese diálogo será la mediación penal, aunque no es la única. La conferencia, por ejemplo consiste en una participación entre agresor y víctima junto con personas del entorno, ya sea familiar, social, escolar, laboral, realizada en centros y sin relevancia procesal, utilizada en Estados Unidos, en relación con asuntos de menores. La sentencia circular, es un procedimiento similar al anterior pero con participación del Tribunal, buscando un consenso y una reparación. El instrumento más extendido, pero no solo dentro de nuestras fronteras, es la mediación penal, donde se intenta reparar una situación anterior al delito, entre el delincuente y la víctima, creando espacios para ello. La Decisión Marco de la Unión Europea de fecha 15 de marzo de 2001 ya estableció la necesidad de introducir por parte de los estados miembros la figura de la mediación. El Consejo de Europa, en la Recomendación 19 define la misma como "*el procedimiento que permite a la víctima y al reo el participar activamente, consintiendo libremente, por la solución de las dificultades derivadas del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)"* La mediación, reconoce a las partes poder, y otorga responsabilidad de decidir sobre el destino de dicho enfrentamiento, alcanzando o no un acuerdo. Su objetivo, como refiere SOLETO MUÑOZ, H, es "*la restitución respecto de la víctima y la rehabilitación del agresor"*[10] Entiende RÍOS MARTÍN, J que la misma debe desarrollarse por profesionales de la "*comunicación que con técnicas específicas, sean capaces de crear un espacio de dialogo para la obtención de los objetivos anteriormente expuestos. Claro está, debe estar dotada de todas las garantías jurídicas para evitar abusos por una y otra parte, y tiene que*

[9] RÍOS MARTÍN, J, C, Cuadernos Digitales de Formación, 3, 2008, p.10.
[10] SOLETO MUÑOZ, H, Formación a distancia, 2, 2017, pp 11-13.

quedar sometida, en todo caso, a la legalidad penal y procesal"[11] En la mediación no es objeto de debate, ni mucho menos de negociación, el delito, es decir su definición, los elementos que engloban el tipo penal, se parte de la base de que esta definición delictual debe ser acogida por las partes. Y es que no debemos olvidar que estamos hablando de **mediación penal**, por tanto se mueve dentro de lo tipificado por el legislador. Por ello, esa participación activa de las partes en la mediación, no se mueve en el concepto del delito (fijado en la norma), y opino que tampoco dentro del concepto del hecho, porque suele tener significados distintos, ese mismo hecho para ambas partes. Realmente se media, **el conflicto**, en mayúsculas, alejado del matiz procesal, usando una perspectiva positiva, en relación al infractor, analizando el por qué, del acto realizado, las consecuencias del mismo, el aprendizaje a la gestión de los conflictos propios, posibilitando la petición de perdón, y la reconciliación. En relación a la parte perjudicada, la mediación evitará la revictimización de la misma ante el desconocimiento del proceso, la dilación del mismo, las múltiples instancias a las que debe acudir que provocan una agravación del daño ocasionado, acabará con la ausencia de entendimiento de lo ocurrido y con la falta de reparación moral. Y para la sociedad la medicación contribuirá a la reducción de riesgos de reiteración delictiva, redundando en mayor seguridad y paz social.

Nuestra legislación se hizo eco de la mediación, como instrumento restaurativo a través de la LO5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor en su artículo 19, vinculándose con el principio de oportunidad. Ahora bien, previamente, y con base a este principio (que provoca una disminución del poder punitivo del Estado con la intervención de terceros en el procedimiento, flexibilizando el proceso penal mediante el uso de instrumentos restauradores) se introdujo en nuestro Derecho, entendida por algunos autores, como instrumento restaurativo, la figura de la conformidad, de base anglosajona, que relativizaba el principio de legalidad, permitiendo reconocer los hechos, y reparar. Si ello es cierto, se reconocen hechos, y se adopta un compromiso, entiendo que con la misma lo que se ha conseguido es una mera descongestión del colapso judicial, una mayor rapidez del procedimiento, una celeridad judicial, pero no ha conseguido unirse al concepto de humanización, que es la base de la justicia reparadora, ni al concepto de solución del conflicto con plena implicación de as partes. Igualmente, junto a esta figura antedicha, se entendió como instrumento de

[11] RÍOS MARTÍN, J, Cuadernos Digitales de Formación, 3, 2009, p.16.

justicia restaurativa, los supuestos en los que se requería que ciertos delitos solo fueran perseguibles a instancia de parte, previa denuncia o querella, o en los que era relevante el perdón del ofendido. Con la reforma del Código Penal operada por la LO1/2015 de 30 de marzo, en relación a los delito leves también se introdujo ese principio de oportunidad mediante la modificación del artículo 963.1.1.ª LECrim, así como la consolidación de la mediación en los mismos, consolidación que tenía su origen en una práctica diaria, donde en las faltas perseguibles a instancia de parte, se podía obtener una reparación que conllevaba la finalización del proceso mediante la participación de la figura de los mediadores. Con dicha reforma del Código Penal de 2015 se incluyó entre los motivos de suspensión del procedimiento el cumplimiento del acuerdo de mediación en el artículo 84.1.1 CP, otorgando un peso importante a la figura de la mediación.

Y a partir de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se observa en nuestro derecho tres artículos directamente vinculados con la justicia restaurativa, concretamente con los servicios de justicia restaurativa, cuya finalidad es "*obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito*". Con el Estatuto de la víctima del delito, se incide directamente en la participación de la perjudicada en los servicios de justicia restaurativa, partiendo de que para ello debe mediar el consentimiento de la misma, ser voluntario, se deben reconocer los hechos por pare del infractor, y debe ser adecuado el caso para ser objeto de este procedimiento restaurativo así como realizarse en sesiones confidenciales. A partir de lo expuesto, y partiendo de que en muchas ocasiones un proceso restaurativo con éxito parte de ese reconocimiento del hecho por parte del infractor ¿Atenta, ello, contra los Derechos fundamentales? ¿Contra la presunción de inocencia? La respuesta no es pacífica, pero, a mi entender no supone vulneración alguna, tal como también entienden autores como GONZÁLEZ CANO, E [12] (en referencia al procedimiento de menores) porque entiendo que ese diálogo previo no puede suponer un reconocimiento de hechos. Sí que es cierto que el punto de partida en esta mediación es la consecución de un acuerdo de forma voluntario, por lo que parte de los hechos serán reconocidos, pero ello no implica una culpabilidad (si no hay acuerdo), igual que ocurre cuando existe un procedimiento con posible conformidad, donde el diálogo previo no se traduce en la culpa del sujeto pasivo, no implica en ningún caso la asunción de responsabilidades

[12] GONZÁLEZ CANO, E, Revista del Tribunal de justicia, 7, 2000, p. 39.

cuando no se alcanza acuerdo después de las negociaciones. Una sentencia posterior en un procedimiento donde no se alcanzó conformidad no puede sustentar la culpabilidad en esos intentos de acuerdo, y lo mismo ocurre en el caso de la mediación, donde se garantiza el principio de presunción de inocencia, ya que la resolución posterior no se sustentará en el intento de mediación, ni en los diálogos previos que serán desconocidos para el juzgador, garantía de ello será que el mediador no intervendrá en el proceso penal, no será llamado al mismo, ni el juez será conocedor de los términos de la mediación, ni será partícipe de las sesiones realizadas.

VI. CONCLUSIONES.

La justicia restaurativa nace como consecuencia de una incapacidad por parte del sistema, del ius punendi del Estado, para resolver los conflictos, buscando dar protagonismo a las partes implicadas en el proceso, con el objetivo de favorecer el resarcimiento, la restauración del daño y la consecución de una paz social. La víctima, el infractor y la comunidad son los pilares fundamentales de este modelo de justicia en auge. Ello no quiere decir que la inclusión de instrumentos restaurativos supongan una ruptura con el Derecho Penal, sino que ciertos conceptos deben tender a redefinirse para dar cobertura a conceptos restaurativos tales como la conciliación, la reparación, la asunción de responsabilidad, etc.

La intención con estos instrumentos restaurativos es la de humanizar el sistema, sobre todo para las partes implicadas en el problema como refiere GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A,[13]

No debe caerse en el contrasentido de que los instrumentos restaurativos, una vez inmersos en el Derecho Penal, se instrumentalicen, perdiendo ese concepto con el que nace la Justicia Restaurativa, para evitar esto, para que se dé paso a una conceptuación del derecho penal renovada, debe dotarse a nuestro sistema de justicia de medios materiales, personales, institucionales y así garantizar una justicia más humana, más participativa, donde el conflicto pueda realmente solventarse desde la satisfacción de los intereses plurales. Para esto, todavía, debe trabajarse con mayor fervor a través de instaurar políticas activas en materia de justicia restaurativa, y dotar al sistema de todos los medios y garantías necesarias, dado que estamos lejos de conseguir esta correcta

[13] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A, Tratado de Criminología, 2008, pp. 1038-1039.

resolución de conflictos a través de los instrumentos que propugna la justicia restaurativa.

BIBLIOGRAFÍA.

FRANCÉS LECUMBERRI, P/ SANTOS ITOIZ, E, La mediación penal, ¿un modelo de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal?, Revista nueva foro penal, 75, 2010.

ROXIN, C, La reparación en el sistema de los fines de la pena, justicia penal y Sociedad, Ad-hoc, 1991.

SÁEZ VALCÁRCEL, R, Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos muy graves. La emergencia de las víctimas, Cuadernos Penales José María Lidón, 8, Bilbao, 2011.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A, Tratado de Criminología, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

GORDILLO SANTANA, L, La Justicia Restaurativa y la mediación penal, Iustel, 2007.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C, La justicia Restaurativa y un modelo integrador de justicia penal, Revista de Derecho UNED, 16, 2015.

RÍOS MARTÍN, J, C, Justicia Restaurativa y mediación penal, Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia, Cuadernos Digitales de Formación, 3, CGPJ, Madrid, 2008.

RÍOS MARTÍN, J, C, Mediación: avance y propuestas. Cuadernos Digitales de Formación, 3, CGPJ, Madrid, 2009.

SOLETO MUÑOZ, H, La participación de la víctima en la justicia restaurativa. Formación a distancia, 2, CGPJ, Madrid, 2017.

* * * * * *

M.ª Jesús Berzosa Ríos

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, España. Socia de la FICP.

~La suspensión de las penas privativas de libertad: referencia a la suspensión de la ejecución de la pena por demencia sobrevenida y a la prescripción de la pena en el plazo de suspensión~

Sumario.- I. Introducción. II.Requisitos para la aplicación de la suspensión en el trastorno mental transitorio. III. Competencia y procedimiento. IV. Efectos.V. Recobro de la capacidad.VI.Concepto de prescripción de las penas. VII.Interrupción de la prescripción. VIII. Especial mención a la sentencia del TC número 97/2010. IX. Análisis de los efectos de la suspensión de la pena y prescripción. X. Efectos de la revocación de la suspensión en materia de prescripción de la pena. XI. Conclusiones.

Resumen.- Dos son las cuestiones objeto de estudio en el presente artículo, por un lado, la prescripción, y en concreto, la prescripción de la pena impuesta, en cuanto pena suspendida, con relevancia y estudio de la sentencia del Tribunal Constitucional, número 97/2010, tal y como se analizará, y la segunda cuestión, deriva de la reforma del Código Penal operada por LO 15/2003 de 25 de noviembre, ante la suspensión de la ejecución de la pena, en tanto, que sobreviene un trastorno mental, tras la firmeza de la sentencia (artículo 60 del CP).

I. INTRODUCCIÓN.

El actual Código Penal se ha nutrido de numerosas reformas legislativas de trascendencia práctica, como ha ocurrido en relación con la materia objeto del presente estudio, concretamente en materia de suspensión de la pena, donde el legislador ha establecido un sistema flexible y rápido, con plena incidencia en los fines de la pena, con voluntad de reinsertar y rehabilitar al penado y con recorrido en el artículo 60 del Código Penal (reformado mediante la LO 15/2003 de 25 de noviembre por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal), así como también, en materia de prescripción de la pena, en la que operó la reforma introducida por la LO 5/2010, introduciendo la suspensión del término, en base a "*un criterio mixto que atiende en algunos supuestos, al quantum de pena impuesta y en otros, a la naturaleza de las penas impuestas*"[1] mostrando efectos interruptivos de la prescripción de las penas.

En relación a la suspensión de la ejecución de la pena, y en relación al trastorno mental sobrevenido tras la firmeza de la sentencia (artículo 60 del Código Penal), debo hacer constar que, es evidente, que cualquier individuo, a lo largo de su vida, puede ser susceptible de un trastorno, o de una alteración de naturaleza psíquica. Este hecho, que tiene incidencia en el Derecho Penal, (y así se recogen sus efectos, en nuestro Código), puede ocurrir en el momento de la comisión del delito, tras la comisión del ilícito penal,

[1] HERNÁNDEZ GARCÍA, J. Cuadernos Digitales de Formación 31, 2011, p. 33.

o inclusive, tras el dictado de la sentencia y una vez alcanzada la firmeza de la misma, siendo este supuesto el objeto de estudio. Recogido en el artículo mencionado, cuya nueva redacción fue establecida por la LO 15/2003 que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, y como bien refiere FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. "*asistimos a un incidente procesal de ejecución de la sentencia penal, (...)que va a determinar dos consecuencias para el tratamiento penal del reo: la primera, la suspensión de la ejecución de la pena, en puridad más bien aplazamiento del cumplimiento material de la pena en los casos en que no se hubiera iniciado, hasta que eventualmente recupere la salud mental el reo, bien su eventual paralización si se encontrara ya iniciado el cumplimiento material de la pena; la segunda, adopción de medidas judiciales tendentes a garantizar la atención a la salud mental del reo trastornado, para lo cual se restablece la posibilidad de imposición de medidas de seguridad, contemplada en Códigos anteriores al vigente, que en su redacción originaria había suprimido esta posibilidad*".[2]

II. LOS REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN EN EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO.

Para explicitar los requisitos, es evidente que debo efectuar una lectura pormenorizada del artículo 60, y concretamente el punto1, del Código Penal, que dispone lo siguiente: "*Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.*

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código".

[2]FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. en: Monográfico sobre Actual doctrina de la imputabilidad penal de Estudios de Derecho Judicial 110-2006, 2007, p. 3.

En dicho artículo queda establecido que el primer requisito del que habla el tipo penal, es la necesidad del dictado de una sentencia que haya alcanzado firmeza. Es decir, no cabe dicha suspensión, cuando la misma no sea firme, en tanto que, en una sentencia no firme, cabe recurso, y puede ser susceptible de revocación.

Además el precepto expuesto recoge la necesidad de que exista un trastorno mental grave que le impida, al sujeto, el conocer el sentido de la pena. Por tanto, la causa por la que puede suspenderse la pena impuesta, radica en esa situación de trastorno mental de verdadera gravedad. Así, lo refiere LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. cuando habla de que debe ser de "*gravedad y (...) duradero"* y manifiesta que "e*l artículo 60 alude a una situación de hecho, con independencia de su etiología endógena o exógena que incapacite al sujeto a conocer el sentido de la pena"*[3]. Por tanto, si parto de lo expuesto, ese trastorno mental, puede tener etiología diversa, inclusive pudiendo ser de naturaleza orgánica, y no mental, cuando se traduzca esa patología orgánica, en un trastorno mental grave, véase así un paciente aquejado de una retención de líquido cerebral, cuyo origen es orgánico, con afectación mental, de gravedad, e inhabilitante para conocer la pena. Puede ocurrir, todo lo contrario, puede ser un sujeto diagnosticado de una enfermedad de origen mental, pero que no provoque la aplicación del artículo 60.1 del Código Penal, en tanto, que no sea grave, puesto que ya he mencionado que el artículo 60.1 del Código Penal, requiere de una gravedad. El precepto no define qué se entiende por gravedad, ni desde cuándo debe padecerse ese trastorno incapacitante, que imposibilita conocer el sentido de la pena impuesta, o qué ocurre cuando hay episodios de lucidez en medio de periodos de opacidad patológica. Por ello, para poder catalogar de grave y de duradero ese trastorno, serán imprescindibles los informes médicos y dictámenes médicos, que puedan dar luz al juez en aras a la aplicación del párrafo 1 del artículo 60 del Código Penal, y donde se entre a resolver sobre si ese trastorno, le impide conocer el sentido de la pena. No solo debe observarse gravedad en el mismo, sino también durabilidad, debe ser un trastorno mantenido en el tiempo.

Además ese trastorno mental debe ser sobrevenido, aunque, no veo obstáculo para que pueda darse el supuesto, de un trastorno preexistente que se agrave, de tal forma

[3]LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. en: Monográfico sobre Actual doctrina de la imputabilidad penal de Estudios de Derecho Judicial 110-2006, 2007, p. 7.

que alcance ese carácter incapacitante, que previamente no tenía, para entender el sentido de la pena.

Como ya apunto, el precepto exige como requisito para que opere el punto 1 del artículo 60 del Código Penal, que debe impedirle al sujeto activo, conocer el sentido de la pena, es decir impedirle conocer la pena impuesta, su alcance y su finalidad. Se entronca el concepto de "*sentido de la pena*", con finalidad, anudándose, por tanto, la suspensión de la pena con el fin de la misma. La suspensión de la pena opera como una excepción al cumplimiento de las penas. Autores como MUÑOZ CUESTA, J.[4] señalan que *"no son un privilegio para su beneficiario, sino que por razones de política criminal o de prevención especial le hacen acreedores de la suspensión, aunque no concurran los requisitos básicos previstos al efecto" y* así, García ARÁN, M.[5] califica la suspensión como una "*institución preventivo especial beneficiosa".*

La pena persigue, según las reformas legislativas, una mejor resocialización del penado, y a la vez le otorga el legislador, una visión político criminal, preventiva. Así autores como URBANO CASTRILLO, E.[6] y SÁNCHEZ MELGAR, J.[7], comparten dicha visión, en tanto, que este último entiende que en relación a las penas privativas de libertad: "*Las razones que se han aducido tradicionalmente para operar con otras fórmulas que no sea el ingreso en prisión de tales infractores pueden extractarse en la conocida contaminación carcelaria que se produce en delincuentes primarios a causa de su convivencia en un centro penitenciario con avezados internos que generarán más efectos negativos y perjudiciales en su personalidad, que los de resocialización e integración social, que constituyen uno de los fines principales de la pena".*

Nuestra propia Constitución española en su el artículo 25.2, establece que "*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social",* es decir, es ya un mandato constitucional que la pena vaya dirigida a reeducación y reinserción, alejándose del fin retribucionista.

El sentido de la pena, es por tanto, equiparable a finalidad, al fin de reinserción social, por tanto, no tiene sentido que el penado cumpla la pena cuando no es consciente del tratamiento penitenciario y de la búsqueda de su reeducación, aunque ello choca con

[4]MUÑOZ CUESTA, J. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Ponencia número, base de datos www.fiscal.es, p. 5

[5]GARCÍA ARÁN, M. Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad, 1997, p. 26.

[6]URBANO CASTRILLO, E. Revista Aranzadi Doctrinal, 7/2015, 2015.

[7]SÁNCHEZ MELGAR, J. Revista de Jurisprudencia, el Derecho. 2, 15 de diciembre de 2016.

la posibilidad que otorga el artículo 60.1 de aplicar en defecto de dicha pena una medida de seguridad, orientada a igual fin, la reinserción, reeducación que no entiende el penado.

Autores, como GARCÍA ALBERO, R., remarcan que ese "*sentido de la pena"* que recoge dicho precepto, se debe identificar con la posibilidad de que el penado entienda "*para qué cumple la pena y por qué la cumple"*[8]

III. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO.

En relación a la competencia territorial, media polémica doctrinal, ya que tras la lectura del artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nada se dice, en dicho precepto, sobre la competencia territorial, en todos y cada uno de los supuestos en los que opera la suspensión vía artículo 60 del Código Penal. La doctrina remarca que el juzgado competente para conocer de estos supuestos será el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del domicilio o del lugar donde reside el penado, a pesar del silencio por parte del legislador.

Por otro lado, el artículo 60.1 del Código Penal, en relación a la competencia objetiva, sí deja claro que los Juzgados competentes para conocer de esta suspensión son los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, sustrayendo, con ello, de esta posible competencia a los juzgados sentenciadores. Y es más, son competentes para conocer de la suspensión de las penas privativas de libertad y de aquellas que tengan distinta naturaleza (por ejemplo, de las penas no privativas de libertad) y lo son, competentes para conocer, de la suspensión, tanto una vez que haya iniciado el cumplimiento, y sobreviene ese trastorno, e incluso cuando adquiere firmeza la sentencia, y no se ha iniciado el cumplimiento de la pena con independencia de la naturaleza de la misma. Es decir conocerá, dicho juzgado, del aplazamiento del cumplimiento de la pena, si no se inició el cumplimiento de la pena, o de la suspensión-paralización, si se hubiere iniciado la misma.

Por otro lado, en base al párrafo 2 del artículo 60 será el juzgador sentenciador quien será competente para conocer de los supuestos de recuperación de la salud mental por parte del reo, y será él, quien deberá adoptar las medidas que considere pertinentes y adecuadas en estos supuestos.

[8]GARCÍA ALBERO, R. Comentarios al nuevo Código Penal, 2016, ed. 4º, p. 415.

En relación al procedimiento, señalar que el Juez de vigilancia penitenciaria abrirá, cuando tenga conocimiento de ese trastorno, un incidente que finalizará mediante auto motivado, en el que acordará la suspensión o no de la pena impuesta, dada su competencia. Ahora bien ¿cómo tiene conocimiento de ese trastorno sobrevenido, grave tras el dictado de una sentencia firme? Si la pena impuesta es una pena privativa de libertad y se ha iniciado su cumplimiento, la práctica habitual es que sea el propio centro penitenciario quien lo comunique al juez. De hecho se da una fase previa a la vía judicial donde se valora al penado, y se emite un diagnóstico psiquiátrico, actuando varios médicos así como la junta de tratamiento. Si el reo no inició el cumplimiento de la pena privativa de libertad, lo habitual es que sea el juez sentenciador quien comunique esta situación sobrevenida al juez de vigilancia penitenciaria. En ambos casos, una vez tiene conocimiento, se inicia el incidente, mencionado al inicio, y requerirá el examen por parte del médico forense. Es importante señalar que autores como FERNÁNDEZ ARÉVALO, L, remarcan la idoneidad, a pesar del silencio del artículo 60 del Código Penal, de la asistencia de letrado al reo, así como también la participación de las acusaciones, y con ello de la acusación particular[9].

IV. EFECTOS.

Todo el incidente finalizará, como no podía ser de otro modo, mediante el dictado de un auto motivado, notificado a las partes donde se acuerda la suspensión o no de la pena. Si se acuerda la suspensión de la pena y se había iniciado su cumplimiento, se aplazará el mismo, por la existencia de un trastorno mental, grave, de duración, sobrevenido, que le impide conocer al reo, el sentido de la pena, debiendo recibir asistencia médica y pudiendo acordar una medida de seguridad, que nunca será más gravosa que la pena suspendida. Es evidente que si la pena impuesta en sentencia, es una pena privativa de libertad, la medida de seguridad nunca será más gravosa, y realmente, lo que quizás quiso reflejar el legislador fue que dicha medida no debe tener mayor duración que la pena suspendida, porque, entonces, sí se entendería como más gravosa. Por otro lado es evidente que si es potestativo la imposición de medidas de seguridad, también lo es, imponer medidas que impliquen privación de libertad, y medidas que no impliquen la privación de libertad, debiendo ser medidas que van más allá de ponderar la peligrosidad del penado, adoptándose para asegurar la asistencia

[9]FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. en: Monográfico sobre Actual doctrina de la imputabilidad penal de Estudios de Derecho Judicial 110-2006, 2007, p. 13

sanitaria al mismo, debiéndose ser esta garantía la que también se busque cuando la pena impuesta no sea privativa de libertad.

Si el Juez de vigilancia penitenciaria, mediante auto no acuerda la suspensión, ya que no se cumplen los requisitos que exige el artículo 60 del Código Penal, y el penado, no inició el cumplimiento, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, lo comunicará al juzgado que dictó la sentencia firme para el inicio de la ejecución penal, y en caso de que el reo estuviera cumpliendo la pena, continuará con dicho cumplimiento, debiendo, entonces, el centro penitenciario, velar y atender, esas anomalías psíquicas que no han implicado suficiente gravedad, ni duración, para acordar la suspensión de la pena.

V. RECOBRO DE LA CAPACIDAD.

El párrafo 2 del artículo 60 del Código Penal recoge: *"Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente"*

El propio precepto determina qué ocurre cuando el penado recupera su salud mental, señalando que debe cumplir la pena impuesta en la sentencia, pero remarca que no ocurrirá esto cuando la misma estuviera prescrita. Será el Juez sentenciador quien valorará el alzamiento de esa suspensión, al recuperar la salud, y quien además podrá reducir la pena, o extinguir la responsabilidad. Todo ello, siempre y cuando la pena no esté prescrita, porque de estarlo, se debe acudir al artículo 130.7 del Código Penal, así como al artículo 133 del Código Penal en cuanto a la forma de computar los plazos de prescripción y al artículo 134 de dicho código, en relación a la fecha de inicio para operar la prescripción, que entiendo que será, de acuerdo con la sentencia número 1505/1999 del Tribunal Supremo, desde el dictado del auto de suspensión y no desde la firmeza de la sentencia dictada.

VI. CONCEPTO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS PENAS.

Nuestro Código Penal establece como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal la prescripción de la pena o de la medida de seguridad en su artículo 130.7 del Código Penal. Tal y como recoge HERNÁNDEZ GARCÍA, al hablar de la prescripción en términos generales "*la prescripción constituye un supuesto fáctico-normativo que desapodera al Estado de su potestad de imposición de penal (SSTC*

115/2004, 63/2005, 29/2008, 179/2009, 37/2010, 95/2010 y 97/2010)"[10]. El Tribunal Constitucional en su sentencia 12/2016, de 1 de febrero de 2016, resume su propia jurisprudencia, definiendo el concepto de prescripción como "*una autolimitación o renuncia del estado*" al ejercicio de su potestad sancionadora o al ejercicio del *"ius puniendi"*, diferenciando temporalmente el concepto de prescripción del delito, que se corresponde a dicha autolimitación, del concepto de prescripción de la pena, que se ubica tras la realización del acto de enjuiciamiento y tras la condena penal, considerando que en dichos casos se produce una renuncia a una "*ejecución tardía*" de la pena impuesta. El Tribunal finaliza considerando que la prescripción de la pena no deja de ser "*una opción de política criminal del legislador*", por lo que el mismo es el encargado de establecer que penas pueden o no verse afectadas por el instituto de la prescripción, en qué términos, los espacios temporales que deben transcurrir, así como, el cómo deben computarse tales plazos de tiempo. A nivel legislativo, contrasta la simplicidad normativa en la regulación de la prescripción de las penas en relación con la prescripción del delito, cuya regulación, especialmente tras la reforma operada por la LO 5/2010, es mucho más completa y descriptiva.

Así, en relación con la prescripción de las penas, me encuentro con que al margen del artículo130 del Código Penal, anteriormente citado, son dos los artículos que regulan dicha institución. Por un lado, el artículo 133 del Código Penal que establece los plazos de prescripción, distinguiendo el tipo de pena impuesta, atendiendo en ocasiones a la extensión concreta de la pena impuesta y en otras a la naturaleza de la misma, recogiendo como excepciones a tal prescripción las penas impuestas por los delitos de genocidio, de lesa humanidad y los delitos contra las personas y los bienes en caso de conflicto armado.

Por otro lado, el artículo 134.1 del Código Penal que se encarga de establecer cuando debe iniciarse el cómputo del plazo prescriptivo, estableciendo dos momentos precisos; o bien desde la firmeza de la sentencia o bien en caso de que haya empezado a cumplirse, desde el momento en que se produzca el quebrantamiento de la misma. Finalmente el artículo 135 del Código Penal regula la prescripción de las medidas de seguridad.

Tal sencillez o brevedad normativa no ha tenido su reflejo en una sencillez o simplicidad en la aplicación de dicho instituto de la prescripción, existiendo numerosas

[10]HERNÁNDEZ GARCÍA, J. Cuadernos Digitales de Formación 31, 2011, p. 2.

cuestiones suscitadas en fase de ejecución de las penas (relativas a la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad, o bien al cómputo de prescripción en caso de penas mixtas, o de penas cuyo cumplimiento debe ser sucesivo, entre otras), que han dado lugar a múltiples interpretaciones. Son numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional resolviendo recursos de amparo respecto a dicha cuestión, tales como la STC 97/2010, 81/2014, 180/2014 o la citada 12/2016, que han propiciado modificaciones legislativas posteriores, tal y como sucede en materia de suspensión de la pena y la reforma operada por la LO 1/2015 al citado artículo 134 del Código Penal.

VII. INTERRUPCIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN.

Tal y como he expuesto anteriormente, es el artículo 134.1 del Código Penal, el que establece el "*dies ad quo"* que constituye el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la pena, concretamente desde el día de la firmeza de la sentencia, o bien si la misma hubiera empezado a cumplirse, desde el momento en que se produce el quebrantamiento o incumplimiento de la misma.

En relación con el cómputo inicial, destacar que es la firmeza de la sentencia, lo que marca el inicio del mismo. En dicho sentido, el concepto de firmeza de sentencia ha sido recogido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que en su Sentencia de 20 de julio del año 2000, estableció, qué debía entenderse por sentencia firme, y señaló que debía tener tal consideración, cuando contra la misma no cabía recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario, excepcionándose los recursos de revisión y rehabilitación, tal y como prevé el artículo 141 de la LECRIM.

Concretado el momento inicial del cómputo del plazo prescriptivo, debo plantearme, normativamente hablando, qué acto o actos judiciales pueden interrumpir el plazo de prescripción. En dicho sentido la lectura del artículo 134.1 del Código Penal me vuelve a ofrecer una respuesta muy sencilla, si el cómputo del plazo prescriptivo se inicia desde el momento en que se incumple o quebranta el cumplimiento de la pena impuesta, la única causa de interrupción del cómputo prescriptivo es el propio cumplimiento de la pena. Es decir una vez iniciado el cumplimiento de la pena se inactiva la posible prescripción de la misma, activándose nuevamente, con el inicio de nuevo del cómputo del plazo en caso de quebrantamiento de la misma.

La interpretación del citado precepto, a pesar de su sencillez expositiva, suscitaba múltiples controversias, no solamente en materia suspensiva como más adelante

analizaré, sino en relación con otras decisiones que pudieran adoptarse durante el devenir de la ejecución de la pena impuesta. A modo de ejemplo, planteo qué sucede con decisiones judiciales adoptadas en materia sustitutiva, ya sea mediante la antigua sustitución de penas prevista en el artículo 88 del Código Penal, o mediante el artículo 53.2 del Código Penal, o qué valor tienen las actuaciones judiciales tendentes a la realización y cumplimiento de un plan concreto de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, y qué sucede en los casos de suspensión del cumplimiento de las penas por petición de indulto, entre otras.

Finalmente, con carácter previo a abordar la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y concretamente la STC 97/2010, me gustaría poner de manifiesto, en relación con el cómputo de plazos que, en aquellas penas a las que el legislador se refiere por su naturaleza en el artículo 133 Código Penal -en el que habla de penas graves, menos graves y leves- se pueden suscitar problemas a la hora de interpretar cual es el plazo de prescripción que debe tenerse en cuenta en aquellos casos en los que en virtud de lo previsto en el artículo 71.2 del Código Penal, la pena privativa de libertad de forma automática se convierta en pena de multa, planteándose como cuestión si el plazo de prescripción que debe tenerse en cuenta sería respecto de la pena privativa de libertad o bien respecto de la pena de multa sustitutiva.

Resulta evidente que la pena de multa sustitutiva se catalogaría como pena leve o menos grave en función de su duración, pero en el caso de acudir a la pena de prisión impuesta, debo destacar que tal pena carece de catalogación en el artículo 33 del Código Penal, existiendo un vacío que debe ser interpretado. A título de ejemplo, podría plantearse el caso de que a un acusado se le impusiera una pena de 2 meses de prisión como autor de un delito de lesiones del artículo 147 del Código Penal, en el que concurra la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal y automáticamente en virtud de lo previsto en el artículo 71.2 del Código Penal tal pena debe ser sustituida por la pena de 4 meses de multa con la cuota correspondiente. A efectos de prescripción de la pena si atendemos a la pena de multa sustitutiva impuesta, la misma tendría la catalogación de menos grave y por tanto el plazo de prescripción del artículo 133 del Código Penal sería de 5 años. Ahora bien, si atiendo a la pena de prisión de 2 meses, la misma no estaría catalogada como pena menos grave.

Dos son las posiciones existentes al respecto. Por un lado, aquellos que, defienden que debe acudirse en todo caso a la pena de multa sustitutiva, por cuanto la pena de prisión sustituida, al no estar dentro del catálogo de penas legalmente establecido, no es pena como tal.

Por otro lado, aquellos que defendemos que la pena de prisión sustituida sí que constituye una verdadera pena, por cuanto es imponible en virtud de los tipos penales y dada la concurrencia de circunstancias propias de la consumación de los mismos, autoría o circunstancias atenuatorias de la responsabilidad penal. Por tanto, como pena imponible, no encuadrable en las penas menos graves, graves o muy graves, no puede ser catalogada más que como pena leve y por tanto estar sujeta a los plazos de prescripción previstos para dichas penas. En una interpretación sistemática del artículo 33 del Código Penal en que cataloga como menos graves las penas de prisión, superiores a 3 meses e inferiores a 5 años, podría entenderse que las penas de prisión inferiores a tres meses serían de naturaleza leve. Interpretación que por otra parte sería más favorable al reo.

VIII. ESPECIAL MENCIÓN A LA SENTENCIA DEL TC NÚMERO 97/2010.

Resulta importante, para poder entender el contenido de dicha sentencia hacer un breve resumen del caso que se planteó al Tribunal Constitucional. El solicitante de amparo fue condenado como autor del subtipo agravado de un delito de desobediencia del art. 102.2 CPM (Código Penal Militar), a la pena de prisión de dieciocho meses. La Sala Quinta del Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por el demandante de amparo y le condenó, como autor consumado de un delito de desobediencia del artículo 102, párrafo primero, a la pena de nueve meses de prisión. El mismo solicitó la concesión de indulto, siendo suspendida la ejecución de la pena. El demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 9 de abril de 2001, acordando el mismo suspender la ejecución de la pena impuesta, en tanto no se resolviera el recurso de amparo, acordando la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, la suspensión de la ejecución de la pena. La Sala de lo Penal del Tribunal Militar, tras dar traslado para que las partes efectuaran alegaciones acerca de la prescripción de la pena, declaró que la misma no estaba prescrita y continuó con la ejecución de dicha pena. Tal decisión es la que es objeto del recurso de amparo que da lugar a la STC 97/2010.

Por tanto, la controversia que se le planteó al Tribunal es clara ¿La suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación del incidente del indulto tiene o no tiene eficacia interruptiva del plazo de prescripción? En dicha sentencia el Tribunal Constitucional, en una interpretación a sensu contrario de lo establecido en el artículo 134.1 del Código Penal - recordar que el párrafo segundo se introdujo posteriormente en el año 2015-, con rotundidad estableció que la única causa de interrupción del plazo de prescripción de la pena era el cumplimiento de la misma, concediendo, por tanto, el amparo solicitado por el demandante. La Sentencia, al margen de interpretar el citado artículo del Código Penal, compara la regulación existente en el Código Penal de 1973 en el que el artículo 116 sí que establecía una causa de interrupción del plazo prescriptivo, que era la comisión de un nuevo delito durante el mismo, concluyendo que el legislador del Código Penal de 1995 no ha introducido ningún motivo interruptor del plazo de prescripción de la pena, por lo que cito textualmente "*en él se contempla el cumplimiento de la pena como causa de interrupción de la prescripción. Ninguna otra causa de interrupción de la prescripción de la pena se recoge en los preceptos dedicados a la regulación de este instituto"*

El Tribunal Constitucional sostiene su decisión sobre la base de un argumento legislativo, en el sentido de considerar que el legislador no ha establecido motivo interruptivo alguno, defendiendo que es una opción tomada de forma intencionada, considerando que no se trata de una omisión involuntaria, toda vez que el Código anterior sí que estableció una causa interruptiva. Así establece en consonancia con Sentencias anteriores que "*es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica (STEDH de 22 de junio de 2000, caso Coëme c. Bélgica, § 146), así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción*"

Por otra parte se apoya en el principio de legalidad, entendiendo que nos encontramos ante una decisión que afecta a la libertad de las personas, y que no cabe realizar una interpretación extensiva o añadiendo cuestiones no fijadas en el tipo en contra de los derechos del reo afectados por el mismo. Ya en la STC 29/2008 y en la STC 37/2010 determinaba la necesidad de interpretar el instituto de la prescripción con un especial rigor "*en tanto que perjudiquen al reo*".

Ahora bien, las posteriores Sentencias del Tribunal Constitucional 81/2014 y 180/2014, establecen matices interpretativos a la primera. De las mismas, que sin duda constituyen la antesala a la reforma introducida por el legislador en 2015, mediante la LO 1/2015, se decanta que existen lapsos de tiempo en los que el plazo de prescripción no correrá, tal y como sucede con los supuestos de suspensión de la pena privativa de libertad impuesta o tal y como debe suceder en los casos de cumplimiento sucesivo de penas previsto en el artículo 75 del Código Penal, en el que por causa material y legal la pena menos grave no puede empezar a ejecutarse hasta que se haya cumplido con la pena más grave. A título de ejemplo, en caso de cumplimiento sucesivo de una pena de prisión y una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, el plazo prescriptivo respecto de la pena de trabajos comunitarios, debe empezar a computarse desde el momento en que se cumplió con la primera pena, no desde la firmeza de la sentencia.

IX. ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DE LA PENA Y PRESCRIPCIÓN.

Con carácter previo a la modificación del artículo 134 del Código Penal realizada por la LO 1/2015 en la que se introdujo el párrafo segundo del citado precepto, resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales, concebían que la suspensión sí que era generadora de efectos en el ámbito de la prescripción de las penas y el cómputo de los plazos. Así, en el rollo de apelación número 428/2012 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, se concluye que una vez que se suspende la pena de prisión estableciendo un periodo de garantía, ello supone que la pena impuesta queda en un estado de "*latencia*" que también produce efectos en el transcurso de los plazos de prescripción. La suspensión no supone un olvido por parte del Estado respecto al cumplimiento de la pena impuesta, sino que supone una suspensión de la ejecución de la misma sometido al cumplimiento de un programa de condiciones que de ser efectivo justificaría la remisión de la pena primigenia. Por ello considera que *"En términos sistemáticos no tendría ningún sentido que el periodo de suspensión se superpusiera o trascurriera en paralelo al de prescripción, entre otras razones porque ambas instituciones se repelen mutuamente pues responden a fines y a principios diferentes".*

En la misma línea destacar que el Tribunal Constitucional en la STC 81/2014, tras analizar su propia jurisprudencia dictada en relación con el instituto de la prescripción, naturaleza, control y efectos derivados de la misma, así como las sentencias dictadas en relación a la prescripción de las penas y a las circunstancias interruptoras del cómputo

de dichos plazos prescriptivos, analiza los efectos derivados de la suspensión de la ejecución de las penas sobre su prescripción. Tras valorar que la misma constituye una modalidad alternativa a la ejecución material de la pena, con una finalidad constitucionalmente reconocida por la STC 251/2005, que no es otra que evitar "*en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro*" y diferenciar tal suspensión de la ejecución de las penas respecto de la suspensión por la tramitación de una petición de indulto, concluye que la misma sí que tiene incidencia en el cómputo de los plazos relativos a la prescripción de la pena, recogiendo literalmente que se trataría de "*actos de ejecución asociados al cumplimiento de las penas,* in natura *o sustitutivo, tienen relevancia para interrumpir la prescripción*". (Tal y como también se desprende de las SSTC 187/2013, de 4 de noviembre, FJ 4, y 49/2014, de 7 de abril, FJ 3).

Como he puesto de manifiesto anteriormente, tal jurisprudencia constituye la antesala a la modificación introducida por el legislador en el artículo 134 del Código Penal mediante la LO 1/2015. Se introdujo un párrafo segundo en el artículo 134 del Código Penal, establece que la prescripción de la pena quedará en suspenso durante el periodo de suspensión de la ejecución de la pena y durante el cumplimiento de otras penas cuando resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 75 del Código Penal, disipándose con ello dos de los grandes problemas que surgieron a raíz de la STC 97/2010 (STC 29/2008,de 20 de febrero, FJ 10 y 12; y 37/2010, de 19 de julio. FJ 5)[11].

X. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.

En esta última cuestión, me gustaría analizar un aspecto práctico relativo a la suspensión y a la prescripción de la pena suspendida, en concreto, el cómputo de los plazos prescriptivos. En primer lugar resulta interesante plantearse qué sucede con el plazo de tiempo trascurrido desde que se declare la firmeza de la sentencia hasta que se notifique la suspensión al penado. Considerando que la suspensión, no interrumpe el término de la prescripción, sino que lo suspende, parece lógico pensar que tal tiempo trascurrido desde la firmeza de la sentencia debe abonarse a efectos de dicho cómputo de plazo. Señalar que el propio artículo 82 Código Penal, tras la reforma operada por la

[11]Conclusiones del IV encuentro de jueces canarios del 5 al 7 de octubre de 2011. Conclusiones de seminarios, 13, 201, p. 54.

LO 1/2015 preceptúa que se resolverá acerca de la suspensión en la propia sentencia siempre que fuera posible, estableciendo en caso de imposibilidad que se resuelva una vez declarada la firmeza de la sentencia, con la mayor urgencia, circunstancia que avala la adicción de tal tiempo al cómputo del plazo de prescripción, tratando de evitar con ello la dilación injustificada, no imputables a actos propios del condenado, en la ejecución de la sentencia.

Ello me lleva a la cuestión principal, concretamente, qué sucede en los casos en los que se revoque la suspensión de la ejecución de la pena por comisión de un nuevo hecho delictivo y cuál debería ser tenido en cuenta como día inicial del cómputo del plazo de prescripción. Una vez acreditada la comisión de un nuevo delito dentro del plazo de suspensión concedido, la resolución que se dicte acordando la revocación de la suspensión no debiera demorarse en el tiempo, para con ello tratar de evitar revocaciones muy tardías o incluso acordadas después del transcurso del plazo de garantía, que pudieran afectar a una posterior situación de normalidad o de rehabilitación social del penado, afectando así a la proporcionalidad y necesidad del cumplimiento de la condena. En tal caso, el cómputo del plazo de la prescripción debiera hacerse, no desde el día en que se adopte una decisión revocatoria, sino desde el día en que se generó el presupuesto revocatorio o se incumplió con el plan de condiciones suspensivas acordado. Ahora bien, tal y como he expuesto anteriormente, al cómputo de dicho plazo de prescripción debería sumarse o descontarse, según se mire, el tiempo trascurrido desde la firmeza de la sentencia hasta la notificación del auto acordando tal suspensión.

XI. CONCLUSIONES.

La suspensión de la ejecución de la pena, implica que la pena privativa de libertad impuesta no se ejecute. El sistema actual es más flexible y más discrecional para el Juzgador. Tras la reforma operada por la LO 1/2015, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han ido resolviendo cuestiones objeto de debate llegando a una sintonía en su interpretación, otorgando una mayor seguridad jurídica en este ámbito.

A su vez, y como cuestión objeto de análisis especial, se trata de la suspensión de la ejecución de la pena por demencia sobrevenida, cuando se ha dictado una sentencia que ha adquirido firmeza, y se padece un trastorno grave y duradero que impide entender el sentido de la pena, el por qué de la misma, es decir, cuando el penado no es consciente de la reeducación que se persigue con la misma. Ello provoca que se pueda

suspender la ejecución, levantándose dicha suspensión con el recobro de la capacidad, siempre y cuando en este intervalo la misma no hubiera prescrito. Siendo competentes para la suspensión el juez de vigilancia penitenciaria y para levantar la misma, el juez sentenciador.

Enlazando con ese alzamiento de la ejecución de la pena, no se producirá el mismo cuando la pena se encuentre prescrita. Para ello, debo acudir a los artículos 133 y 134 del Código penal, cuyos preceptos, si bien son de un redactado sencillo, no lo es el instituto de la prescripción, dado las cuestiones jurídicas que se han ido suscitando en materia de ejecución de la pena a lo largo de los años y la relevancia, en esa evolución, de la sentencia 97/2010 del Tribunal Constitucional, donde recogía que la única causa de interrupción de la prescripción era el cumplimiento de la pena.

El legislador con la reforma operada por la LO 1/2015 introdujo, fruto de esa evolución jurisprudencial, un párrafo 2 al artículo 134 del Código penal, posibilitando que la prescripción de la pena quedara en suspenso durante la ejecución de la pena y el cumplimiento de otras penas de forma sucesiva.

Parte de las controversias jurídicas que han surgido en esta materia han sido resueltas a través de la jurisprudencia que ha ido emanando a lo largo de los años, que ha dado lugar a reformas legislativas importantes. Quedan cuestiones con posiciones divergentes, con debate doctrinal, y jurisprudencia, como en materia del cómputo de plazos en penas privativas de libertad que de forma automática se convierten en pena de multa.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. Trastorno mental sobrevenido tras la firmeza de la sentencia y potestad penal (monográfico sobre actual doctrina de la imputabilidad penal de Estudios de derecho Judicial 110-2006). CGPJ. 2007. Madrid.

GARCÍA ALBERO, R. Comentario a la Reforma Penal de 2015. Editorial Aranzadi. Primera Edición 2015. Pamplona.

GARCÍA ARÁN, M. Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad. Aranzadi. 1997. Pamplona.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. Cuestiones sobre la prescripción de los delitos y las penas al hilo de la reforma operada por la LO5/2010. Cuadernos Digitales de Formación 31. 2011. CGPJ. Madrid.

LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. Imputabilidad y fines de la pena. La relación de los efectos psicológicos previsto en el art. 20 y en el art.60 CP (monográfico sobre actual doctrina de la imputabilidad penal de Estudios de derecho Judicial 110-2006). CGPJ. 2007. Madrid.

MUÑOZ CUESTA, J. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Ponencia número, base de datos www.fiscal.es.

SÁNCHEZ MELGAR, J. La decisión de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad: nuevos contornos jurídicos. Revista de Jurisprudencia, el Derecho. Número 2. 15 de diciembre de 2016.

URBANO CASTRILLO, E. La nueva regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad. Revista Aranzadi Doctrinal número 7/2015 parte Tribuna. Editorial Aranzadi. 2005. Pamplona.

* * * * * *

Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Profesora tutora de Derecho Romano, Procesal, Penal y Mercantil de la UNED, España. Socia de la FICP.

~Control telemático en el ámbito penitenciario~

Sumario.- I.Introducción. II. Medios telemáticos en la Administración Penitenciaria española. III.Control telemático en el tercer grado penitenciario. 1. Origen. 2. Régimen Jurídico. 3.Medios de control. 4.Sujetos. 5.Sistema de aprobación. 6. Finalidad. IV.Conclusiones.

Resumen.- Las nuevas tecnologías han transformado radicalmente nuestra sociedad invadiendo casi todas las facetas de la actividad humana, alcanzando también al ámbito penitenciario. La vigilancia electrónica no es un fin en sí misma, es un instrumento que puede ayudar a ejecutar de forma más cómoda, más económica y más efectiva el cumplimiento de determinadas penas, contribuyendo a evitar el desarraigo del interno.

I. INTRODUCCIÓN.

Dentro del sistema de individualización científica recogido en el artículo 72,1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el régimen abierto se configura como un espacio amplio con distintos objetivos y finalidades, caracterizado por diversidad de alternativas, las cuales deben permitir la adecuación entre la efectiva ejecución penal y el logro de la plena inserción del penado en la sociedad.

Desde este punto de vista, el Reglamento Penitenciario[1] establece una forma específica de cumplir condena en régimen abierto, así, el interno no reside en un Centro de Inserción Social, en Sección Abierta, Unidad Dependiente o Institución específica extrapenitenciaria a los que deba acudir con la periodicidad y duración fijados en su programa de tratamiento, sino que se encuentra plenamente inmerso en su contexto familiar o comunitario y sujeto a los dispositivos telemáticos u otros mecanismos adecuados de control que establezca la Administración y acepte aquél de forma voluntaria.

Son varias las notas que caracterizan esta forma específica de cumplimiento en régimen abierto con control telemático[2]:

[1] Artículo 86,4: "*En general, el tiempo mínimo de permanencia del interno en el Centro es de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, salvo cuando, de forma voluntaria, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficientes, en cuyo caso, sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento,para la realización de tratamiento, entrevistas y controles presenciales*"

[2] IDGIP 13/2006 de 23 de agosto, p. 2.

- Los penados en tercer grado a quienes se aplican las previsiones del artículo 86,4 del Reglamento Penitenciario, continúan en todo momento dependiendo del centro penitenciario de destino.
- La aplicación de las previsiones del artículo 86,4 precisa un permanente seguimiento de los casos, debiendo ser periódicamente revisada y evaluada por los órganos competentes.
- La motivación para su aplicación debe perseguir objetivos expresos de tratamiento, por ello, formará parte del programa individualizado de tratamiento del interno.

La aplicación de esta previsión implica que el interno queda eximido de pernoctar en el establecimiento, aceptando los controles mediante dispositivos telemáticos o de otro tipo que establezca la Junta de Tratamiento en su programa individualizado y en la resolución de la Dirección General al efecto.

Esta forma de cumplimiento se justifica por la existencia de circunstancias específicas de índole personal, familiar, sanitaria, laboral, tratamental u otras análogas que, para su debida atención, requieren del interno una mayor dedicación diaria que la permitida con carácter general en el medio abierto, persiguiendo consolidar la situación de inserción comunitaria en los supuestos en los que el interno ha demostrado su clara capacidad para ello, debidamente acreditada tras una evaluación detallada y global por parte de la Junta de Tratamiento, debiendo considerar aspectos de carácter personal, social, delictivo y penal.

II. MEDIOS TELEMÁTICOS EN LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA ESPAÑOLA.

En la actualidad la Administración Penitenciaria cuenta con tres programas de vigilancia electrónica:

1.- Seguimiento por medios telemáticos de internos clasificados en tercer grado de tratamiento penitenciario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 86,4 del Reglamento Penitenciario.

Respecto de dichos internos el procedimiento consiste en colocar al penado un transmisor de pequeñas dimensiones a modo de pulsera o tobillera telemática, de poco

consumo y antisabotaje. La señal de este transmisor es recibida por una unidad receptora conectada a la línea telefónica en el domicilio del penado[3]

Cuando a un interno se le autoriza el uso de localizador electrónico, el Centro Penitenciario le establece un cronograma individualizado, unos horarios de entrada y salida de su domicilio, los cuales debe cumplir, dependiendo de la actividad laboral de cada uno y de sus circunstancias personales. Si el equipo deja de recibir la señal de la pulsera electrónica en la franja horaria en la que el interno debe estar en su domicilio, se disparan las alarmas y la unidad colocada en el teléfono llamará de forma inmediata al centro de control de Instituciones Penitenciarias, debiendo adoptar determinadas medidas de tutela y control.

2.- Ejecución de la pena de localización permanente, mediante control telemático a través de un sistema de verificación biométrica de voz, debiendo permanecer el sujeto en cuestión, en un lugar determinado, normalmente el domicilio[4], sin seguimiento permanente, debiendo gravarse la voz al penado y realizando un cronograma de los días que tiene que cumplir la pena, pudiendo ser de forma discontinua, grabándose la voz del penado en el sistema de control de II.PP. Se efectúan entre cinco y ocho llamadas al día de forma aleatoria, solicitándole al penado que repita una frase, detectando el sistema si se trata o no de la voz del penado[5]. Se exige la autorización de los titulares de la vivienda o de la línea telefónica, por ello, no es exigible la autorización del penado si no es titular de ambos, no obstante, en la práctica se está solicitando la doble autorización escrita, tanto al penado como a los titulares de la vivienda y de la línea telefónica y si éstos últimos no prestan su conformidad, los servicios sociales lo comunicarán al juez o tribunal sentenciador, elevando la propuesta de modificación del plan de ejecución, señalando otro medio de control para su aprobación[6]. Una vez instalado el sistema de control, se procederá al seguimiento del cumplimiento de la pena, comunicándose al juez o tribunal sentenciador y al Centro Penitenciario.

---

[3] OTERO GONZÁLEZ, P. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 74, 2008, p. 164.

[4] NELLIS, Mike, British Journal of Criminology, 31, 1991, p. 173, 178 y 180, advierte de los problemas que presenta el arresto domiciliario con monitorización electrónica en los casos de "homeless" o personas sin techo o los que viven en casas de acogida…, citado en Otero González, P. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 74, 2008, p.170.

[5] El artículo 14 del RD 515/2005 de 6 de mayo y el artículo 5 de la Instrucción DGIP 13/2005, regulan las circunstancias de ejecución de la pena de localización permanente.

[6] OTERO GONZÁLEZ, P. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 74, 2008, p. 171.

3.- Control de salidas y permisos de internos con especiales características penales y penitenciarias, tales como los penados por delitos graves de índole sexual, a través del sistema GPS, dentro de cuya modalidad se incluye el control telemático de la orden de alejamiento en delitos de violencia de género y violencia doméstica.

Respecto del control de cumplimiento de la orden de alejamiento en los delitos de violencia de género y de violencia doméstica, en la misma se comprenden tres modalidades: la prohibición de aproximarse a la víctima, sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; la prohibición de comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal y la prohibición de residir o acudir al lugar en que se cometió el delito o aquél en el que resida la víctima o su familia, si fueran distintos, en este sentido, esta medida opera como pena accesoria privativa de derechos[7], pudiendo también adoptarse desde el primer momento de la instrucción del proceso, como medida cautelar[8], como condición de suspensión de ejecución de la pena[9], o como regla de conducta[10]. Respecto del control y seguimiento de este tipo de medidas, se ha admitido el mismo a través de medios tecnológicos[11].

En materia de violencia de género, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó por unanimidad el 28 de enero de 2004, un Convenio de colaboración entre el propio Consejo, la Comunidad Autónoma de Madrid y la Fiscalía General del Estado para aplicar de forma experimental en esta Comunidad Autónoma, las pulseras telemáticas con la finalidad de proteger a las mujeres víctimas de este tipo de violencia, suscribiendo un Protocolo de actuaciones entre todas las partes implicadas en el proyecto y como complemento de ello, en 2005, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, puso en funcionamiento un servicio de teleasistencia en cumplimiento de la Instrucción 2/2005 de 2 de marzo[12]. El dispositivo de detección de proximidad está compuesto por dos equipos, el de la víctima y el del agresor, con sistema GPS combinado con radio-frecuencia. La zona de exclusión determinada por el juez en la

[7] Artículos 39, 48 y 57 del Código Penal.
[8] Artículo 544 ter de la LECRIM.
[9] Artículo 83,1,1º y 4º del Código Penal.
[10] Artículo 64 de la LO 1/2004 sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
[11] El artículo 48,4 del Código Penal, haciendo referencia a estas medidas, establece que "*El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan*" y el artículo 64,3,2º de la LO 1/2004 de 28 de diciembre establece que "…*Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento*".
[12] Otero González, P. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 74, 2008, pp. 176-177.

orden de alejamiento se blinda por software, que suele coincidir con la del domicilio de la víctima, el colegio de los hijos, el domicilio de los padres de la víctima y el lugar de trabajo de la misma, existe además una zona intermedia que si el agresor la traspasa hace saltar la alarma de prevención, indicio indicador de que el mismo se está aproximando a la zona de exclusión que en el supuesto de ser invadida esta última, salta la alarma grave que permite activar el protocolo de actuación[13].

III. CONTROL TELEMÁTICO EN EL TERCER GRADO PENITENCIARIO.

1. Origen.

El tercer grado con control telemático supone la experiencia más audaz, más progresiva y más innovadora del derecho penitenciario español. La más audaz porque supone el paso más arriesgado dado respecto a la transformación paulatina de la prisión cerrada a la prisión abierta; la más progresiva porque adelanta la libertad efectiva a momentos nunca antes conocidos en el cumplimiento de la condena, y la más innovadora porque supone la aplicación de medios electrónicos en la ejecución de la pena privativa de libertad[14]

El proyecto piloto no se instaura hasta cuatro años después de la entrada en vigor del Reglamento Penitenciario en virtud de Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero, en el año 2000, en el Centro de Inserción Social "Victoria Kent" de Madrid, adoptándolo con cautelas, así, inicialmente sólo se aplica a una selección muy cuidadosa de penados, con la finalidad de garantizar su resultado. El proyecto piloto se desarrolla en tres fases y su objetivo es ofrecer al penado otra modalidad de vida en régimen abierto, siendo plenamente satisfactorio el resultado obtenido.

En virtud de RD 991/2006 de 8 de septiembre, se crea la Subdirección General de Medio Abierto y Medidas Alternativas que asume las funciones que en esta materia correspondían con anterioridad a la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, siendo uno de los objetivos a cumplir por la Subdirección General de Medio Abierto y Medidas Alternativas el de fomentar la clasificación de los penados en el tercer grado penitenciario con control telemático.

[13] OTERO GONZÁLEZ, P. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 74, 2008, pp. 178-179.

[14] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, p. 1.

Posteriormente mediante RD 331/2009 de 13 de marzo, se suprime la Subdirección General de Medio Abierto y Medidas alternativas y se crea la Subdirección General de Medio Abierto, asumiendo las siguientes competencias:

- La gestión de los penados que cumplan condena en régimen abierto.
- La aplicación, seguimiento y control de los medios telemáticos, incluidos los que se apliquen a la pena de localización permanente.
- El diseño, aplicación y seguimiento de los programas de tratamiento destinados a los penados en régimen abierto.
- La coordinación de los centros de inserción social y de las secciones abiertas[15].

De otra parte, en junio de 2005 se crea por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, la Unidad de Vigilancia Electrónica, como consecuencia directa de la aplicación creciente de los dispositivos telemáticos en la Administración Penitenciaria española. Surge para atender el funcionamiento de los programas de seguimiento telemático y dispone de un servicio continuado de veinticuatro horas, en el que prestan servicio varios funcionarios en turnos rotativos. Su cometido principal es el de llevar a cabo el control remoto de los penados con dispositivos telemáticos que dependan de Instituciones Penitenciarias y sus cometidos específicos son:

- atender las alarmas, que pueden recibir por varios medios: fax, teléfono móvil, buscapersonas o correo electrónico;
- proporcionar la respuesta más rápida y eficaz en los supuestos de transgresión;
- realizar las llamadas rutinarias de control[16].

2. Régimen Jurídico.

La regulación de este régimen de cumplimiento adolece de diversos defectos: insuficiencia normativa, vulneración de reserva jurisdiccional, ambigüedad e indeterminación jurídica y vulneración de la jerarquía normativa.

Así, nuestra Constitución no hace referencia a la clasificación de los penados en grados y mucho menos al tercer grado con medios de control[17], es una figura que solo está regulada en la legislación penitenciaria, si bien, su finalidad, al igual que la del

[15] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, pp.66-67.
[16] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, p 67.
[17] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, p. 2.

cumplimiento de todas las penas es la de reeducación y reinserción social[18]. Tampoco está recogida esta figura en la Ley Orgánica General Penitenciaria, se trata de una creación exclusiva del Reglamento Penitenciario[19]. Por tanto, el primer defecto de técnica jurídica es su regulación en un reglamento cuando, por la trascendencia de la figura, debería estar regulada en una Ley Orgánica y ello porque la aplicación de la misma podría dar lugar a la vulneración de derechos fundamentales, así, los derechos a la dignidad, intimidad e igualdad de la persona afectada por dicha figura, vulneración que puede ser evitada con el consentimiento expreso del penado, y porque dicha medida, a su vez, supone la anticipación de la libertad efectiva del penado a momentos nunca antes conocidos en el cumplimiento de la condena. El defecto de técnica legislativa de esta figura ha intentado paliarse con posterioridad al ser regulada su aplicación en la LO 1/2004 de 28 de diciembre, en los supuestos de comisión de delitos por violencia de género[20].

De otra parte, consideramos que el régimen jurídico de la misma provoca una vulneración de la reserva jurisdiccional, toda vez que la aprobación del tercer grado con control telemático es una competencia exclusiva de un órgano administrativo, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en materia de clasificación, por vía de recurso[21]. Lo más coherente es que dicha competencia se atribuyera a un órgano judicial, concretamente, al Juez de Vigilancia Penitenciaria, órgano competente para salvaguardar los derechos de los internos, además, supone un ataque a la reserva jurisdiccional[22] el hecho de que el referido órgano administrativo sea el que esté facultado para aprobar la clasificación del penado en el tercer grado penitenciario y también la posibilidad de aplicación del control telemático, puesto que tanto nuestra Constitución como la LOGP encomiendan a la jurisdicción la ejecución de las penas

[18] Artículo 25 de la Constitución Española de 1978.

[19] Artículo 86,4 del RP. de 1996.

[20] Artículo 64,3 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

[21] Artículo 31,1 del RP: "*Conforme a lo establecido en el artículo 79 de la LOGP, el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso*".

[22] Artículo 117,3 de la CE*: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*". y artículo 76.1 de la LOGP: "*El Juez de vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos...*".

privativas de libertad. Esta cuestión se agrava aún más en las condenas privativas de libertad de libertad de hasta un año de prisión[23] respecto de las que no se precisa la aprobación de la Secretaría de Instituciones Penitenciarias para decidir la clasificación en tercer grado, correspondiendo a la Junta de Tratamiento.

Para paliar esta deficiencia técnica consistente en la aprobación de la semilibertad del penado por parte de un órgano administrativo, se prevé la obligación de notificar al Ministerio Fiscal la clasificación o progresión a tercer grado[24], pero ésto no resuelve el problema, el cual se agudiza cuándo se concede el tercer grado con medios de control, que provoca la libertad efectiva del penado, siendo competentes para ello la Junta de Tratamiento que emitie informe a tal respecto, y la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias que resuelve finalmente, vulnerándose por tanto la reserva jurisdiccional[25] respecto a la aprobación de la libertad de penados que accedan al tercer grado con control telemático, incluso, no existe impedimento legal alguno para que la administración penitenciaria apruebe la libertad efectiva de un penado, concediéndole el tercer grado con control telemático a los pocos días de ingresar en prisión, saltándose el fallo condenatorio de la sentencia judicial referente al mismo.

Otra deficiencia técnico jurídica de la que adolece el artículo 86,4 del Reglamento Penitenciario es su imprecisión y vaguedad a la hora de determinar los medios de control, así, refiere "*dispositivos telemáticos adecuados*" y "*otros mecanismos de control suficiente",* para su determinación hemos de acudir a la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 13/2006 de 23 de agosto que regula esta materia, vulnerándose así el principio de jerarquía normativa puesto que las Instrucciones no constituyen normas jurídicas con eficacia general sino meras orientaciones impartidas a los órganos administrativos subordinados, de tal manera que en esta materia, lo no regulado por el Reglamento Penitenciario, lo está por la referida Instrucción.

De otra parte, se plantea la cuestión de si la aplicación del tercer grado con control telemático puede llevar implícita una vulneración de los derechos fundamentales a la

[23] Artículo 103,7 del RP: "*Cuando se trate de penados con condenas de hasta un año, la propuesta de clasificación inicial formulada por la Junta de Tratamiento, adoptada por acuerdo unánime de sus miembros, tendrá la consideración de resolución de clasificación inicial a todos los efectos, salvo cuando se haya propuesto la clasificación en primer grado de tratamiento, en cuyo caso la resolución corresponderá al Centro Directivo*".

[24] Artículo 107 del RP.

[25] Artículo 17,3 y 76,2,b) de la LOGP.

dignidad personal, intimidad, libertad e igualdad del penado. La doctrina no es unánime en este aspecto, no obstante y en tal sentido, compartimos el criterio de que el hecho de portar una pulsera electrónica por parte del penado, en poca medida afecta a su autonomía ética y sí, en cambio, potencia su integración social al liberarle de su estancia en prisión, además los dispositivos telemáticos son cada vez más pequeños y, en todo caso, se requiere el consentimiento del penado para su implantación, controlando únicamente a éste respecto de su localización física en su domicilio y durante unas horas determinadas, además, se discute si esta clasificación del penado afecta al derecho de igualdad, toda vez que éste precisa una situación económica mínima, en el sentido de que se precisa una vivienda dotada de electricidad y teléfono, a tal respecto, se aduce por un sector de la doctrina, que no es preciso que la vivienda lo sea en propiedad sino que puede ser la de un amigo o familiar, incluso en el caso de los indigentes, podría ser un albergue público, tampoco es preciso que el penado desempeñe un trabajo fijo sino que puede desempeñar cualquier otra actividad como estudiar[26].

En definitiva, la vigilancia electrónica en la ejecución de las penas privativas de libertad, se concreta en una excepción al horario de las salidas de la prisión de los penados clasificados en tercer grado.

En realidad, podríamos hablar de libertad con control telemático, al producir una desvinculación física completa del penado con la prisión ya que no tiene que volver a dormir en la misma, podrá dormir en su domicilio mediante la aplicación de un control telemático u otros medios de control, suponiendo en la práctica el adelantamiento de la libertad efectiva.

3. Medios de control.

El artículo 86,4 del Reglamento Penitenciario adolece de una gran indeterminación respecto a los medios de control a utilizar en el penado clasificado en el tercer grado que reúna las condiciones necesarias para su aplicación, lo que sí es claro es que los mismos deben ser instrumentales, voluntarios, excepcionales, adecuados, gratuitos y jerárquicos[27].

Los medios de control no tienen una eficacia en sí mismos sino que su importancia es meramente instrumental, como dispositivo al servicio del derecho que

[26] POZA CISNEROS, M. Revista del Poder Judicial 65, 2002, pp. 121-123, citada en VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, pp.13-14, 16-17.

[27] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, p 40.

utiliza la tecnología para sustituir el control humano por el control electrónico, como medio para potenciar la clasificación en el tercer grado y, al mismo tiempo, favorecer la reeducación y reinserción social del penado.

Son voluntarios, exigiéndose en todo caso, el consentimiento del penado, de tal manera que sin el mismo no cabe su aplicación, ya que en caso contrario, podrían resultar vulnerados el derecho a su intimidad, dignidad, libertad e igualdad. Para su implementación se exigen unos requisitos[28]:

– La aceptación del penado para la aplicación de los dispositivos telemáticos.

– El consentimiento de las personas adultas que conviven con el interno, para la instalación de los dispositivos telemáticos en el domicilio.

– La aceptación de las condiciones generales de aplicación de los dispositivos telemáticos por el penado.

En cualquier caso, el consentimiento voluntario prestado por el penado se extiende a todos los medios de control, los telemáticos y todos los demás.

De otra parte, la aplicación de los medios de control tiene carácter excepcional porque la figura de la que depende también goza de dicho carácter. Así, la norma general del tercer grado es la entrada y salida diaria de la prisión por parte del penado, debiendo permanecer en el centro penitenciario un mínimo de ocho horas para dormir, constituyendo la excepción, el hecho de que pueda permanecer en su domicilio a cambio de someterse de forma voluntaria a un medio de control, de tal forma que se anticipa la libertad efectiva del penado al instante de su clasificación en tercer grado, asemejándose a la libertad condicional.

Los medios de control han de ser adecuados, en el sentido de que han de servir para ajustarse a las condiciones personales, sociales y laborales del penado; para garantizar el control efectivo del mismo fuera de la prisión y para contribuir a la reeducación y reinserción del penado[29].

Además, los medios de control han de ser gratuitos, deben ser proporcionados por la administración penitenciaria, constituyendo un requisito indispensable para ejecutar con igualdad las penas privativas de libertad.

[28] IDGIP 13/2006 de 23 de agosto.
[29] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, p 44.

Respecto a la jerarquía de los medios de control, la misma subyace o se deriva de la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias[30], que afirma la preferencia de los dispositivos telemáticos, destacando de entre los mismos una variación muy concreta, la monitorización electrónica mediante pulsera.

Para suplir la indeterminación jurídica respecto a la aplicación de los medios de control, la Instrucción antedicha establece que "*la medida ordinaria de control es la inclusión del interno en el sistema de monitorización electrónica, con la instalación de los adecuados dispositivos de localización telemática*". Por tanto, es la administración penitenciaria la que establece la determinación de los dispositivos telemáticos.

Respecto a las modalidades de control telemático en nuestro país son, tal y como hemos expuesto al principio de este trabajo, las siguientes: monitorización electrónica mediante pulsera, verificación biométrica de la voz y el seguimiento continuo por satélite.

De ellos, la monitorización electrónica mediante pulsera es el más antiguo y más desarrollado. Para su implantación y funcionamiento son necesarios varios requisitos:

– La instalación, en el domicilio, lugar de residencia o de trabajo del penado, de una unidad receptora de vigilancia, precisando tener la vivienda o lugar donde se ubique aquélla, una línea de teléfono externa y una entrada de corriente eléctrica, conectándose a ambas la unidad receptora de vigilancia. Para el supuesto de que el penado no cumpla con el cronograma establecido previamente o para el caso en que se detectase alguna anomalía, los funcionarios destinados en la unidad de vigilancia electrónica realizarán llamadas de advertencia al penado y si se confirma el quebrantamiento de la condena, aquellos lo pondrán en conocimiento de la policía[31].

– La colocación en la muñeca o tobillo del penado, de una pulsera transmisora que emite señales en un determinado radio de acción. La pulsera transmisora tiene forma de reloj digital. Está compuesta por un material casi indestructible y es sumergible. Detecta dos variables, de una parte, el cuerpo del penado, de ahí que aquélla debe estar siempre en contacto con el mismo y, de otra parte, detecta la falta o no, del movimiento del penado.

[30] IDGIP 13/2006 de 23 de agosto
[31] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, pp. 69-71.

– El servidor central de monitoreo, ubicado en la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias. Está compuesto de un completo sistema de vigilancia central y su finalidad es la de procesar la información recogida, dado que todos los receptores se conectan con el mismo. Para evitar colapsos que pudieran dejar sin vigilancia electrónica a los penados, existen dos centros replicantes, uno se halla en la propia Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y otra en Israel, donde se ubica la sede de la empresa fabricante de estos dispositivos telemáticos[32].

– Los terminales de los Centros Penitenciarios que permiten entrar en el programa informático y controlar a los respectivos penados que dependen de los mismos.

Existen variantes respecto de determinados supuestos, así, para el caso en el que el penado carezca de línea telefónica en el lugar donde vaya a llevar a efecto el cumplimiento de la medida adoptada, en estos casos pueden utilizarse teléfonos móviles, llevándose a efecto la comunicación con el servidor a través de una tarjeta de teléfono móvil preinstalada en el receptor[33].

Respecto del sistema de verificación biométrica de la voz, es preciso para su aplicación varios requisitos: el consentimiento del titular del domicilio o del lugar de cumplimiento; tener una línea telefónica fija y libre en el lugar de cumplimiento; disponer de un número telefónico de marcación directa que no precise extensión, no pudiendo estar conectados al teléfono los servicios de fax, modem, contestador automático, llamadas en espera y transferencias de llamadas; tener el teléfono la tecla almohadilla y estar programado en modo tonos. En cuanto al sistema de aprobación de esta modalidad, son los trabajadores sociales del Centro Penitenciario los que elaboran el plan de ejecución realizando un registro inicial de voz del penado y una vez aprobado aquél, es la unidad de vigilancia electrónica la que se encarga de gestionar dicho plan de ejecución, realizando una serie de llamadas aleatorias cada veinticuatro horas al teléfono fijado al objeto de verificar la voz del penado[34] y su cumplimiento de la condena.

Respecto del seguimiento continuo por satélite, a través de GPS, con origen en los EEUU, precisa de tres elementos: pulsera electrónica, receptor móvil y cargador de batería. Su aplicación requiere no solo el consentimiento del penado sino también su

[32] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, pp. 70-73.
[33] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, pp. 73-74.
[34] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, pp. 77-80.

participación activa en la misma. Este sistema permite la localización exacta del penado en cualquier momento, estableciendo zonas de inclusión y exclusión[35].

Existen, además, otros medios de control distintos a los telemáticos, enumerados en la Instrucción 13/2006 de IIPP, con naturaleza diferente a la de los medios de control telemáticos y con carácter de lista abierta, consistiendo la mayoría de los mismos en controles presenciales, los cuales serán quincenales en el caso de utilización de medios de control telemáticos y semanales cuando se trate de otros medios de control.

4. Sujetos.

Para determinar con precisión el ámbito de aplicación subjetivo del tercer grado con control telemático, existen varias excepciones, dos de ellas tienen carácter legal y las otras dos tienen carácter administrativo.

Las excepciones legales excluyen a los penados:

– Que tengan pendientes una o varias causas preventivas, ya que esta circunstancia impide su clasificación en grados y en consecuencia, disfrutar del tercer grado con control telemático. Ello es así porque la clasificación inicial en grados implica la aplicación del tratamiento penitenciario, lo que es incompatible con la existencia de causas preventivas por la posible vulneración del principio de presunción de inocencia. Las actividades del tratamiento intentan lograr la reeducación y reinserción social de los penados pero nunca de los preventivos, es por lo que éstos permanecen sin clasificar en grados hasta que desaparezcan las causas preventivas, aplicándoseles entre tanto, el régimen ordinario[36], incluso para el supuesto en que el penado haya sido clasificado en grados y con posterioridad le decreten alguna prisión preventiva por causas sobrevenidas, la clasificación inicial quedará sin efecto en virtud de acuerdo expreso de la Junta de Tratamiento, comunicándolo al Centro Directivo.

– Que estén sin clasificar en grados, como consecuencia del propio funcionamiento del sistema penitenciario, pudiendo permanecer un tiempo prolongado en prisión, hasta seis meses, sin estar clasificado en grado alguno, debido a que se necesita un período de tiempo para observar al penado y porque así lo exigen los propios plazos del procedimiento de clasificación inicial del penado.

[35] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, pp 81-82.
[36] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, p 118 y 119.

Las excepciones de carácter administrativo excluyen a los penados:

– que hayan seguido un programa de tratamiento penitenciario sin haber conseguido los objetivos terapéuticos propuestos;

– que ingresen en un hospital y sufran una enfermedad muy grave e incurable[37]. En ambos casos la solución es clasificar al penado en tercer grado por razones humanitarias, o bien, aplicarle uno de los supuestos excepcionales de la libertad condicional.

La entrada en vigor de la LO 7/2003 de 30 de junio ha supuesto un cambio sustancial de la regulación del tercer grado, pasando de un sistema unitario y flexible a otro múltiple y semirrígido, así, antes de su entrada en vigor sólo se exigía a los penados, para acceder al tercer grado, la capacidad para vivir en semilibertad y, tras su entrada en vigor, se impone el cumplimiento de cuatro requisitos, de los que sólo dos de ellos son comunes a todos los penados que accedan al tercer grado, cuales son:

– la capacidad para vivir en semilibertad;

– la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito.

Los otros dos requisitos sólo se imponen a determinados penados y consisten en:

– haber cumplido la mitad de la condena, para los condenados a penas superiores a cinco años de prisión, a los que el juez de vigilancia no haya excluido del cumplimiento del requisito temporal.

– el abandono del terrorismo con declaración expresa de repudio de las actividades delictivas, abandono de la violencia y petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, cuando se trate de condenados por delitos de terrorismo de la Sección II, Capítulo V, Título XII del Libro II del Código Penal o, cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Por tanto, en base a lo expuesto, podemos distinguir cuatro grupos de penados, según los requisitos que los mismos hayan de reunir para acceder al tercer grado penitenciario:

– Los condenados a penas de prisión de hasta cinco años, los cuales deben acreditar su capacidad para vivir en semilibertad y la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito.

[37] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, p 113.

– Los condenados a penas de prisión superiores a cinco años, cuando el juez de vigilancia penitenciaria les haya eximido del cumplimiento del requisito temporal, debiendo acreditar este extremo, además de su capacidad para vivir en semilibertad y la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito.

– Los condenados a penas de prisión superiores a cinco años a los que el juez de vigilancia penitenciaria no haya eximido de cumplir el requisito temporal, los cuales deben acreditar, el cumplimiento de la mitad de la condena, su capacidad para vivir en semilibertad y la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito.

– Por último, los condenados por delitos de terrorismo previsto en la Sección II del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, debiendo acreditar en estos supuestos, su capacidad para vivir en semilibertad, la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito, el cumplimiento de la mitad de la condena y la declaración expresa de repudio a sus actividades delictivas, abandono de la violencia y petición expresa de perdón a las víctimas de su delito[38].

De lo anterior, se deriva que para las condenas de penas inferiores a cinco años de prisión, no existe un requisito temporal de cumplimiento, pudiendo así, producirse un "efectivo vaciado de la pena impuesta"[39].

Igualmente ello puede puede dar lugar a varias contradicciones, así, nos encontramos con que para disfrutar el penado de un permiso ordinario de salida de un máximo de siete días de libertad, se requiere el cumplimiento de una cuarta parte de la condena impuesta y, en el acceso al tercer grado con control telemático, tratándose de penas inferiores a cinco años de prisión, no se le exige el cumplimiento de parte alguna de la condena impuesta, igualmente, la norma general es que cuanto mayor sea la libertad alcanzada, mayor es también la exigencia de haber cumplido una parte de la condena, así, para acceder al adelantamiento de la libertad condicional, el penado ha de haber cumplido dos tercios de la pena impuesta y para alcanzar la libertad condicional, tres cuartas partes de la condena impuesta, en cambio, no se exige el cumplimiento de período alguno de la pena impuesta para los penados que accedan al tercer grado.

[38] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, pp. 125-126.

[39] MANZANARES SAMANIEGO, JL. Actualidad Penal 7, 2003, p. 12, citado en VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático 2010, p. 117.

Y si bien es cierto que la LOGP no establece un requisito temporal para acceder al tercer grado, el Reglamento Penitenciario exige una serie de requisitos[40], así, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del penado y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el mismo[41], valorándose especialmente el historial delictivo y la integración social del penado.

Así, los plazos máximos del procedimiento de clasificación inicial en grados, conlleva determinadas fases: propuesta, resolución, ampliación del plazo y excepción[42]:

– Propuesta: corresponde a la Junta de Tratamiento formular, en el plazo máximo de dos meses, desde la recepción en la prisión del testimonio de la sentencia, la propuesta de clasificación inicial.

– Resolución: corresponde a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, dictar la resolución escrita y motivada en el plazo máximo de dos meses.

– Ampliación del plazo: la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias puede ampliar, hasta dos meses más, el plazo para dictar la resolución de clasificación inicial, para observar mejor la conducta y para consolidar los factores positivos.

– Excepción: cuando se trate de una condena de hasta un año, la propuesta de clasificación inicial formulada por la Junta de Tratamiento tendrá la consideración de resolución, siempre que sea adoptada por acuerdo unánime de sus miembros y que no sea una propuesta en primer grado.

Por tanto, los plazos máximos del procedimiento de clasificación inicial en grados permiten que un penado, sin causas preventivas pendientes, puede estar sin clasificar hasta un máximo de seis meses desde que se recibe en prisión el testimonio de la sentencia, de tal manera que si los mencionados plazos se apuran al máximo, se priva al penado de la posibilidad de aplicarle desde el principio, el tercer grado con control telemático[43].

[40] Artículo 104,3 del Reglamento Penitenciario
[41] Artículo 102,2 del RP.
[42] Artículo 103, 2, 4,6 y 7 del Reglamento Penitenciario.
[43] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, p. 121.

5. Sistema de aprobación.

La legislación penitenciaria no establece un procedimiento específico para la aprobación del control telemático porque lo configura como una modalidad excepcional del tercer grado. Para acceder un penado a esta modalidad, puede hacerlo de tres formas: a través de la clasificación inicial, la progresión de grado y mediante cambio de modalidad en el tercer grado.

El procedimiento de clasificación inicial en grados[44] se inicia de oficio y el órgano competente para iniciarlo es la Junta de Tratamiento, para ello es necesario que el preso esté penado y que se haya recibido en el Centro Penitenciario el testimonio de la sentencia. El procedimiento será por escrito y en impreso normalizado, a tal efecto, existen dos modelos oficiales, el procedimiento de clasificación y destino (PCD) y la aplicación del control telemático[45]. Los plazos, ya lo hemos referido en el epígrafe anterior, son de dos meses para llevar a efecto la propuesta de clasificación inicial y quince días más para elevar la propuesta al Centro Directivo. Previamente a la propuesta de clasificación, es necesario el estudio del penado por parte del Equipo Técnico, unidad dependiente de la Junta de Tratamiento, teniendo dicho informe sobre el estudio del penado, carácter de preceptivo, de tal forma que su omisión provocaría la anulabilidad del procedimiento, convirtiéndose, por tanto, en un requisito formal indispensable, y de otra parte, tiene carácter no vinculante para la Junta de Tratamiento, dado el carácter de subordinación o dependencia orgánica que el equipo Técnico tiene respecto de la Junta de Tratamiento.

La información o estudio acerca del interno se obtiene mediante la observación directa de su comportamiento, los datos sociales y familiares referentes al mismo, las entrevistas y para el supuesto de que ya esté penado, la información anterior se completa con un estudio de su personalidad, teniendo también en consideración la duración de la pena impuesta[46].

La recopilación de toda esta información debe llevarla a efecto el Equipo Técnico el cual está formado por un jurista, un pedagogo, un psicólogo, un médico, un diplomado universitario en enfermería, un sociólogo, un maestro o encargado de taller, un trabajador social, un educador, un monitor socio-cultural o deportivo y un encargado

[44] Artículo 103 del Reglamento Penitenciario.
[45] IDGIP 9/2007 de 21 de mayo.
[46] Artículo 63 y 64 de la LOGP.

de departamento, funcionarios que conocen a los penados a través de las entrevistas personales con los mismos, el análisis de su historial penal y penitenciario así como el estudio de su ambiente social y familiar, factores que colocan al Equipo Técnico en una disposición idónea para informar a la Junta de Tratamiento.

Para la clasificación inicial de un penado en el tercer grado penitenciario es necesario que respecto del mismo exista un pronóstico de reincidencia de bajo a muy bajo y la inexistencia de factores significativos de inadaptación.

Para que un penado pueda progresar del segundo al tercer grado es necesario que exista una evolución favorable del mismo, acreditada en base a distintos criterios, tales como la valoración obtenida en las distintas evaluaciones de las actividades incluidas en el programa individualizado de tratamiento, disfrute de permisos de salida ordinarios sin incidencias, carecer de sanciones disciplinarias, estar incluido en un programa de tratamiento que pueda seguir el medio comunitario y estudio exhaustivo cuando se trate de penados por delitos de extrema gravedad o gran alarma social[47].

Para la resolución de las propuestas de progresión de grado, se observarán las mismas formalidades, plazo y posible ampliación del mismo que se prevén para la resolución de la clasificación inicial de grado[48].

Por último, para la clasificación en tercer grado con control telemático, se atenderá a la necesidad del penado de atender asuntos personales, familiares, sanitarios, laborales, tratamentales u otros análogos.

Así, la administración penitenciaria establece un catálogo abierto:

– El cuidado de familiares o hijos menores de edad, cuando el horario sea incompatible con el de la sección abierta.

– La convalecencia de una enfermedad o intervención quirúrgica, siempre que la misma no pueda llevarse a cabo con las mismas garantías en el establecimiento de destino, si bien, existen dos excepciones, ingreso hospitalario y enfermedad muy grave o incurable.

– Evolución positiva en el tercer grado con una integración social favorable y ausencia de drogadicción[49].

[47] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, 2010, p. 167.
[48] Artículo 106,5 del Reglamento Penitenciario.

Como principio general, la iniciativa de la aplicación a un interno del tercer grado con control telemático, previsto en el artículo 86,4 del Reglamento Penitenciario, partirá de la Junta de Tratamiento que, en el supuesto en que concurran las circunstancias ya reseñadas y a la vista del estudio efectuado por el Equipo Técnico, se pronunciará sobre la procedencia o no de su aplicación, elaborando el correspondiente informe-propuesta motivado, según el modelo específico del artículo 86,4 del Reglamento Penitenciario junto con el genérico modelo PCD (procedimiento de clasificación y destino). A esta propuesta debe añadirse, en el supuesto de aplicación de un dispositivo telemático, la aceptación y compromiso expreso del interno y el de las personas que convivan con él. Dicho acuerdo junto con toda la documentación precisa, se elevará a la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, ahora, Subdirección General de Medio Abierto, para su resolución, haciendo constar el período de vigencia de la medida y los controles de seguimiento[50],

Las autorizaciones de tercer grado con control telemático deben ser objeto de revisión periódica por la Junta de Tratamiento cada seis meses y siempre que sea aconsejable ante el acaecimiento de incidencias relativas a los dispositivos de seguimiento o por modificación de las circunstancias que propiciaron su adopción.

Todas las resoluciones sobre aplicación del tercer grado con control telemático serán comunicadas al Juez de Vigilancia Penitenciaria, al igual que los acuerdos que pongan fin a su aplicación.

Cuando hayan desaparecido las circunstancias que motivaron la aplicación del régimen de cumplimiento previsto en el artículo 86,4 del Reglamento Penitenciario o vaya a concluir el período expreso de vigencia de la autorización, la Junta de Tratamiento revisará su cumplimiento, pudiendo acordar la prórroga de la aplicación si persistieran las razones que la motivaron o surgieran otras nuevas que así lo justifiquen. En caso contrario, la Junta de Tratamiento formulará la correspondiente propuesta de cambio en la situación del interno. Ambos supuestos serán comunicados al Centro Directivo[51].

Para la aplicación de los dispositivos con control telemático, tal y como hemos referido con anterioridad, son necesarios una serie de requisitos:

---

[49] VEGA ALOCÉN, M.. El tercer grado con control telemático, 2010, p. 168.
[50] IDGIP 13/2006, de 23 de agosto, p.5.
[51] IDGIP 13/2006, de 23 de agosto, pp 5-6.

– El domicilio o lugar donde resida el interno debe poseer la infraestructura necesaria y adecuada para que pueda instalarse en el mismo el dispositivo de localización y comunicación que arbitre la Administración Penitenciaria.

– El interno debe aceptar expresamente la aplicación de dicho medio de control telemático, asumiendo las condiciones que establezca la Administración Penitenciaria respecto de las cuales habrá sido previamente informado. Igualmente, las personas que convivan con el interno en el domicilio o lugar donde va a llevarse a cabo la instalación, debe prestar su consentimiento al establecimiento y desarrollo de dicha medida.

– El interno será responsable del correcto uso y cuidado de los elementos técnicos instalados en su lugar de residencia y en su persona, estando obligado a mantenerlos en todo momento a disposición de la Administración Penitenciaria.

– El tiempo de permanencia obligada y controlada por parte del interno en su lugar de residencia será, como norma general, de ocho horas diarias, las excepciones a dicha regla vendrán justificadas sobre la base del programa individualizado de tratamiento.

– Los efectos de la resolución que autorice el control del interno por medios telemáticos, se contraerán al momento en que se encuentren instalados y operativos los adecuados dispositivos del mismo en el lugar de residencia del interno[52].

6. Finalidad.

El tercer grado con control telemático tiene como finalidad general, la misma que tienen las penas privativas de libertad, es decir, la reeducación y reinserción social del penado y, como finalidad específica, la de atender a determinadas circunstancias concretas del sujeto sometido al mismo, en concreto, persigue salvaguardar los derechos del menor, garantizar el derecho a la salud y facilitar la incorporación al trabajo, además, podemos atisbar otra finalidad solapada, la de atenuar la crisis de la prisión paliando la masificación de los Centros Penitenciarios.

La aplicación del tercer grado con control telemático forma parte del engranaje penitenciario, por tanto, su finalidad principal es la misma que la de las penas privativas

[52] IDGIP 13/2006 de 23 de agosto, p. 6.

de libertad, cual es la de reeducación y reinserción social del penado[53], entendida como fundamento de la pena privativa de libertad. Primero actúa la reeducación, que mediante el aprendizaje y la educación del penado, permite eliminar las conductas y rasgos de la personalidad anómalos que provocaron la desviación del interno y, una vez conseguida aquélla, interviene la reinserción social, que pretende integrar al sujeto en el ambiente familiar y social[54].

Como finalidad específica de la aplicación del tercer grado con control telemático, es la de satisfacer determinadas circunstancias individuales del sujeto, bien de carácter personal, sanitario, laboral, tratamental u otras análogas[55]. Existen dos supuestos específicos: madres con hijos y convalecencias médicas.

En el primer supuesto, de madres con hijos, la aplicación del tercer grado con control telemático encuentra su justificación y al mismo tiempo, sus límites, en garantizar la atención integral de los hijos menores de edad por parte de la madre, o del padre en ausencia de aquélla, siempre que se acredite que los hijos se encuentran a su cargo y cuidado[56]. Se trata de proteger y atender a los hijos menores de edad por parte del progenitor, interno en prisión, en horarios incompatibles con los de la sección abierta. Este mismo fundamento lo tiene el cuidado de hijos en período de lactancia[57].

En el segundo supuesto, de convalecencias médicas, su fundamento radica en proteger la salud de los internos[58]. Se trata de permitir al penado en tercer grado, la recuperación en su domicilio de una enfermedad o intervención quirúrgica, siempre que la misma no pueda llevarse a efecto con las mismas garantías en el establecimiento de destino[59].

La duración de esta medida, de carácter transitorio hasta la recuperación del penado, vendrá determinada por criterios estrictamente médicos, siendo necesario la emisión de informe o certificado médico oficial, avalado por el médico del establecimiento penitenciario, en el que conste el pronóstico inicial de convalecencia y los plazos de su revisión.

[53] Artículo 25,2 de la Constitución Española, artículo 1 de la LOGP y artículo 2 del RP.
[54] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático 2010, p. 89.
[55] IIPP 13/2006 de 23 de agosto, p. 2.
[56] Artículo 17,4 del RP.
[57] Artículo 179 del RP.
[58] Artículo 3,4 de la LOGP.
[59] IDGIP 13/2006 de 23 de agosto, p. 3.

Esta medida tiene dos excepciones, a saber, cuando el penado ingrese en un establecimiento hospitalario y cuando aquél sufra una enfermedad grave e incurable, en cuyo caso, puede aplicársele la libertad condicional.

Otra circunstancia que permite la adopción de la aplicación del control telemático a determinados internos es la de realizar su actividad laboral, facilitando su incorporación al mundo laboral. En estos supuestos, la Junta de Tratamiento debe efectuar tres comprobaciones previas:

– Que el penado no haya buscado ese trabajo con la intención alevosa de beneficiarse de las ventajas que ofrece la aplicación de este sistema.

– Que el desempeño de ese trabajo no pueda compatibilizarse con el destino a otro centro penitenciario.

– Que el contenido y las condiciones de trabajo no puedan ser compatibles con la reeducación y reinserción social, puesto que el trabajo es un elemento fundamental del tratamiento[60]

Por último, una finalidad solapada o soterrada de la aplicación del control telemático es la de atenuar la crisis de prisión y paliar la masificación carcelaria. El sistema penitenciario español lleva en su esencia una contradicción insalvable que le impide lograr su objetivo esencial, la reeducación y la reinserción social, toda vez que el preso no puede ser educado para la vida en libertad encerrado en prisión. Surge así el problema de la "prisionización" o "enculturación", pudiendo dar lugar a que la prisión se convierta en una escuela de delincuencia, pudiendo, además, dar lugar a la aparición de efectos perniciosos en la personalidad del penado y en sus relaciones familiares[61].

La prisión solo interviene a posteriori, cuando el delito ya se ha cometido, no atiende a la causa del hecho delictivo sino a su consecuencia. La mejor forma de reducir la tasa de delincuencia es a través de los programas de intervención primaria, protegiendo las instituciones socializadoras más importantes, cuales son, la familia, la escuela y el trabajo, solo potenciando estas instituciones, evitaremos en gran medida la masificación carcelaria.

[60] NISTAL BURÓN, J. Boletín de Instituciones Penitenciarias, nota 25, p. 9. citado en VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático 2010, p. 95.
[61] VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático 2010, p. 96-98.

IV. CONCLUSIONES.

La pena de prisión tiene como finalidad última la de reeducación y reinserción social del penado, pues bien, no puede educarse a una persona a vivir en libertad estando confinada en prisión, por ello, se han arbitrado distintos sistemas para favorecer la apertura paulatina de las mismas, fomentando las penas de trabajos en beneficio de la comunidad, las de localización permanente, así como los institutos de libertad condicional, adelantamiento de la misma, tercer grado y la aplicación de éste con medidas de control telemático, como modalidad excepcional del tercer grado penitenciario, que a través de distintos sistemas electrónicos, tales como la monitorización electrónica mediante pulsera, la verificación biométrica de la voz o el seguimiento continuo por satélite, permite al penado permanecer en su domicilio o lugar de residencia sin necesidad de pernoctar en el Centro Penitenciario, adelantando la libertad efectiva del mismo, favoreciendo con ello su reintegración y reinserción social, permitiéndole atender determinadas situaciones de carácter personal, familiar, sanitario, laboral, tratamental u otras análogas. Dando lugar de esta forma, al cumplimiento simultáneo de la ejecución de la pena impuesta y a la consecución de la reintegración y reinserción social del penado.

BIBLIOGRAFÍA

MANZANARES SAMANIEGO, JL. El cumplimiento íntegro de las penas, Actualidad Penal, 7, febrero 2003.

NELLIS, Mike, Electronic monitoring of ofenders in England and Wales, en British Journal of Criminology, 31, 1991.

NISTAL BURÓN, J. Los sistemas de vigilancia electrónica, boletín de Instituciones Penitenciarias.

OTERO GONZÁLEZ, P. Monitorización electrónica en el ámbito penitenciario, en Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 74, mayo-agosto 2008

POZA CISNEROS, M. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal, Revista del Poder Judicial, 65, 2002.

VEGA ALOCÉN, M. El tercer grado con control telemático, Comares SL, Granada, 2010.

LEGISLACIÓN

Constitución española.

Código Penal

Ley de Enjuiciamiento Criminal

Ley orgánica general penitenciaria.

Reglamento Penitenciario.

Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio.

Ley Orgánica 1/2004 sobre medidas de protección integral contra la violencia de genero.

RD 515/2005 de 6 de mayo.

INSTRUCCIONES PENITENCIARIAS

IDGIP 13/2006 de 23 de agosto.

IDGIP 9/2007 de 21 de mayo.

IDGIP 13/2005.

* * * * * *

Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Profesora tutora de Derecho Romano, Procesal, Penal y Mercantil de la UNED, España. Socia de la FICP.

~La protección de la vida humana en el ordenamiento jurídico español~

Sumario.- I. Introducción. II. La protección e intervención del preembrión. III. La protección e intervención del nasciturus. IV. La eutanasia. V. Conclusiones.

Resumen.- La protección de la vida humana en nuestro Ordenamiento Jurídico, contemplada como derecho fundamental recogido en el artículo 15 de nuestra Constitución, no sólo comprende el período durante el que se prolonga la vida de una persona desde su nacimiento hasta su muerte, sino que también se extiende al período comprendido entre la anidación y el nacimiento, estando permitida, en determinados casos, su intervención. Igualmente está contemplada la eutanasia pasiva y activa.

I. INTRODUCCIÓN.

> "*Sin duda, la vida es un bien jurídico digno de protección pero el problema principal surge precisamente en torno al bien jurídico protegido y en relación a la disponibilidad o no de la vida humana, lo que nos replanteará el problema de los límites de ésta y el grado de protección que el Derecho ejerce en cada momento de la misma*[1]".

El derecho a la vida, se halla recogido como derecho fundamental en nuestra Constitución[2], a tal respecto, hemos de preguntarnos a partir desde qué momento o fase está protegida la misma y hasta cuándo termina dicha protección, así, nuestro Tribunal Constitucional concibe la vida como "*un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados"…"la vida humana es un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual, una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana y que, tras un período más o menos prolongado de tiempo, termina en la muerte*"[3].

Una de las cuestiones a plantearnos es la de si antes de la anidación, es decir, antes de implantarse el preembrión en el útero materno, el mismo goza de protección jurídica y también durante el período comprendido entre la anidación hasta el nacimiento, así como precisar el momento en que se considera que nace el ser humano, momento importante toda vez que a partir de ese momento la protección jurídica es

[1] NÚÑEZ PAZ, M.A. en Dogmática y Ley Penal, Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo II, 2004, p. 1.190.
[2] Artículo 15 de la Constitución Española de 1978.
[3] STC 53/1985.

mayor, tipificándose los delitos contra la vida (homicidio, asesinato, lesiones, delitos contra la integridad e indemnidad sexual…).

En dicho sentido, nuestro Tribunal Constitucional considera que "*la gestación es un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta y que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular importancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital*"[4].

II. LA PROTECCIÓN E INTERVENCIÓN DEL PREEMBRIÓN.

El concebido no nacido o nasciturus, según las distintas fases por las que transcurre su desarrollo desde el momento de la fecundación hasta el parto, preembrión, embrión y feto, provoca una distinta protección jurídica del mismo, cada vez mayor a medida que se van sucediendo dichas fases.

Así, en el caso del preembrión, entendiendo por tal, el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde, el mismo es objeto de protección jurídica a nivel penal, prohibiéndose la manipulación genética, estableciéndose penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años a los que, con finalidad distinta a la de eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo[5], penándose igualmente, la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, la clonación de seres humanos[6] y la reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento[7]. Igualmente existen sanciones de carácter administrativo correspondientes a determinadas actuaciones de carácter leve, grave o muy grave, en materia de reproducción humana asistida[8] y de investigación biomédica[9].

[4] STC 53/1985.
[5] Artículo 159 del Código Penal.
[6] Artículo 160 del Código Penal
[7] Artículo 161 del Código Penal.
[8] Artículos 24 a 28 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
[9] Artículos 72 a 75 de la Ley 14/2007 de 3 de julio de Investigación Biomédica.

Pues bien, tratándose de preembriones, en nuestro Derecho es posible la intervención de los mismos, tanto a efectos de una fecundación artificial como a efectos de una investigación científica[10].

La fecundación artificial en nuestro Derecho puede llevarse a cabo a través de diversos procedimientos recogidos en la Ley 14/2006 de 26 de mayo[11], sobre técnicas de reproducción humana asistida, a través de los cuales, el preembrión tras su implantación en el vientre materno se convierte, de modo natural, en ser humano. Es indiscutible la legitimidad de este procedimiento a través del cual es posible engendrar embriones extracorporalmente y emplearlos para satisfacer los anhelos de tener hijos por parte de determinadas mujeres que de lo contrario no podrían tener descendencia.

Si bien, una vez llevadas a cabo con éxito las técnicas de reproducción asistida, se plantean varias cuestiones, de una parte, acerca del destino de los preembriones sobrantes en cada caso, y de otra, la posibilidad de que puedan ser eliminados en distintas situaciones como las derivadas de defectos genéticos en los mismos antes de su implantación en el seno materno, circunstancia esta última que se determina a través del diagnóstico de preimplantación, consistente en diversas técnicas que tienen por objeto la detección en el preembrión, de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales y ello, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos, para su transferencia al útero materno[12].

Para llevar a cabo técnicas terapéuticas en el preembrión a consecuencia de la realización del diagnóstico preimplantacional, es preciso que la mujer y su pareja, en su caso, hayan sido previamente informadas acerca de la realización de las mismas y las hayan aceptado previamente, además, debe tratarse de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, siempre que no se modifiquen los caracteres no patológicos ni se busque la selección de los individuos o la raza, debiendo realizarse por equipos cualificados, en centros sanitarios autorizados y con la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

[10] CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, 15, 2017, p. 9.
[11] Anexo de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
[12] Artículo 12 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Igualmente, los preembriones, pueden utilizarse con fines de investigación, así, los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo, podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello, pudiendo prolongarse la crioconservación hasta el momento que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, acerca de que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.

Así, los posibles destinos que puedan darse a los preembriones crioconservados, son:

– Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.

– Su donación con fines reproductivos.

– Su donación con fines de investigación

– El cese de su conservación sin otra utilización, siempre que terminado el plazo máximo de conservación no se haya optado por ninguno de los destinos anteriores.

La utilización de los preembriones crioconservados para cualquiera de los fines antes citados, requerirá el consentimiento informado de la mujer y de su marido, en el caso de estar casada, previo a la generación de los preembriones. Este consentimiento puede ser modificado en cualquier momento previo a la aplicación de cualquiera de los destinos mencionados.

Como mínimo cada dos años, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora, la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente y para el supuesto de dos renovaciones consecutivas habiendo sido imposible obtener dicho consentimiento y ello pudiera acreditarse de forma fehaciente, los preembriones crioconservados quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, pudiendo ser destinados, conforme a su criterio, a cualquiera de los fines anteriormente citados, manteniendo en todo caso, las exigencias de anonimato y confidencialidad, así como la ausencia de ánimo de lucro[13].

[13] Artículo 11 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida.

La investigación o experimentación con preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo se autorizará si se atiene a los siguientes requisitos:

– Que se preste el consentimiento escrito y en los formatos adecuados, de tal manera que éstos resulten comprensibles a las personas con discapacidad, de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa información pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones, con renuncia de la pareja o, en su caso, de la mujer, a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que se deriven de la investigación.

– Que el preembrión no se halla desarrollado in vitro más allá de 14 días tras la fecundación del ovocito, descontando el tiempo que haya podido estar crioconservado.

– Tratándose de proyectos de investigación relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, es preciso que dicha investigación se desarrolle en centros autorizados, por equipos científicos cualificados, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida o del órgano competente en el supuesto de que se trate de otros proyectos de investigación relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares de células troncales embrionarias. Debiendo, una vez terminado el proyecto de investigación, dar cuenta por parte de la autoridad que concedió la autorización, a la Comisión antedicha.

– Para el supuesto en que se proceda a la cesión de preembriones inter centros, deberá especificarse en el proyecto de investigación antedicho, las relaciones e intereses comunes entre ambos centros y equipos de investigación, estableciéndose en todo caso, las condiciones de confidencialidad, gratuidad y ausencia de ánimo de lucro[14].

III. LA PROTECCIÓN E INTERVENCIÓN DEL NASCITURUS.

La vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental, la vida humana, garantizado en nuestra Constitución[15], constituye un bien jurídico cuya protección encuentra su fundamento en la misma, considerándose que la expresión

[14] Artículo 15 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
[15] Artículo 15 de la Constitución Española.

"*todos*" que recoge al artículo 15 de nuestra Constitución, abarca la protección de la vida humana desde el momento mismo de la concepción, incluyendo y protegiendo la vida del nasciturus, el concebido no nacido.

En nuestro Ordenamiento Jurídico el concebido no nacido no tiene consideración de persona, ello se desprende del tenor literal de los artículos 29 y 30 del Código Civil, disponiendo el primero de ellos: "*El nacimiento determina la personalidad pero al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca con las condiciones previstas en el artículo siguiente*", el cual dispone: "*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno".*

La atribución de personalidad jurídica supone el reconocimiento de una persona como sujeto de derechos y obligaciones y a tenor de lo dispuesto en los artículos anteriores, el concebido no nacido no tiene personalidad jurídica hasta el momento de su nacimiento con vida y su entero desprendimiento del seno materno, es en dicho momento cuando se le reconoce como titular de derechos.

No obstante lo anterior y a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 del Código Civil, "*al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*….", de ahí que se otorgue al concebido no nacido una determinada protección jurídica en nuestro Derecho, así, pueden realizarse donaciones[16] a su favor, también pueden ser designados herederos y ser beneficiarios de indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil en los supuestos en los que se hayan ocasionado daños al mismo, pudiendo ejercitarse dichas acciones en base a lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, por sus representantes legales, a modo de ejemplo, el supuesto en que se hubiera producido al feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o se haya provocado en el mismo una grave tara física o psíquica[17]. También puede el nasciturus ser parte en los procesos judiciales en los supuestos que sean afectados[18], siendo representado en juicio por sus representantes legales[19].

[16] Artículo 627 del Código Civil.
[17] Artículos 157 y 158 del Código Penal.
[18] Artículo 6,1, 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
[19] Artículo 7,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De otra parte, nuestro Derecho permite la intervención del embrión o feto, en los supuestos de aborto[20].

La vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure estará siempre intermediada por la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, así, con base en la opinión de expertos y el análisis del derecho comparado, nuestro legislador ha establecido un plazo de catorce semanas[21] en el que se garantiza a las mujeres embarazadas la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción de su embarazo, sin interferencias de terceros, la llamada "*autodeterminación consciente*"[22], debiendo haber sido previamente informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que pueda acceder para el supuesto en que decida continuar con su embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales en ambos supuestos, disponiendo de un plazo de reflexión de al menos tres días contados a partir de la información recibida y hasta la intervención, en su caso.

En el desarrollo de la gestación, tiene una especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, dicho umbral de viabilidad fetal se sitúa, en consenso avalado por la comunidad científica, en las veintidós semanas de gestación, siendo ese límite el recogido en nuestra legislación para permitir la interrupción del embarazo, siempre que concurran alguna de estas dos indicaciones:

– Que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico especialista distinto del que la practique o dirija y en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

– Que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

Más allá de la vigésimo segunda semana, la ley configura dos supuestos excepcionales de interrupción del embarazo:

[20] Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

[21] Artículo 14 de la LO. 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

[22] STC 53/1985.

– Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico especialista, distinto del que practique la intervención.

– Cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité médico[23].

Fuera de estos supuestos, el aborto está penado en nuestro Ordenamiento Jurídico[24].

IV. LA EUTANASIA.

La protección que nuestra Constitución concede a todos a la vida[25] provoca que el Estado asuma, de una parte, el deber de respetar la vida humana y de otra, el de proteger la misma frente a los ataques homicidas procedentes de otros particulares.

La protección penal de la vida humana existe, incluso, en los casos en los que el titular del bien jurídico renuncia a la misma, como es el supuesto del suicida, de tal manera que aunque el mismo esté exento de responsabilidad penal, ésta no alcanza al que induzca[26] o coopere[27] con actos necesarios al suicidio de una persona. La impunidad del suicida incluso en los supuestos de ejecución imperfecta, deviene, en este último supuesto, de la ineficacia de la aplicación de una pena, al no cubrir los criterios que legitiman la misma, cuales son la retribución, la prevención general y especial, también debe tenerse en especial consideración en estos supuestos, la situación patológica, conflictiva o aflictiva de quien decide quitarse la vida.

Cuestión distinta es la relevancia penal de los ataques homicidas cuando no exista consentimiento por parte de los titulares afectados, derivándose de ello que, cuando existe dicho consentimiento comprensible de la capacidad del sujeto pasivo en cuestión para comprender la situación en la que consiente, que haya sido prestado con anterioridad a la realización de la conducta típica, expresado de forma libre, voluntaria y consciente, la conducta penal debería ser impune, pero ello no es así en los delitos

[23] Artículo 15 de la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
[24] Artículo 144 a 146 del Código Penal.
[25] Artículo 15 de la Constitución Española.
[26] Artículo 143,1 del Código Penal.
[27] Artículo 143,2 del Código Penal.

contra la vida, produciéndose únicamente un efecto atenuatorio de la pena a imponer[28]. Nos referimos a la eutanasia pasiva y también a la activa.

Podemos definir la eutanasia como la ayuda prestada a una persona a "buen morir", la llamada "buena muerte" que una persona procura a otra que sufre una enfermedad terminal, incurable, que determinará inevitablemente la muerte de la misma, normalmente acompañada de terribles padecimientos que podrían llevarle a tener una agonía cruel[29]. Se trata pues, de la ayuda prestada a una persona, por deseo de la misma o al menos en virtud de un consentimiento presunto, para facilitarle la posibilidad de una muerte digna.

La esencia del problema radica en el aparente conflicto entre el bien jurídico protegido constitucionalmente, la vida humana, y otros derechos que también tienen cobertura constitucional como el derecho a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, la libertad ideológica y el respeto a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, los cuales pueden verse afectados en un proceso de muerte a consecuencia de una enfermedad terminal acompañada de padecimientos difíciles de soportar.

En nuestro Derecho está permitida la eutanasia auténtica o pura, consistente en la atenuación del dolor solicitada por el paciente, sin efectos de acortamiento de la vida, y la denominada eutanasia pasiva en la que se trata de omitir medidas que no tienen sentido terapéutico y que únicamente hubieran logrado una prolongación de la vida. En estos supuestos, si el paciente de forma consciente o inconsciente, en este último supuesto en virtud del testamento vital previo, rechaza el tratamiento o exige su interrupción, no cabe apreciar responsabilidad penal en el sujeto activo de estas medidas, cesando la posición de garante del facultativo que le asiste en dicha situación, muy al contrario, en el supuesto de que dicho facultativo llevara a efecto el tratamiento rechazado por el paciente, nos encontraríamos ante el llamado "*ensañamiento terapéutico*"[30], contrario a la dignidad de la persona y a la autonomía personal del paciente, pudiendo llegar a estar enmarcado dicho comportamiento como constitutivo de un delito de lesiones o de coacciones.

[28] Artículo 143,4 del Código Penal.

[29] SILVA CASTAÑO, M.L., en Dogmática y Ley Penal, libro homenaje a Enrique Gacigalupo, tomo II, 2004, p. 1243.

[30] SILVA CASTAÑO, M.L., en Dogmática y Ley Penal, libro homenaje a Enrique Gacigalupo, tomo II, 2004, p. 1244.

De otra parte, la eutanasia activa, en la que podemos distinguir dos modalidades, de un lado, la eutanasia activa indirecta, a través de la cual y por expreso deseo del paciente o, al menos, que no conste una negativa específica a su aplicación o, para el caso de no haber consciencia del paciente y siempre que se hubiera cumplido el deber de informar a ser posible, presumiéndose en ese caso el consentimiento presunto del paciente, se le proporciona una medicación que disminuye su dolor pero que eventualmente puede acelerar el comienzo de la muerte, son los denominados tratamientos o cuidados paliativos del dolor mediante la aplicación de morfina u otra sustancia similar. Esta modalidad también está exenta de responsabilidad penal en nuestro Ordenamiento jurídico.

De otro lado, está la eutanasia activa directa, la cual es la única que merece reproche penal en nuestro Derecho, podría denominarse como "*homicidio a ruego*"[31], en la misma, la muerte se plantea desde el principio en primer y único plano del análisis, con pleno conocimiento de la situación por parte del sujeto activo, resultando relativamente irrelevante el consentimiento del sujeto pasivo. La eutanasia activa directa está recogida en nuestro Código Penal[32], castigando al que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso en que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, aplicando una pena inferior en uno o dos grados a las señaladas para el supuesto de cooperación al suicidio de otro y a la ejecución de una muerte consentida de otro, pudiendo por tanto, llegar a imponerse una pena de seis meses de prisión en el supuesto de cooperación al suicidio de otro y de un año y seis meses de prisión el supuesto de que la cooperación llegase a la ejecución material de la muerte consentida de otro. Por tanto, según los casos que se planteen y en atención a las circunstancias concurrentes puede llegar a imponerse una pena mínima de prisión, que según los casos, podría ser sustituida o suspendida.

De otra parte, actualmente se ha planteado su despenalización, sobre todo a consecuencia del debate mediático derivado del caso de Mª José Carrasco, de

[31] SILVA CASTAÑO, M.L., en Dogmática y Ley Penal, libro homenaje a Enrique Gacigalupo, tomo II, 2004, p. 1248.

[32] Artículo 143,4 del Código Penal.

veintinueve años de edad, aquejada de esclerosis múltiple a la que su pareja sentimental ayudó a morir por expreso deseo de aquélla[33].

Por último, cabe reseñar que en el Derecho Comparado, la eutanasia está legalizada en Holanda, Luxemburgo y Bélgica; en EEUU está recogido legalmente el suicidio asistido en cinco Estados: Oregón, Vermont, Washington, Colorado y Columbia y, por orden judicial, en Montana.

V. CONCLUSIONES.

La vida humana, bien jurídico protegido en nuestra Constitución como derecho fundamental esencialmente inherente al ser humano, está protegida en nuestro Derecho desde la anidación del embrión en el útero materno, incluso antes, cuando nos hallamos ante preembriones fecundados in vitro en los supuestos de inseminación artificial, siendo posible su intervención en determinados supuestos previstos legalmente. Protección de la vida del ser humano, que incluye la prenatal, atribuyendo derechos al concebido no nacido, penalizándose el aborto practicado fuera de los supuestos permitidos legalmente, al igual que los ataques contra la vida recogidos en el Código Penal, incluida la eutanasia activa directa recogida igualmente en dicho Cuerpo Legal en tanto en cuanto no quede despenalizada la misma en virtud de acuerdo parlamentario.

BIBLIOGRAFÍA

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M. C. La protección jurídica del nasciturus en el Ordenamiento Jurídico Español, en Revista Interrnacional de Doctrina y Jurisprudencia, 15, 2017.

FARIÑAS, T., ¿Es legal la eutanasia en España? Así está regulada la muerte asistida en el mundo, El Confidencial, 05/04/2019.

NUÑEZ PAZ, M.A. Preámbulo al artículo "La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal" de Roxin, C. en Dogmática y Ley Penal, Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo II, edit. Marcial Pons, 2004, Madrid.

SILVA CASTAÑO, M.L., La dignidad de la persona y su proceso de muerte: la eutanasia, en Dogmática y Ley Penal, libro homenaje a Enrique Gacigalupo, tomo II, edit. Marcial Pons, Madrid, 2004.

LEGISLACIÓN

Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 14/2007 de 3 de julio de Investigación Biomédica.

LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Código civil

[33] FARIÑAS, T. El Confidencial, 05/04/2019, p.1.

Código penal

Constitución española de 1978.

Ley de Enjuiciamiento Civil

JURISPRUDENCIA

STC 53/1985.

* * * * * *

Miguel Bueno Benedí

Letrado de la Administración de Justicia. Socio de la FICP.

~Las notificaciones en la fase de ejecución del proceso penal~

Sumario.- I. Introducción. II. Aspectos generales sobre las notificaciones en el proceso penal. 1. Notificaciones con el Procurador. 2. Notificaciones mediante correo, telegrama u otros medios semejantes. 3. Notificación mediante entrega al destinatario de la cédula. 4. Notificación por medios electrónicos, informáticos y similares. III. ¿Se deben notificar personalmente las resoluciones que se dicten en fase de ejecución de la pena? 1. Auto de incoación de la ejecutoria. 2. Liquidación de la pena. 3. Requerimientos para el cumplimiento de penas. 4. Régimen de notificaciones en la ejecución de penas privativas de libertad. Carácter suspensivo y realidad práctica. a) Auto de suspensión de la pena privativa de libertad. b) Auto de revocación de la suspensión. c) Auto de remisión definitiva. d) Auto de sustitución de la pena privativa de libertad. IV. Efectos y consecuencias de la falta de notificación personal. V. La notificación a las víctimas de las resoluciones dictadas en fase de ejecución. VI. Conclusiones. Bibliografía

Resumen.- El presente capítulo recogerá de manera práctica los aspectos más relevantes relativos a las notificaciones en la fase de una ejecución penal. Partiendo de unas pautas generales, iremos explicando qué tipo de resoluciones son las que se deben notificar personalmente al condenado y cuáles no, así como qué ocurriría y qué consecuencias conllevaría el caso de que una notificación que la ley exige que se haga de manera personal, no se hiciera. En una última parte, nos centraremos en estudiar qué dice el Estatuto de la Víctima de un Delito respecto de las notificaciones a éstas en la fase de ejecución.

I. INTRODUCCIÓN

En términos generales, la doctrina no ha prestado gran atención a los actos de comunicación a pesar de que su correcta práctica es parte del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, tal y como han declarado reiteradamente tanto Tribunal Supremo como Tribunal Constitucional. Además, el buen desarrollo del proceso penal depende de la eficacia al momento de llevar a cabo las notificaciones, por lo que la reducción de tiempos muertos en las comunicaciones es básica para agilizar la justicia.

Es el Título VII del Libro I de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal el que lleva por nombre "De las notificaciones, citaciones y emplazamientos", que discurre entre los artículos 166 a 182 incluidos. Ya desde el inicio, el artículo 166 hace una remisión al proceso civil al determinar que las notificaciones, citaciones y emplazamientos se practicarán en la forma prevista en el capítulo V del título V del libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo tanto, a pesar de algunos aspectos específicos recogidos en la ley procesal penal, habrá que tener como base de fondo la ley procesal civil. Sin embargo, a efectos de este capítulo del libro, no vamos a hacer un repaso de toda la normativa relativa a las notificaciones en el proceso civil, sino que nos centraremos en los aspectos que nos interesan a efectos de notificaciones en la fase de ejecución de la condena en el proceso penal.

II. ASPECTOS GENERALES SOBRE LAS NOTIFICACIONES EN EL PROCESO PENAL

El artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina que "las notificaciones, citaciones y emplazamientos podrán hacerse a los Procuradores de las partes. Se exceptúan: 1.º Las citaciones que por disposición expresa de la Ley deban hacerse a los mismos interesados en persona; 2.º Las citaciones que tengan por objeto la comparecencia obligatoria de éstos."

Sin embargo, y es aquí donde se generan los problemas:

> "aun cuando la Ley y la Jurisprudencia avalan las notificaciones a la representación procesal, en ocasiones ocurre (…) que la necesidad de proscribir situaciones de indefensión hace que las notificaciones que no han sido realizadas de forma personal tengan una eficacia claudicante y puedan ocasionar la nulidad de lo actuado a partir de ellas. Esto ha hecho, comprensiblemente, pues a nadie le hace gracia trabajar en balde, que se observe entre quien debe tramitar el procedimiento, en trance de tener que elegir entre una notificación u otra, una tendencia general a utilizar la notificación personal pues es la que menos riesgos ofrece de ser impugnada. Ello con independencia de que la Ley permita la notificación a la representación procesal."[1]

Otra opción que también se lleva a cabo de manera común en la práctica de los Juzgados es la de dirigir la notificación tanto al penado como a su representación procesal. Esto puede generar, entre otros, el problema de la doble notificación. Esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional respecto al plazo para interponer recurso de apelación, que ha determinado que si la notificación se practica tanto a procurador como a las partes, el plazo legal para la interposición del recurso comenzará a contar desde el día siguiente al que se haya practicado la última de ellas[2]. Sin embargo, no se ha resuelto para recurrir otro tipo de resoluciones que no tengan que ver con la sentencia que pone fin al proceso. Por eso, desde el punto de vista de la tramitación de un Juzgado, como decíamos, no se quiere trabajar para nada o con el temor de que la notificación no sea eficaz y pueda ser recurrida, siendo práctica habitual esta doble notificación.

Es cuestión importante que los actos de comunicación se realizan bajo la dirección del Letrado de la Administración de Justicia porque va a decidir cómo y a quién se

[1] GÓMEZ RECIO, Diario La Ley, 8454, 8 de enero de 2015.

[2] STC 190/1994, de 20 de junio. El Tribunal Constitucional determinó, en síntesis, que no puede considerarse adecuada a las garantías consagradas en el art. 24.1 C.E. una interpretación judicial que considera extemporánea la presentación del escrito cuando aún no había transcurrido el plazo de cinco días desde la última notificación, porque produce un efecto desproporcionadamente gravoso en el derecho del recurrente a que su causa sea revisada por un Tribunal Superior, que no se justifica por la salvaguardia de otros valores apreciables desde la perspectiva del propio art. 24.1 C.E.

practican los actos de comunicación en la fase de ejecución penal, que es la que nos atañe a efectos del presente capítulo.

1. Notificaciones con el Procurador

Tal y como veníamos diciendo, en el art. 182 de la LECrim se establece que las notificaciones, citaciones y emplazamientos podrán hacerse a los Procuradores de las partes, con las dos excepciones ya mencionadas. Así, el Procurador firmará la notificación en el caso de que se haga en la propia sede del Juzgado o en el Servicio Común de recepción de notificaciones en aquellas poblaciones en las que existiese. No obstante, lo normal hoy día es que se haga a través del sistema Lexnet, ya que el art. 162 LEC impone la obligatoria utilización del sistema de notificaciones electrónicas.

2. Notificaciones mediante correo, telegrama u otros medios semejantes

Normalmente, a pesar de que el penado se encuentra representado por un Procurador, la notificación también se intenta hacer al propio interesado a través de correo. En estos casos, de acuerdo con el art. 160.1 LEC, el Letrado de la Administración de Justicia dará fe en los autos de la remisión y del contenido de lo remitido, y unirá a aquéllos, en su caso, el acuse de recibo o el medio a través del cual quede constancia de la recepción o la documentación aportada por el procurador que así lo acredite, de haber procedido éste a la comunicación.

La remisión se hará al domicilio del condenado que conste en las actuaciones, ya sea en el atestado o bien la que diera en alguna de las declaraciones posteriores ante el Juzgado. No obstante, dispone el artículo 178 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que si el que haya de ser notificado, citado o emplazado no tuviere domicilio conocido, el Letrado de la Administración de Justicia se dirigirá a la Policía Judicial, Registros oficiales, colegios profesionales, entidad o empresas en el que el interesado ejerza su actividad interesando dicha averiguación.

3. Notificación mediante entrega al destinatario de la cédula

En aquellos supuestos en los que fuese necesaria una notificación personal, se hará por este medio, recogido en el art. 161 de la LEC.

> "La entrega al destinatario de la comunicación de la copia de la resolución o de la cédula se efectuará en la sede del tribunal o en el domicilio de la persona que deba ser notificada, requerida, citada o emplazada. La entrega se documentará por medio de diligencia que será firmada por el funcionario que la efectúe y por la persona a quien se haga, cuyo nombre se hará constar". "Cuando el destinatario de la comunicación sea hallado en el

> domicilio y se niegue a recibir la copia de la resolución o la cédula o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega, el funcionario que asuma su práctica le hará saber que la copia de la resolución o la cédula queda a su disposición en la oficina judicial, produciéndose los efectos de la comunicación, de todo lo cual quedará constancia en la diligencia".

No obstante, hay ocasiones en las que, si es necesario practicar una notificación de manera urgente, se oficia desde el Juzgado a la Policía, requiriendo la notificación de personas, especificando el tenor de la notificación y la identidad del destinatario. El Auxilio Judicial que recibe dicho oficio debe confeccionar la cédula de notificación y una vez realizado el trámite, el expediente se devuelve al Juzgado por la vía correspondiente.

4. Notificación por medios electrónicos, informáticos y similares

La STC 58/2010, de 4 de octubre analizó la eficacia de las comunicaciones a través de estos medios y vino a decir que para atender a las exigencias derivadas del art. 24.1 CE, la eficacia de los actos de comunicación procesal realizados a través de cualquier medio técnico se supedita a que quede en las actuaciones «constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado» (art. 152.2 LEC), o lo que es igual, que quede garantizada «la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron» (art. 162.1 LEC)».

Por lo tanto, la utilización de notificaciones vía SMS, email o medios similares, debe utilizarse con mucha cautela, pues es raro que permitan garantizar fehacientemente la recepción al destinatario, lo que podría ser motivo de impugnación. Una táctica bastante empleada en la práctica es la de intentar localizar al condenado por teléfono, comunicándole por esta vía que acuda al Juzgado porque se le tiene que practicar una notificación. De esta manera, si acude, se le practicará la notificación personalmente conforme hemos visto antes.

III. ¿SE DEBEN NOTIFICAR PERSONALMENTE LAS RESOLUCIONES QUE SE DICTEN EN FASE DE EJECUCIÓN DE LA PENA?

La fase de ejecución penal solamente se podrá iniciar en aquellos casos en los que hubiese recaído una sentencia de condena, considerándose ésta como el único título que permite el inicio de la ejecución penal. No obstante, no debemos olvidar las sentencias absolutorias que se dicten en aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 20.1 del Código Penal (eximentes de enajenación mental, intoxicación plena y alteraciones de la

percepción), en los casos en que se imponga una medida de seguridad al afectado (artículos 95 y siguientes del Código Penal), cuya evolución deberá ser seguida por el órgano judicial que dictó la Sentencia.

La Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en su voluntad de reforzar y clarificar el papel del Letrado de la Administración de Justicia en la fase de ejecución, ha añadido dos párrafos al artículo 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el siguiente contenido: "Corresponde al Secretario judicial impulsar el proceso de ejecución de la sentencia dictando al efecto las diligencias necesarias, sin perjuicio de la competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la pena". Y "El Secretario judicial pondrá en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito y, en su caso, de los testigos, todas aquellas resoluciones relativas al penado que puedan afectar a su seguridad".

Es este segundo párrafo el que nos es más interesante a efectos de este capítulo al tratar más directamente sobre la notificación de resoluciones durante la fase de ejecución, como veremos más adelante en el epígrafe V.

Podemos adelantar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no hace referencia expresa a la notificación de las resoluciones que se dicten durante esta fase, por lo que este capítulo va a tratar de resumir de forma práctica la realidad habitual que existe en los distintos juzgados en los que se lleva a cabo la ejecución de las sentencias de condena. Por tanto, es posible que alguien discrepe de lo aquí expuesto. No obstante, intentaremos justificar y argumentar correctamente todo lo que en este tema se trate.

> "No debe olvidarse que de tales actos de comunicación depende en gran medida que el penado pueda cumplir la pena que se ejecuta y, por tanto, pueda evitar las consecuencias derivadas de su incumplimiento, ya en forma de deducción de testimonio por quebrantamiento de condena, ya en forma de incidencia determinante de la revocación el beneficio de sustitución de la pena de privativa de libertad. No se trata por tanto de los actos procesales en sentido estricto por los que el órgano jurisdiccional, sentenciador o Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, requieren al penado para el cumplimiento de la pena o le notifican las resoluciones que se producen en su seno. Se trata de todos aquéllos actos de comunicación que elaborado el plan de cumplimiento, y dada su inmediata ejecutividad, deberán ser atendidos por el penado para no provocar que la pena se tenga por no cumplida."[3]

A continuación, trataremos de manera más detallada, fase por fase, cada una de las distintas resoluciones que se pueden dar dentro de un proceso de ejecución penal y su régimen de notificación en la práctica.

[3] ORTEGA CALDERÓN, Revista El Derecho, 29 de septiembre de 2017.

1. Auto de incoación de la ejecutoria

Dispone el artículo 985 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la ejecución de las sentencias en causas por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme. Por lo tanto, una vez la sentencia de condena es firme, procede iniciar de oficio su ejecución, sin que ninguna de las partes tenga que solicitarlo. Es decir, hecha la declaración de firmeza de la sentencia condenatoria, se procederá de oficio a ejecutarla, incluso aunque el reo esté sometido a otra causa.

En virtud de lo expuesto, lo que procede es llevar a efecto los pronunciamientos contenidos en la sentencia y para ello, se acordará la práctica de las diligencias que sean necesarias de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal, conforme a la naturaleza de la pena impuesta.

Para ello, se dicta el auto que incoa la ejecutoria penal y que tiene un triple objetivo. Por un lado, informar justamente a las partes del inicio de la ejecución penal. Por otro, acordar la práctica de las diligencias para llevar a efecto los pronunciamientos contenidos en la sentencia. Y, por último, acordar requerir al condenado de las penas impuestas.

Por tanto, ¿es necesario que la notificación de este auto se haga de manera personal al condenado? Como anticipábamos antes, la Ley de Enjuiciamiento Criminal nada dice acerca del tema. La Ley de Enjuiciamiento Civil, por el contrario, sí contiene un artículo que se refiere expresamente a la notificación del auto de ejecución, el artículo 553, que establece que “el auto que autorice y despache ejecución así como el decreto que en su caso hubiera dictado el Letrado de la Administración de Justicia, junto con copia de la demanda ejecutiva, serán notificados simultáneamente al ejecutado o, en su caso, al procurador que le represente, sin citación ni emplazamiento, para que en cualquier momento pueda personarse en la ejecución, entendiéndose con él, en tal caso, las ulteriores actuaciones”.

El hecho de que la Ley penal omita tal cuestión nos hace pensar que la voluntad del legislador es acudir a las normas generales, es decir, al artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya mencionado y que establece que la notificación se efectúe a través del Procurador de la parte condenada. O bien, a la Ley supletoria que, en este caso es la Ley de Enjuiciamiento Civil y que, como hemos visto, nos lleva al mismo resultado.

2. Liquidación de la pena

Una vez se ha iniciado la ejecutoria penal, es necesario que el condenado conozca la pena que debe cumplir. Por ello, ya sea con carácter simultáneo o con carácter previo, se hace imprescindible la realización de una liquidación de condena (que tampoco está regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y en la que es el Letrado de la Administración de Justicia el responsable de señalar o determinar el periodo de tiempo exacto en el que rige la referida pena. Es decir, dicho con otras palabras, la duración exacta (de fecha a fecha) de la pena privativa de libertad, de la pena privativa de derechos (aproximación y comunicación con la víctima, privación del permiso de conducir…).

Ya la Fiscalía General del Estado, en el año 2004, emitió una Circular en relación con la pena de localización permanente, aunque es perfectamente extensible a la liquidación de todas las condenas, en la que se establece que "la primera garantía de cumplimiento será la necesaria notificación personal al penado de la liquidación de la condena, especificando con claridad los días concretos de cumplimiento y el lugar, haciendo constar todos los datos individualizadores, con el consiguiente apercibimiento de incurrir en delito de quebrantamiento de condena si no cumple íntegramente la pena. Esa liquidación habrá de trasladarse junto con el correspondiente oficio a la Policía Judicial, o, en su caso a los funcionarios de la Policía Municipal, en labores de Policía Judicial a fin de que se personen en el domicilio designado los días de cumplimiento para asegurarse de la presencia del penado en el mismo."[4]

Es decir, parece de sentido común que cuando se vaya a requerir de cumplimiento de una condena al condenado, éste conozca exactamente el contenido de la misma y, para ello, se le notifique personalmente esta liquidación, por si tiene manifestaciones que hacer en relación con los días ya abonados o cualquier otra cuestión, sin perjuicio de que posteriormente, una vez se apruebe la liquidación de la condena por Decreto, éste sea recurrible conforme a lo previsto en la Ley.

VELASCO NÚÑEZ hace referencia a este aspecto en relación con la pena privativa del derecho a conducir al determinar que "la privación del derecho a la conducción, una

[4] Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del código penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Extraído de:
https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=falta%20de%20notificacion%20personal#presentar.do%3Fnref%3D7D42D11E%26producto%3DA%26anchor%3DAPA.4%26fulltext%3Don. Consultado el 6/7/2020.

vez firme la condena, se computa desde la fecha del requerimiento y entrega efectiva del permiso o licencia, y caso de no tenerlo, desde el día en que se decide el inicio del cómputo y este es conocido por el penado (razón por la que conviene más que la notificación personal, la comparecencia en el juzgado a esos efectos, donde se practicará además la advertencia para el caso de quebrantamiento).”[5] Por lo tanto, se pone de manifiesto la importancia de que la liquidación de la condena se ponga de manifiesto al penado en el momento de hacerle el requerimiento personal de cumplimiento de la misma, fase que veremos en el epígrafe siguiente.

Centrándonos en el carácter procedimental, es práctica habitual de los Juzgados Penales actuar de la siguiente manera:

– En aquellos supuestos en los que se ha dictado una sentencia de conformidad, dado que ya el penado se encuentra físicamente en las dependencias judiciales, se le practica el requerimiento personalmente ese mismo día para evitar citarle con posterioridad.

– En aquellos casos en los que se dicta una sentencia condenatoria sin conformidad del acusado, se cita al condenado para que acuda un día y una hora concreta a la Secretaría para hacerle personalmente el requerimiento, siendo en ese mismo acto donde se le notifica personalmente la liquidación de la pena correspondiente.

– Por último, si la pena es de ingreso en prisión, tanto si hay conformidad del acusado como si no, es lógico que no se pueda practicar la liquidación de la pena de prisión hasta que no se sepa por parte del juzgado el día exacto que ingresa en la misma. Por lo tanto, desde el Juzgado se le cita para requerirle (si no ha habido conformidad) o se le requiere directamente el mismo día del juicio (si ha habido conformidad) para que ingrese voluntariamente en prisión en un plazo de 10 días. Así, una vez ingresa en prisión, es el centro penitenciario el que informa al Juzgado del día exacto y solicita una liquidación de la pena. Ya conocido este dato por parte del Juzgado, se hace la liquidación de la pena y una vez practicada, se remite ésta por exhorto al centro penitenciario, indicando que se le notifique personalmente al penado.

Sin embargo, que ésta sea la práctica habitual por eficiencia y economía procesal, no quiere decir que sea algo unánime el hecho de que la liquidación de la condena se

[5] VELASCO NÚÑEZ, Revista El Derecho, 8, 1 de junio de 2007.

notifique personalmente al condenado. De hecho, el Tribunal Supremo determinó en el año 2017 lo siguiente: "La liquidación de condena fue efectuada por la Secretaria Judicial en fecha 6 de octubre de 2004 y aprobada por providencia de 27 de octubre de 2004, que fue notificada al penado a través de su procuradora con fecha 2 de noviembre de 2004. No consta que haya sido notificada tal resolución personalmente a D. Arturo, circunstancia ésta que en el presente caso es irrelevante por cuanto se consideró como inicio del cómputo de su cumplimiento el 6 de julio de 2001 (fecha de la notificación del acuerdo del Consejo General del Poder Judicial acordando la suspensión). Con todo, al haberse interesado así expresamente por su propio representante, procede efectuar tal notificación personal.

Del pasaje transcrito resulta evidente que el cálculo de la duración de la inhabilitación especial hecho por la referida Sala y luego tenido en cuenta por el CGPJ es correcto. Y es claro, asimismo, que el recurrente no sufrió ninguna indefensión por la falta de notificación personal de la liquidación de penas, dado que ésta fue notificada a su procuradora."[6]

En este supuesto, el Tribunal Supremo considera correctamente notificada la liquidación de una condena a través del procurador, sin que ello suponga causa alguna de indefensión.

3. Requerimientos para el cumplimiento de penas

El requerimiento al condenado para el cumplimiento de la pena es quizás el acto de mayor trascendencia a efectos procesales. Sólo a través de éste trámite el penado toma consciencia directa del contenido exacto de la pena que debe cumplir. Además, se considera determinante a la hora de decidir sobre la posible comisión de un delito de quebrantamiento de condena, como veremos. Y es que la mayor parte de las penas imponen deberes de carácter negativo, que en caso de incumplimiento, dan lugar a la comisión de otro delito de quebrantamiento o desobediencia dependiendo del supuesto. Esto implica que los autores de estos "nuevos delitos" tengan que conocer con precisión (para poder ser condenados) el contenido exacto de la pena, es decir, qué es lo que no debían hacer, en qué periodo temporal y qué consecuencia tendría el incumplimiento. Es por esto que cobra una importancia clave este requerimiento personal que va acompañado de los apercibimientos legales correspondientes.

[6] Sentencia 614/2017, de 5 de abril de 2017 del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 3493/2015.

En relación con esto, en el seno de la Comisión Penal de la Asociación de Juezas y Jueces para la Democracia se plantearon la siguiente consulta:

> "Cuando una sentencia condena a una pena de prohibición de aproximación a la víctima (sin que exista una medida cautelar previa de la misma naturaleza), una vez firme la sentencia, ¿es necesario notificar personalmente al penado la liquidación de la pena (o cualquier otra resolución en la que se haga constar de forma terminante la fecha en que se da inicio al cumplimiento de dicha pena? O, por el contrario, es suficiente con que la notificación se haga a su representación procesal, toda vez que el artículo 544 ter.8 LECrim, al contrario de lo que ocurre con las sentencias, no exige la notificación personal, limitándose a exigir que se notifique a las partes".

Respecto de esta cuestión, se concluyó que "debe realizarse una notificación personal y requerir al penado del contenido concreto de la pena, con las advertencias correspondientes de quebrantamiento de condena, por una cuestión de seguridad y certeza, y precisamente desde el punto de vista de los requisitos del delito de quebrantamiento de condena. Sólo desde la notificación personal puede determinarse cuando se inicia y extingue la condena. Se trata de una pena privativa (o limitativa de derechos) y ello determina la necesidad de notificación personal, y la correspondiente liquidación de condena". Además, se concluyó que "si no existe notificación personal no puede entenderse que se haya iniciado el cumplimiento de la pena y consiguientemente no puede existir quebrantamiento."[7]

En el mismo sentido que lo mencionado anteriormente, la Audiencia Provincial de Barcelona recoge en una Sentencia de 2007 el siguiente supuesto: Un acusado es condenado en virtud de sentencia firme de fecha 13 de noviembre de 2005 como autor de un delito de violencia en el ámbito familiar a las penas entre otras de prohibición de aproximarse y/ o comunicarse con la denunciante durante 18 meses a una distancia inferior a 1000 metros, así como del domicilio y lugares frecuentados por ella. Se incoa la correspondiente ejecutoria y se procede a practicar liquidación de condena con fecha de inicio el 13/11/2005 y fecha de cumplimiento 6/5/2007. Tales resoluciones de liquidación de condena y auto aprobando la liquidación de condena se acordó notificarlas personalmente al penado mediante exhorto al Juzgado de Paz de Roda de Ter. Sin embargo, no se pudo efectuar dicha notificación personal dado que por error el exhorto fue remitido al Juzgado de Paz de Les Franqueses del Vallés, el cual a su vez lo remitió al Juzgado de Paz de Roda de Ter, haciéndose constar mediante diligencia de

[7] Consulta disponible en:
http://www.juecesdemocracia.es/asociados/comisiones/penal/penas/NOTIFICACION%20LIQUIDACION%20PENA%20DE%20ALEJAMIENTO.PDF

fecha 29/3/2006, esto es, un día después de ocurridos los hechos. Con posterioridad a la precedente diligencia negativa no consta notificación personal al penado de la liquidación de prohibición y acercamiento a la víctima, así como tampoco el oportuno requerimiento por lo que aquel no tenía conocimiento del día de inicio y termino de cumplimiento de la pena de prohibición de acercamiento y comunicación.

Bien, pues el criterio expuesto por esta Audiencia es el mismo que en otras resoluciones anteriores y en las que se declaraba entre otros extremos:".... el art. 468 del CP incluye bajo la denominación común de quebrantamiento de condena dos tipos de infracciones penales. Las primeras constituyen auténticos quebrantamientos de condena al suponer la vulneración de penas o de medidas de seguridad impuestas en sentencia firme que se encuentran en trámite de ejecución lo que exige que para su perpetración no baste con el dictado de la sentencia, sino que la misma ha de haber alcanzado firmeza, practicado la oportuna liquidación de condena y notificado al penado la misma con indicación de la fecha a partir de la cual comienza la referida ejecución."[8]

En relación con esto, muy interesante es el análisis que hace MAGRO SERVET de la SAP Alicante, Sección 1.ª, 19 junio 2012 en el que se estudia la no necesidad de llevar a cabo un expreso requerimiento al condenado en los casos de condena de orden de alejamiento, bastando con la mera notificación de la sentencia, al tratarse de un delito estrictamente doloso que se cualifica por la necesidad de respetar la condena de no acercarse a la víctima en el radio de acción que tiene fijado la sentencia. Y ello, sin que sea preciso un expreso requerimiento al condenado de que debe cumplir lo acordado en sentencia.[9]

De lo expuesto en su trabajo, podemos distinguir dos corrientes muy diferenciadas:

1. Por un lado, la que exige el requerimiento personal previo al condenado para que se pueda entender cometido el delito de quebrantamiento de condena, incluso aunque el penado tenga conocimiento de la existencia de la pena por la notificación de sentencia. Esta corriente se fundamenta en que se tienen que cumplir las exigencias mínimas de seguridad jurídica para que el penado sepa cuáles son sus obligaciones y el tiempo de cumplimiento. En este sentido

[8] Sentencia de 16 de enero de 2007, de la AP Barcelona, Sección 20ª, nº 29/2007, Rec. 607/2006.
[9] MAGRO SERVET, La Ley Penal, 2012.

podemos destacar la SAP de Barcelona, Sección 20.ª, de 9 mayo 2007, rec. 24/2006 y la SAP de Madrid, Sección 17ª, de 14 febrero 2006, rec. 515/2005.

2. Por otro lado, la que defiende que ninguna exigencia debe llevarse a cabo en los delitos de quebrantamiento de condena del art. 468.2 del Código Penal, más allá de la notificación de la sentencia condenatoria. Esta tesis se fundamenta en que, de las normas que regulan la ejecución de las sentencias, ninguna contempla la necesidad de un requerimiento. En efecto, los artículos 803 y 794 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen que tan pronto como sea firme la sentencia se procederá a su ejecución, conforme a las reglas generales y las especiales del citado artículo 794. Entre éstas reglas, además de las relativas a la responsabilidad civil, se encuentra la relacionada con la privación del derecho a conducir vehículos de motor imponiendo la inmediata retirada del permiso, actuación coercitiva que deberá ir precedida, en buena lógica, del requerimiento de entrega voluntaria del documento que incorpora la licencia, de igual modo que no está reñido con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 990 el que una eventual orden de detención para ingreso en prisión vaya precedida del previo requerimiento para ingreso voluntario pues ello puede entenderse parte de las «medidas necesarias» para que el condenado ingrese en el establecimiento penitenciario. En este sentido destacamos la SAP de Málaga, Sección 2.ª, de 2 mayo 2007, rec. 100/2007, la SAP de Barcelona, Sección 20.ª, de 23 mayo 2007, rec. 264/2007 o la propia SAP de Alicante 416/2012, Sección 1.ª, de 19 de junio, analizada en el propio trabajo de MAGRO SERVET.

A la vista de lo anterior, a pesar de las discrepancias, en nuestra opinión parece razonable que para que el condenado conozca ese contenido exacto de la pena y lleve a cabo su cumplimiento de manera correcta, se le informe de manera personal. Y más aún cuando un incumplimiento del mismo puede llevar aparejada la comisión de otro delito de quebrantamiento de condena. Todo exceso de información al condenado sobre el cumplimiento de las penas impuestas por sentencia firme garantiza que, precisamente, esté justificada la incoación de un procedimiento por un delito de quebrantamiento de condena en caso de que las incumpliese o no las cumpliese correctamente.

Para ello existen dos posibilidades: si la sentencia se ha dictado con la conformidad del acusado, al igual que hemos mencionado antes para la liquidación de la pena, dado que el condenado ya se encuentra en dependencias judiciales, se aprovechará

este momento para hacerle el requerimiento de manera personal ante el Letrado de la Administración de Justicia y firmando tal requerimiento para dejar constancia fehaciente del mismo y de que ha quedado enterado. El hecho de que el acusado estuviera presente en el juicio telemáticamente por videoconferencia o similar, no supone problema alguno para la práctica de éste requerimiento. Una vez finalizada la vista, se le requerirá inmediatamente para el cumplimiento de las penas impuestas por el mismo medio de videoconferencia, ya sea grabándose e incorporándose al expediente o bien, dejando constancia fehaciente por medio de una diligencia bajo la fe pública del Letrado de la Administración de Justicia.

En aquellos casos en los que se dicta una sentencia condenatoria sin conformidad del acusado, se cita al condenado para que acuda un día y una hora concreta a la Secretaría para hacerle personalmente el requerimiento, procediéndose de la misma manera que anteriormente.

Si la pena es de ingreso en prisión, tanto si hay conformidad del acusado como si no, desde el Juzgado se le citara para requerirle (si no ha habido conformidad) o se le requiere directamente el mismo día del juicio (si ha habido conformidad) para que ingrese voluntariamente en prisión en un plazo de 10 días.

Por último, parece interesante comentar un aspecto problemático que ocurre en el caso de los juicios rápidos celebrados por el Juzgado de Guardia que finalizan con una sentencia condenatoria con la conformidad del acusado. El art. 801.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que "dictada sentencia de conformidad y practicadas las actuaciones a que se refiere el apartado 2, el Juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución". Es opinión de LUDEÑA BENÍTEZ que la razón de esta norma consiste en "despejar dudas interpretativas que pueda aconsejar a algún Juez de Guardia no disponer dicho ingreso inmediato en un centro penitenciario, con el riesgo de que el condenado evadiera la acción de la justicia durante el tiempo que media entre la condena y la remisión, para su ejecución, de las diligencias urgentes al Juzgado de lo Penal. Pero si se trata de otra pena, pecuniaria o privativa de derechos, la ejecución corresponde en su integridad al Juzgado de lo Penal funcionalmente competente, quien habrá de vigilar por su efectivo cumplimiento, tanto de la pena como el de los requisitos

que autorizan su suspensión o sustitución". Continúa el autor mencionado que el principal problema radica en relación al permiso de conducción, pues "parece un poco llamativo que los condenados por delitos contra la seguridad del tráfico suelan salir del Juzgado de Guardia conduciendo un coche y con sentencia firme y ejecutoria que les priva del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores" porque no se puede practicar el requerimiento en el propio Juzgado de Guardia al alegar el condenado que no tiene el permiso de conducir para entregarlo alegando cualquier excusa, en cuyo caso, se deja el requerimiento en manos del juzgado de lo Penal. "¿Quién es responsable de lo que ese condenado pueda hacer con su coche en los 15 o 30 días que puede mediar entre su condena y el requerimiento del Juzgado de lo Penal? ¿Es un quebrantamiento de condena?". Y lo mismo ocurriría con los requerimientos de la pena de multa.[10]

4. Régimen de notificaciones en la ejecución de penas privativas de libertad. Carácter suspensivo y realidad práctica.

Ya advertíamos anteriormente de que si la pena es de ingreso en prisión, tanto si hay conformidad del acusado como si no, es lógico que no se pueda practicar la liquidación de la pena de prisión hasta que no se sepa por parte del juzgado el día exacto que ingresa en la misma. Por lo tanto, desde el Juzgado se le cita para requerirle (si no ha habido conformidad) o se le requiere directamente el mismo día del juicio (si ha habido conformidad) para que ingrese voluntariamente en prisión en un plazo de 10 días. Así, una vez ingresa en prisión, es el centro penitenciario el que informa al Juzgado del día exacto y solicita una liquidación de la pena. Ya conocido este dato por parte del Juzgado, se hace la liquidación de la pena y una vez practicada, se remite ésta por exhorto al centro penitenciario, indicando que se le notifique personalmente al penado.

Sin embargo, pueden devenir problemas prácticos en aquellos supuestos en los que se apliquen las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad que recoge el Código Penal.

[10] LUDEÑA BENÍTEZ, Revista Noticias Jurídicas, 1 de marzo de 2007. Extraído de http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4259-algunos-aspectos-polemicos-de-la-conformidad-amp;8220;premiadaamp;8221;-del-art-801-de-la-lecrim:-los-modos-de-obtenerla-y-la-competencia-inicial-para-la-ejecucion-de-la-pena/. Consultado el 7/7/2020.

a) Auto de suspensión de la pena privativa de libertad

Podemos considerar esta resolución como la más relevante a efecto de notificaciones debido al problema jurídico que se plantea de cuándo comienza a contar el plazo de la suspensión. El art. 82.2 del Código Penal establece a estos efectos que el plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme.

Este artículo genera la problemática de fijar como *dies a quo* del plazo suspensivo el de la fecha del auto o de la firmeza de la sentencia. Como destacaron los informes del Poder Judicial al anteproyecto de reforma no puede pensarse que el legislador prescinda de la notificación al penado de la resolución judicial como fecha de efecto de la suspensión, por exigencia de la doctrina constitucional aludida y por la propia lógica de la institución (mal se puede incumplir una obligación que no se conoce).[11]

Dicho de otro modo, el problema surge en la interpretación del precepto por cuanto parece que en el caso de acordarse con posterioridad a la sentencia no se exige la firmeza de la misma para comenzar el cómputo del plazo y si no se exige la firmeza, cabe preguntarse si no resulta necesaria la notificación personal al interesado tanto de la concesión del beneficio como de las condiciones impuestas con las consiguientes advertencias sobre las consecuencias que su incumplimiento determinará.[12]

El propio CGPJ emitió un documento en el que se pone de manifiesto que, de forma unánime, se considera necesaria la notificación personal del auto siempre que se impongan reglas de conducta. Sin embargo, en el resto de supuestos, cuando no se impongan reglas o deberes debe intentarse igualmente la notificación personal. En caso de no ser hallado, existen dos tesis. Según la primera, la notificación al Procurador sería suficiente y surtiría plenos efectos. Pero la segunda tesis considera necesaria la notificación personal, debiendo procederse a la averiguación de domicilio, o incluso a la detención del sujeto a efectos de notificación. También de forma unánime se considera que la falta de localización del penado para notificarle el auto no va a ser motivo de revocación de la suspensión ya concedida.

[11] GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Diario La Ley, 8688, 25 de enero de 2016.
[12] GALLEGO MARTÍNEZ, Foro FICP, 2017-1.

Por último, se considera que debe acordarse la comparecencia previa del penado ante el Juzgado antes de resolver sobre la suspensión de la pena, para garantizar la notificación personal, valorando además su posible incomparecencia como motivo de denegación[13].

Podríamos decir que la discrepancia generada por el artículo 82 del Código Penal ha quedado superada en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 2020, Sección 1ª, n.º 236/2020, Rec. 4018/2018, donde se viene a determinar que nada dice la Ley acerca de la incidencia que pudiera tener en este cómputo el hecho de no haber notificado al penado el auto de suspensión. Es evidente que puede tenerla, si en el Auto se han fijado reglas de conducta. En el caso, no consta que, en el acuerdo de suspensión se hayan fijado a la penada reglas de conducta, cuyo cumplimiento debiera ser verificado. Por lo tanto, otorgada la suspensión por dos años mediante Auto del día 7 de octubre de 2013, la remisión definitiva debió haber sido acordada dos años después, es decir, el 7 de octubre de 2015, ya que no consta que por parte de la penada se haya cometido delito alguno en el plazo de suspensión. Es decir, si la suspensión no se ha condicionado a la imposición de reglas o deberes que deban realizarse por el penado, se le intentará notificar personalmente pero si no fuese posible, bastará con la notificación a la representación procesal de éste. Sin embargo, si la suspensión se hubiese condicionado a reglas de conducta, entonces considera necesaria la notificación personal, debiendo procederse a la averiguación de domicilio, o incluso a la detención del sujeto a efectos de notificación.

Por lo que se refiere al carácter suspensivo, el período de suspensión deberá empezar a computarse desde el momento mismo en que el auto que acuerde la suspensión de la ejecución de la pena sea notificado al condenado, con independencia de la eventual interposición de recursos contra el mismo. En este mismo sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 251/2005, de fecha 10 de octubre, señalando que, en efecto, el «período de prueba» se inicia en el mismo momento en que se notifica la resolución por la que se concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Dice la referida sentencia que «carecería de sentido dilatar sine díe dicho

[13] Documento extraído de la propia página web del CGPJ acerca de las conclusiones sobre las jornadas celebradas en Caldes d'Estrac los días 12 y 13 de mayo de 2010, entre los Iltmos. Sres. Presidentes de las secciones de las Audiencias Provinciales de Catalunya en el que establecen "30 cuestiones básicas sobre ejecución penal", disponible en el siguiente enlace:
file:///D:/Perfiles/mbb88/Downloads/30%20CUESTIONES%20B%C3%81SICAS%20SOBRE%20EJECUCI%C3%93N%20PENAL_1.0.0.pdf Consultado el 9/7/2020

inicio a la espera de la resolución de eventuales recursos contra tal decisión por dos principales razones: en primer lugar, porque ello supondría, en este caso concreto, añadir a los dos años de "prueba" preestablecidos el período adicional de año y medio que medió entre la conclusión de dicho plazo y la tardía resolución del recurso de apelación presentado contra el auto de concesión de la suspensión, con la consecuencia de que durante todo ese tiempo se estaría requiriendo del penado que no volviera a delinquir toda vez que de lo contrario la remisión condicional de su condena sería revocada de conformidad con lo establecido en el art. 84 del CP; en segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, porque con ello se ocasionaría inseguridad jurídica al penado dado que no podría saber en qué momento exacto debían situar los dos años de prueba establecidos como condición para la remisión de la condena, pues para ello tendría que esperar a la resolución de los recursos presentados contra la decisión concesiva de tal beneficio aun cuando la misma se dilatara varios años».

La referida sentencia añade además que:

> «Existe, por otra parte, otra razón de peso para alcanzar esa misma conclusión de que el período probatorio comienza a correr a partir de la fecha en la que se concede la suspensión de la ejecución de la pena, sin que la interposición de un recurso eventualmente admitido en un solo efecto contra dicha decisión lo interrumpa. A tenor de lo dispuesto en el art. 136 del CP, los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a la cancelación de sus antecedentes penales, siendo para ello requisito indispensable, entre otros, que no hubieran delinquido nuevamente durante un cierto plazo, debiendo comenzar el cómputo de dicho plazo, según reza el texto del art. 136.3 del CP, desde el día siguiente a aquel en el que quedara extinguida la pena, incluido el supuesto de que sea revocada la condena condicional. Pues bien: de seguirse el criterio enunciado en los autos recurridos en el sentido de que la presentación de un recurso de apelación contra los mismos suponía su ausencia de firmeza y, en consecuencia, una situación equivalente a que el beneficio en cuestión no se hubiera comenzado a disfrutar, estaríamos ante un supuesto de hecho en el que el penado no sólo vería retrasado sine díe el disfrute de la medida de suspensión condicional de la pena inicialmente concedida, sino también la extinción de dicha pena y, en consecuencia, su derecho a reclamar, en su momento, la cancelación del correspondiente antecedente penal. Sería, en definitiva, como si lo que en un principio se presenta como un beneficio para el condenado a pena corta privativa de libertad redundara finalmente en un claro perjuicio, derivado de su sometimiento a un período de tiempo más o menos largo y, en cualquier caso, indefinido antes de que pudiera comenzar a cumplir la condición impuesta y, con ello, a activar el cómputo del plazo previsto para que, una vez cumplida dicha pena, pudiera optar a la cancelación de tal antecedente penal. Lo que, lejos de favorecer su rehabilitación y reinserción social, retardaría indebidamente tal efecto».[14]

b) Auto de revocación de la suspensión

En el caso de este auto, la cuestión no tiene mayor complejidad ni existen discrepancias en jurisprudencia o doctrina. Por señalar una resolución reciente, el Auto

[14] PUENTE SEGURA, Suspensión y sustitución de las penas, 2009.

de la Audiencia provincial de A Coruña, Sec. 2ª, de 12 de diciembre de 2019, n.º 951/2019, Rec. 1306/2019, determina que no hay precepto alguno en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni en el Código Penal que imponga la obligación de notificación personal al penado del Auto de revocación de la suspensión. Y que, en consecuencia, la no notificación personal no comporta indefensión ni quebrantamiento de normas o garantías procesales de ningún tipo, por tanto la efectuada a la representación procesal del penado es correcta.

c) Auto de remisión definitiva

En los casos de suspensión de la ejecución de la pena conforme a los artículos 80 y siguientes, así como el 87 del Código Penal, cuando habiendo transcurrido el plazo de suspensión, previa reapertura de la ejecutoria, obtención de antecedentes penales actualizados del penado con resultado negativo y previo traslado e informe favorable del Ministerio Fiscal, se acuerda la remisión definitiva de la pena librándose la oportuna nota de remisión al Registro Central de Penados y Rebeldes, una vez recibido el acuse de recibo de dicha nota.

En este supuesto, y ante la falta de previsión expresa en la Ley, podemos decir que será de aplicación general el artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y notificar el mismo directamente a la representación procesal del condenado.

d) Auto de sustitución de la pena privativa de libertad

La sustitución de la pena de prisión por la expulsión vendrá acordada en la propia sentencia, o en auto inmediatamente seguido a la firmeza de la sentencia condenatoria. Así, lo normal sería que la notificación se efectuase, de acuerdo con la doctrina constitucional, tanto de manera personal al condenado como a su representación procesal. Sin embargo, algo característico que suele ocurrir en la práctica es que, en la mayoría de los casos de este tipo de acusados extranjeros, no se ha sabido de su paradero durante la tramitación del procedimiento e incluso el abogado desconocía el mismo. Por ello, en casos así y prácticamente en general, ante la falta de previsión expresa en la Ley, podemos decir que será de aplicación el artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de manera que la notificación podrá hacerse directamente a la representación procesal del condenado.

IV. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL

Evidentemente no hará falta tratar los efectos de la falta de notificación personal al condenado de aquellas resoluciones que, conforme a lo que hemos visto anteriormente, no lo exige. El problema surge respecto de aquellas resoluciones que se dicten en la fase de ejecución penal y sí se exija por Ley una notificación personal al condenado.

Antes de comenzar, querría hacer una pequeña aclaración. Y es que a pesar de la importancia que tiene, no es la prescripción de la pena una materia en la que la falta de notificación personal vaya a tener una repercusión absoluta. El artículo 134 del Código Penal establece que 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. Por tanto, como vemos, no entra en juego notificación alguna para comenzar a computar los plazos de la prescripción.

Sin embargo, tal y como apunta MAGRO SERVET, la suspensión de la ejecución de la pena sí alcanza a los plazos prescriptivos de la pena. De esta forma, apunta la STS de 1 de diciembre de 1999, mientras se mantiene la suspensión de la ejecución, se paraliza excepcionalmente la prescripción de la pena (en idéntico sentido puede citarse también la STS de 15 de julio de 2004). Con ello, aunque hayan pasado cinco años desde la fecha de la firmeza de la sentencia, si se acordó la suspensión de la ejecución de la pena se ha interrumpido el transcurso del plazo y no es hasta el cumplimiento de los plazos de la suspensión cuando se vuelve a reiniciar[15].

Por lo tanto, aquí entra en juego cuándo comienza a computarse la suspensión de la pena conforme a lo explicado en el epígrafe 4 a) de este capítulo. Pues será ese momento el que determine cuándo se ha interrumpido la prescripción de la pena exactamente.

El problema que se plantea es el siguiente. Si una vez dictado el auto que acuerda la suspensión, no se puede llevar a cabo la notificación personal porque el penado se encuentra en paradero desconocido, ¿se debe revocar la decisión y, en consecuencia, la suspensión concedida? Alguna Audiencia Provincial así lo ha considerado (por ejemplo, la SAP Zamora de 9 octubre 1997). Sin embargo, no es una causa de revocación de la

[15] MAGRO SERVET, La Ley Penal, 82, 2011.

suspensión de las que están recogidas legalmente, por lo que no consideramos que se trate de una solución correcta. La Consulta 4/99 de la Fiscalía General del Estado así lo ha considerado igualmente, pero sin dar solución a esta problemática. Y es que el hecho de conceder la suspensión de la pena en ausencia del condenado y sin haberle notificado personalmente el auto que la acuerda podría plantear dos problemas: uno, la imposibilidad de establecer una fecha a partir de cual computar el inicio del plazo de suspensión, y dos, que en caso de comisión de un nuevo delito, no es posible la revocación porque no existe constancia del inicio del cómputo ni de los apercibimientos legales.

No obstante lo anterior, el propio CGPJ ha puesto de manifiesto que es perfectamente posible acordar la suspensión de la pena respecto al reo ausente que, sin embargo, cumple todos los requisitos *ope legis* para su concesión y no concurre ningún pronóstico fundado de peligrosidad.[16] Además, consideramos que en aquellos casos en los que el penado se haya colocado voluntariamente en una situación de imposible cumplimiento (la notificación personal por estar en paradero desconocido), sustrayéndose, de este modo, a la acción de la justicia, quedará colmado el ejercicio del derecho de defensa con la notificación a su representación procesal, produciendo ésta todos sus efectos igual que si se le hubiera notificado al condenado personalmente. Esta postura es defendida por gran parte de la jurisprudencia. Por poner un ejemplo, así lo establece el AAP de Cuenca de 7 de octubre de 2007, que confirma lo anterior.

Por último, también parte de la doctrina, como es el caso de POZA CISNEROS, que apunta que esa circunstancia en absoluto puede considerarse motivo de revocación, en tanto no prevista legalmente. Creo que en tales casos, no muy frecuentes, partiendo de la necesidad de realizar una audiencia previa al dictado de la resolución (y en consecuencia, previsiblemente, muy próxima en el tiempo) cuando la misma se hubiera efectuado de forma oral y con citación del propio condenado, únicamente cabrá ordenar a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado la localización del penado para proceder

[16] Extraído de la propia página web del CGPJ acerca de las conclusiones sobre las jornadas celebradas en Caldes d'Estrac los días 12 y 13 de mayo de 2010, entre los Iltmos. Sres. Presidentes de las secciones de las Audiencias Provinciales de Catalunya en el que establecen "30 cuestiones básicas sobre ejecución penal", disponible en el siguiente enlace:
file:///D:/Perfiles/mbb88/Downloads/30%20CUESTIONES%20B%C3%81SICAS%20SOBRE%20EJECUCI%C3%93N%20PENAL_1.0.0.pdf Consultado el 9/7/2020

a la notificación del auto, sin que hasta ese momento comience a computarse el período de suspensión[17].

Una vez aclarado lo anterior, fue el seno de la Comisión Penal de la Asociación de Juezas y Jueces para la Democracia donde se plantearon si, en caso de entender que la notificación debe ser personal, sería razonable acordar la búsqueda y captura con el único fin de poder realizar dicha notificación personal.

> "Respecto de este tema de la busca y captura para realizar esa notificación personal, lo han considerado una solución jurídicamente correcta, teniendo en cuenta que existe una forma de requisitoria que minimiza los efectos de la detención, en cuanto que tiene como contenido únicamente que se cite al penado ante el Juzgado y en muchas ocasiones se evita la privación de libertad. Existe proporcionalidad en la medida en que si hay sentencia firme el penado tiene un especial deber de estar a disposición del tribunal, sin perjuicio de que cabe la mera averiguación del domicilio previa a la citación".
>
> "Si bien lo óptimo es la notificación personal, cuando ésta no sea posible, ya no por encontrarse en sujeto en ignorado paradero, sino simplemente porque no comparece al ser citado, no existe problema para que la notificación se haga al Procurador. Si la propia LECrim, en su artículo 160, permite en estos supuestos la notificación al Procurador, también será posible en aquellos supuestos contemplados en el artículo 182. La exigencia de notificación personal parte de la idea de que el Procurador no cumple sus funciones dentro del proceso penal. Si partimos del principio de que el Letrado y el Procurador no cumplen sus funciones, se hace inoperante el proceso penal, toda vez que de forma permanente nos veríamos abocados a anular actuaciones practicadas por haber causado indefensión a la parte"[18].

V. LA NOTIFICACIÓN A LAS VÍCTIMAS DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN FASE DE EJECUCIÓN.

El art. 7.1.e) de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito prevé la notificación al interesado (si así se solicitó conforme al artículo 5.1.m) de las resoluciones de cualquier autoridad judicial "que afecten a sujetos condenados por delitos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la víctima". Se notificarían todas las resoluciones relativas a la suspensión o sustitución de la pena o que impliquen su puesta en libertad, la expedición de requisitorias para su localización, detención o ingreso en prisión, etc.

> "Esta notificación contendrá al menos la parte dispositiva y un breve resumen de la fundamentación jurídica. Se realizará por correo electrónico o en su defecto por correo ordinario, sin perjuicio de que se efectúe simultáneamente, a través de procurador, en caso de que la víctima esté personada en la causa. La víctima puede renunciar en

[17] POZA CISNEROS, en Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de formación continuada, 1999.

[18] Extraído de la página web:
http://www.juecesdemocracia.es/asociados/comisiones/penal/penas/NOTIFICACION%20LIQUIDACION%20PENA%20DE%20ALEJAMIENTO.PDF. Consultado el 21/7/2020.

cualquier momento a su solicitud de ser notificada. Si reside fuera de la UE y no dispone de correo electrónico la notificación se realizará por vía diplomática o consular. Dichas resoluciones podrán ser recurridas si se encontrase personada.

En caso de delitos de violencia de género la notificación de las medidas relativas a la prisión, libertad o la fuga del condenado así como la modificación de las medidas cautelares, se notificarán siempre a la víctima, salvo renuncia (art. 7.3 LEVD). Concretamente, se le informa de que podrá proporcionar un número de teléfono móvil para recibir notificaciones sobre la ejecución de la sentencia vía SMS, así como una dirección de correo electrónico.

Hay que tener siempre en cuenta que con arreglo al art. 7.4 LEVD debe facilitarse siempre a la víctima información sobre el estado del procedimiento si así lo solicita y no entorpece su normal desarrollo".[19]

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de este capítulo hemos podido comprobar la importancia que conlleva la correcta realización de las notificaciones en la fase de ejecución del proceso penal. Pero más particular aún, qué es lo que se entiende por una correcta notificación. Si debe hacerse de manera personal al condenado o, por el contrario, bastaría que se hiciese a través de su representación procesal. De esta forma, habiendo escogido como línea argumental del capítulo las distintas fases (ordenadas cronológicamente) que componen la ejecutoria penal, así como las distintas resoluciones que se dictan en el seno de la misma (distinguiendo, a su vez, entre las que tienen carácter suspensivo y las que no), podemos concluir que tanto la liquidación de la pena como el consiguiente requerimiento para su cumplimiento son actuaciones que se deben notificar personalmente al condenado, pues al fin y al cabo, son éstas las actuaciones a las que se refiere el apartado 2º del art. 182 de la LECrim. Y también el auto que acuerda la suspensión de la pena en aquellos casos en los que ésta estuviera condicionada, por las razones que ya se han estudiado. Para el resto de actuaciones o resoluciones, en principio, bastaría con que se notificara a través de la representación procesal del condenado.

A través de la recopilación de la doctrina y jurisprudencia que se ha hecho, se puede observar que siguen existiendo discrepancias en algunos aspectos, lo que provoca problemas a la hora de afrontar la práctica de en los distintos Juzgados y Tribunales. Como hemos visto, la mayoría de esta problemática se centra en los supuestos de suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

[19] RUIZ SIERRA, Actas del XVIII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, 2017.

Por último, la importancia de las notificaciones a las víctimas en la fase de ejecución es un aspecto que no se debe olvidar pues no sólo es un derecho reconocido en la Ley sino que, además, es un aspecto que podría afectar a su seguridad.

BIBLIOGRAFÍA

GALLEGO MARTÍNEZ, Aplicación práctica de la suspensión de penas privativas de libertad, Foro FICP, 2017-1.

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución de las penas privativas de libertad, Diario La Ley, 8688, 25 de enero de 2016.

GÓMEZ RECIO, Notificaciones y citaciones al imputado en el proceso penal, Diario La Ley, 8454, 8 de enero de 2015.

LUDEÑA BENÍTEZ, Algunos aspectos polémicos de la conformidad "premiada" del art. 801 de la LECRIM: los modos de obtenerla y la competencia inicial para la ejecución de la pena, Revista Noticias Jurídicas, Sección Procesal Penal, Conocimiento, 1 de marzo de 2007. Extraído de http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4259-algunos-aspectos-polemicos-de-la-conformidad-amp;8220;premiadaamp;8221;-del-art-801-de-la-lecrim:-los-modos-de-obtenerla-y-la-competencia-inicial-para-la-ejecucion-de-la-pena/. Consultado el 7/7/2020.

MAGRO SERVET, La prescripción de la pena, cuando se ha acordado la suspensión de la ejecución, ¿se interrumpe?, La Ley Penal, 82, mayo de 2011.

MAGRO SERVET, No requerimiento al condenado en los casos de condena de orden de alejamiento: SAP Alicante, Sección 1.ª, 19 junio 2012, La Ley Penal, 2012.

ORTEGA CALDERÓN, Los actos de comunicación en la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad: reflexiones tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 96/17 de 17 de julio, Revista El Derecho, Sección Tribuna, 29 de septiembre de 2017.

POZA CISNEROS, Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del Código Penal, en Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

PUENTE SEGURA, Suspensión y sustitución de las penas, edición n.º 1, Editorial LA LEY, Madrid, diciembre de 2009.

RUIZ SIERRA, Estatuto de la Víctima del Delito: aspectos procesales, Actas del XVIII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León, 2017. Disponible en: https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/03/Ruiz-Sierra.-Comunicaci%C3%B3n.pdf. Consultado el 22/7/2020.

VELASCO NÚÑEZ, Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, Revista El Derecho, Boletín de Derecho de la Circulación El Derecho, 8, 1 de junio de 2007.

* * * * * *

Sebastián Cerezo Cano

Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 (Familia) de Terrassa. Tutor de Derecho Procesal Penal en la Universidad Nacional a Distancia (UNED) de Barcelona. Socio de la FICP.

~La suspensión de la pena de prisión por solicitud de indulto~

Sumario.- I. Concepto y consideraciones generales. 1. Marco normativo y naturaleza del indulto. 2. Clases de indulto. 3. Procedimiento: legitimación, iniciación, tramitación y finalización. 4. Concesión, motivación y publicidad II. Suspensión de la ejecución de la condena de la pena de prisión durante la tramitación del indulto. 1. La suspensión de la pena: Introducción. 2. Suspensión de la pena por petición de indulto cuando del cumplimiento de la misma pudiera resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. 3. Suspensión de la pena por petición de indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria. III. Efectos de la concesión del indulto. IV. El control del indulto. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES.

El indulto al igual que la amnistía son manifestaciones del anacrónico derecho de gracia (prerrogativa concedida al Rey, en cuanto reminiscencia del poder absoluto del monarca, pero materialmente ejercidas por el poder ejecutivo o legislativo) que en el Código Penal de 1973 estaban incluidas entre las causas de extinción de la responsabilidad penal. El actual Código Penal no incluye la amnistía entre las causas de extinción mientras el indulto continúa estando previsto como causa de extinción[1].

El indulto como institución jurídica implica la extinción de la responsabilidad penal, lo que supone el perdón de la pena, pero no del delito, de forma que la persona sigue siendo culpable, si bien se le ha perdonado el cumplimiento de la pena principal y de las accesorias que lleva anexas (aunque no siempre en caso de inhabilitación o suspensión). Ahora bien, el indulto nunca comprende la extinción de la responsabilidad civil, ni de las costas procesales, ya que no puede afectar a derechos de terceras personas, ni de otros efectos colaterales, como la cancelación de los antecedentes penales, los cuales persistirían al reconocimiento del indulto.

Conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Ley del Indulto a la que posteriormente me referiré, podrán ser indultados los reos de toda clase de delitos "de toda o parte de la pena en que hubiesen incurrido", exceptuándose según lo dispuesto en el artículo 2 a "1.º Los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme. 2.º Los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena. 3.º Los reincidentes en el mismo o otro cualquiera

[1] Art. 130.1.4º del Código Penal, de 23 de noviembre de 1995.

delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúa, sin embargo, el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador hubiera razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia". Asimismo conforme al artículo 3 es posible la concesión de indulto, aunque concurra la circunstancia de reincidencia respecto a los condenados por los delitos comprendidos en el Código Penal referidos a rebelión, delitos contra la Corona, delitos contra las instituciones del Estado, delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales y sedición.

La Ley no establece restricción alguna, por lo que al margen de la de su oportunidad concreta, pueden indultarse toda clase de delitos, y en consecuencia también los delitos imprescriptibles como el genocidio, los delitos de lesa humanidad, los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado o los delitos de terrorismo causantes de muerte.

1. Marco normativo y naturaleza del indulto.

La institución jurídica del indulto aparece mencionada tres veces en el Código Penal. La primera en el artículo 4.3 cuando afirma que el Juez o Tribunal "Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo".

La segunda en el artículo 4.4 para señalar que "Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada (…)".

Finalmente, el artículo 130.1 del Código Penal establece que "La responsabilidad criminal se extingue: 4.º Por el indulto".

También se menciona el indulto en los artículos 666.4ª y 675 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al incluir al indulto como cuestión u excepción objeto de

artículo de previo pronunciamiento y su efecto en caso de prosperar, consistente en el sobreseimiento libre de la causa y en la puesta en libertad al procesado o procesados que no estén presos por otra causa.

En la Constitución Española de 1978, también se recogen diversas alusiones a la institución del indulto, prescribiendo el artículo 62 que "Corresponde al Rey: (…) i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales (…)".

En segundo lugar, el artículo 87.3 para señalar que "Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia".

Y la última en el artículo 102 al indicar que "1. La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno (…) 2. Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones (…) 3. La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo".

Finalmente la concesión del indulto aparece regulada en la Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero, sobre regulación del indulto y por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. Igualmente se menciona en el artículo 206 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, en cuanto a un supuesto concreto de tramitación para penados que durante dos años hayan cumplido determinadas circunstancias extraordinarias.

En cuanto a su naturaleza jurídica, debe partirse de la base de que en la institución jurídica del indulto participan los tres poderes del estado. Así es el Poder Judicial, a través de sus Jueces y Tribunales, es el que dicta la oportuna resolución judicial de condena y lo hace conforme a la normativa aprobada por el Parlamento como órgano en el que reside la soberanía popular, mientras que al Gobierno le corresponde decretar el indulto, con independencia de que su S.M. el Rey, en su condición de Jefe de Estado y

en ejercicio de su función integradora, sea al que le corresponde ejercer la oportuna prerrogativa.

Si bien puede argumentarse que el indulto es un acto de administración de Justicia y en consecuencia de naturaleza jurisdiccional, conforme a lo dispuesto en el artículo 117.3 de nuestro texto constitucional, puesto que el derecho de gracia se ejecuta "indispensablemente" por el Tribunal Sentenciador[2], lo cierto es que siendo la finalidad del indulto la de acercarse a la justicia material en el caso concreto frente a las consecuencias negativas que se hayan podido derivar de la aplicación estricta de la norma por parte de los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de su función y siendo la Justicia un valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico, los poderes, y entre ellos el ejecutivo, están constreñidos a su realización a través de los mecanismos que pone a su disposición el Estado de Derecho, entre los cuales se encuentra el indulto, por lo que siendo finalmente un órgano ejecutivo quien lo acuerda y ordena de forma discrecional, es por lo que debe concluirse que el indulto excepciona claramente el principio de separación de poderes a través de una facultad discrecional operada por el Gobierno de la Nación, el cual puede anular o modificar el fallo de un Juez o Tribunal Sentenciador, interfiriendo en consecuencia en una de las funciones propias del Poder Judicial, como es la de Administrar Justicia, lo cual resulta bastante insólito en la actualidad en el que la soberanía reside en el pueblo y donde la igualdad es igualmente un valor superior del ordenamiento jurídico español. En el mismo sentido el artículo 4. 4 del Código Penal ya que supone una clara excepción al principio general de ejecución de las sentencias y de la labor de los jueces de hacer ejecutado lo juzgado, consignado en la Constitución Española.

Así el Tribunal Supremo ha indicado que la naturaleza del indulto es la "acto graciable", sobre el que no cabe aplicar la legislación del procedimiento administrativo, pues no es una competencia administrativa[3] sino un acto de poder emanado de un órgano ejecutivo. Refiere además que se trata de una actuación individual, excepcional y discrecional del gobierno que "no tiene, ni cuenta, con la naturaleza de acto administrativo"[4].

[2] Art. 31 de la Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto.

[3] Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2010 (F.J.2º)

[4] Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 (F.J.6º)

2. Clases de indulto.

Atendiendo a los beneficiarios del indulto, tradicionalmente se distingue entre indulto general e indulto particular. Dicha clasificación hoy en día no tendría razón de ser, por cuanto el artículo 62.i de nuestra Constitución excluye expresamente la posibilidad de concesión de indultos generales. Sin embargo, ocurre, que se han dado algunos casos, como el acaecido el 1 de diciembre de 2000, en el que se otorgaron de una sola vez 1.443 indultos rotulados como particulares, los cuales fueron denunciados como un verdadero indulto general encubierto.

Según las clases enunciadas en el artículo 4 de la Ley del Indulto y atendiendo a los efectos que se derivan de la citada institución podemos establecer la siguiente clasificación:

a) Indulto total: Comprende la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado el reo y que aún no hubieren sido cumplidas por éste. El indulto total tiene carácter excepcional conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Ley del Indulto, ya que se limita su concesión "a los penados tan solo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador".

b) Indulto parcial: supone la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas en las que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el sujeto. Una modalidad del indulto parcial es la conmutación de la pena o penas impuestas por otras u otras menos graves, pudiendo ser esta conmutación dentro de la misma escala de penas o en una inferior si existieran méritos suficientes. En el caso de que el Tribunal sentenciador no apreciase la concurrencia de las razones de urgencia, conveniencia o utilidad pública, el artículo 12 de la Ley del Indulto permite solamente la concesión del indulto parcial.

Por el momento procesal en el que se otorga el indulto puede éste ser anterior a la sentencia condenatoria o posterior, si bien la propia Ley del Indulto admite sólo el segundo a exceptuar del indulto en su artículo 2.1º a "los procesados criminalmente que no hubieran sido aún condenados por sentencia firme"

Por las condiciones de su otorgamiento, el indulto puede ser condicionado o incondicionado, dada la posibilidad recogida en el artículo 16 de la Ley del Indulto de imponer al penado condiciones para la concesión del indulto. En efecto, en algunas

ocasiones, la concesión del indulto está subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones, como por ejemplo a que el condenado no vuelva a cometer un delito, normalmente doloso en un plazo de tiempo determinado; por ejemplo a que el sujeto no abandone el tratamiento o programa que tiene iniciado hasta alcanzar su plena rehabilitación o por ejemplo a que el sujeto hubiese pagado la indemnización fijada en la sentencia.

Por último, según el solicitante, el indulto puede ser a iniciativa particular u oficial, tal y como a continuación se expondrá al tratar el tema de la legitimación.

3. Procedimiento: legitimación, iniciación, tramitación y finalización.

El procedimiento para solicitar y conceder la gracia del indulto viene contenido en el capítulo III de la Ley de Indulto.

Conforme al artículo 19, están legitimados para solicitar el indulto "los penados, sus parientes o cualquiera otra persona en su nombre, sin necesidad de poder escrito que acredite su representación", por lo que puede solicitarse, incluso, sin conocimiento del propio penado, del que no será necesario exigir su consentimiento y conforme al artículo 20 en relación con los apartados 3 y 4 del artículo 4 del Código Penal, también pueden solicitarlo otros sujetos que forman parte de la Administración de Justicia o que participan en el seno de la misma, como el Tribunal sentenciador, el Tribunal Supremo o cualquiera de sus fiscales. Para el caso de que no solicitaran el indulto ninguno de los sujetos anteriormente referenciados, aún cabe la posibilidad excepcional, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley del Indulto, de que el Gobierno, por propia iniciativa, sea quien ordene formar el oportuno expediente. Finalmente, una modalidad especial no contemplada en la Ley del Indulto es la que reconoce a las Juntas de Tratamiento de los Establecimientos Penitenciarios, previa propuestas de sus equipos técnicos, conforme a lo establecido en el artículo 206 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, el poder solicitar al Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación del indulto particular de sus internos, en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años, una serie de circunstancias consistentes en una buena conducta, el desempeño de una actividad laboral normal por el penado, útil para la preparación de la vida en libertad y su extraordinaria participación en actividades de reeducación y reinserción social. En este último caso, el Tribunal Constitucional ha permitido que el propio Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (JVP) o el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria (JCVP),

en su caso, proponga directamente el indulto particular al Ministerio de Justicia, cuando la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario se niegue a proponerlo al JVP o al JCVP[5].

La solicitud de indulto, en la que debe constar toda la información relativa a la causa judicial y al condenado, no precisa de intervención de Abogado, lo que excluye la posibilidad de que el interesado, solicite la designación de uno de oficio para que le asesore y su tramitación se determina en los artículos 22 a 30 de la Ley del Indulto.

El destinatario final de todas las solicitudes de indulto será el Ministerio de Justicia, a quien corresponde la formación del expediente y su tramitación, pudiendo los particulares presentar su petición directamente ante el Registro General del Ministerio de Justicia y en cualquiera de los Registros de la Administración General del Estado o a través del Tribunal sentenciador, del establecimiento penitenciario en que estuviese interno el penado o ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia en que el penado se hallare cumpliendo condena (Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia y en cualquiera de los Registros de la Administración de las Comunidades Autónomas y en las Corporaciones Locales que hayan suscrito el Convenio de Ventanilla Única), según los respectivos casos.

Una vez iniciado el expediente por el Ministerio de Justicia, según disponen los artículos 23 a 28 de la Ley del Indulto, se requerirá de forma preceptiva informe del Tribunal sentenciador, el cual lo emitirá, de un lado, tras recabar informe sobre la conducta del penado del establecimiento penitenciario en que cumpla condena, o del Gobernador de la provincia (Subdelegado del Gobierno) de su residencia si la pena no consiste en privación de libertad y, de otro lado, tras efectuar previo traslado al Ministerio Fiscal y a la parte perjudicada por el delito si la hubiere.

En dicho informe el Tribunal sentenciador deberá hacer constar la edad del penado, su estado, profesión, fortuna, méritos, antecedentes, procesos pasados y condenas, cumplimiento de las mismas o indultos anteriores, agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que hubiere sufrido durante la causa, la parte de la condena que hubiese cumplido, signos de arrepentimiento, la existencia o no de parte ofendida, y todos los datos útiles que puedan servir para el esclarecimiento de los hechos y contendrá un dictamen del

[5] Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2002, de 16 de septiembre (F.J.5º).

Tribunal sobre la conveniencia o no y forma de la concesión del indulto. Este informe del Tribunal sentenciador no tiene carácter vinculante, pudiendo decidir el Gobierno lo que estime oportuno, sea favorable o no al indulto el informe realizado. Junto con dicho informe el Tribunal sentenciador remitirá al Ministerio de Justicia la hoja histórico-penal del penado y el testimonio de la sentencia ejecutoria del penado.

En referencia a la tramitación, tendrán una consideración preferente, de un lado, los que sean tramitados al amparo del actual artículo 4.3 del Código Penal siempre y cuando los informes del Ministerio Fiscal, establecimiento penitenciario y del ofendido no se opusieran al criterio del Tribunal, y de otro lado, los expedientes calificados de especial urgencia o importancia (normalmente los casos más mediáticos debido a la presión social). En todo caso, no existe un plazo mínimo para conceder el indulto. No obstante, el artículo 6 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, indica que "1. Los procedimientos a los que dé lugar el ejercicio del derecho de gracia habrán de ser resueltos en el plazo máximo de un año, pudiendo entenderse desestimadas las solicitudes cuando no haya recaído resolución expresa en el indicado plazo". De otra parte, el apartado primero de la Orden Ministerial de 10 de septiembre de 1993, por la que se dan instrucciones sobre la tramitación de solicitudes de indulto, permite que se pueda prolongar el tiempo de tramitación durante el plazo de 6 meses a partir de la recepción de los informes preceptivos.

4. Concesión, motivación y publicidad.

El artículo 30 de la Ley del Indulto, tras la reforma por Ley 1/1988, de 14 de enero, establece que. "La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto, que se insertará en el "Boletín Oficial del Estado".".

La decisión, pues sobre la concesión o denegación del indulto corresponde tras su deliberación correspondiente al Consejo de Ministros por Real Decreto, tras recibir la propuesta elaborada por el Ministerio de Justicia y su concesión se atribuye al Rey, conforme a lo previsto en el artículo 62 de la Constitución Española, que enumera entre sus funciones: i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales, debiendo dicho Real Decreto ser publicado en el Boletín oficial de Estado, siendo el Tribunal sentenciador a quien se confía,en todo caso, la ejecución del indulto, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley del Indulto.

El hecho de que la Ley del Indulto, no exige formalmente motivar los indultos, (pues solo exige que obedezca a razones de justicia, equidad o utilidad pública, fijando como límite (artículo 15), que la concesión no cause perjuicio a tercero), al contrario de la redacción del artículo 30, dada con anterioridad a la reforma de 1988, el cual establecía que "La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros, que se insertará en la Gaceta" provoca situaciones perturbadoras, como la del indulto parcial otorgado por el Gobierno el 23 de noviembre de 2012, en contra de los informes del Tribunal sentenciador (la Audiencia Provincial de Barcelona), del Ministerio Fiscal, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de más de 200 jueces que firmaron un comunicado lamentando su concesión en un supuesto de condena de 4 miembros de la Fuerza Policial Autonómica por delitos contra la integridad moral, torturas y lesiones o el indulto concedido a un kamikaze, condenado a una pena de 13 años de prisión, que con su conducta, consistente en conducir en sentido contrario por una autopista, provocó la muerte de un joven de 21 años.

Si bien puede pensarse que resulta incompatible que el indulto deba ser motivado con un derecho absolutamente graciable, entiendo que su decisión no puede ser completamente arbitraria por parte del Gobierno, no pudiendo este limitarse a plasmar la justificación de los indultos en el boletín Oficial del Estado con la fórmula "visto el expediente", especialmente y como mínimo en aquellos supuestos en que la concesión de los indultos sean contrarios a la postura del Ministerio Fiscal y del Tribunal sentenciador.

Según el Tribunal Supremo los acuerdos del Consejo de Ministros sobre las solicitudes de indulto son recurribles en súplica ante el mismo órgano decisor y en alzada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Finalmente debe destacarse que conforme a lo dispuesto en el artículo 102 de la Constitución Española no es posible indultar los delitos de traición y contra la seguridad del Estado cometidos por el Presidente del Gobierno o sus Ministros.

II. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA CONDENA DE LA PENA DE PRISIÓN DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL INDULTO.

1. La suspensión de la pena: Introducción.

El efecto más relevante sin duda alguna de la tramitación de un expediente de

indulto puede ser el de la suspensión de la pena, que en su caso, estuviese cumpliendo el reo.

La regla general consistente en que la sentencia penal ha de ejecutarse en cuanto la misma haya alcanzado su firmeza, viene consagrada, de un lado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 988, y, de otro en el artículo 32 de la Ley del Indulto, al dejar claro que la solicitud o propuesta de indulto no suspende el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, con una única excepción consistente en que la pena impuesta sea la de muerte. Actualmente, la alusión a la pena de muerte ha de entenderse completamente desterrada, al no existir ese tipo de pena en el Código Penal, tras ser derogada conforme a la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra. La ejecución de la pena, es pues la regla general, tal y como asimismo lo confirma la redacción del artículo 4.3 del Código Penal. Sin embargo, a continuación, el artículo 4.4 del mismo texto legal viene a establecer dos claras excepciones a dicha regla al exponer la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena, de mediar petición de indulto, de un lado, si fruto de tal petición pudiese resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y, de otro, si la ejecución de la sentencia pudiese hacer ilusoria la finalidad del indulto.

Tal y como afirma GARCÍA SAN MARTÍN[6], estamos ante un supuesto de excepción a la regla general de ejecución inmediata de las sentencias penales.

En todo caso, conviene aclarar que en los dos supuestos contemplados, la mera solicitud del indulto no es causa suficiente para suspender directamente la condena de la pena privativa de libertad, pues bastaría con la solicitud automática del mismo para impedir el cumplimiento de una sentencia judicial firme, lo que no sólo no es conforme a derecho sino que supone limitar la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado prevista en el artículo 117.3 de la Constitución Española.

En el mismo sentido se han pronunciado diversos autores como MUÑOZ CUESTA o como MAGRO SERVET, los cuales indican que la petición de indulto en caso alguno puede motivar automáticamente la suspensión de la ejecución de la pena hasta que la gracia instada sea resuelta. Igualmente, la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/1994, de 19 de julio, sobre la posibilidad de suspensión del inicio de la ejecución de

[6] GARCÍA SAN MARTIN, J. Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad, 2015, pp. 97 y ss.

condenas penales ante una solicitud de indulto[7] al concluir en su apartado segundo que "A tenor de los arts. 32 de la Ley del Indulto y 2.2 del Código Penal la simple iniciación de un expediente de indulto no lleva aparejada automáticamente la suspensión de la ejecución de la condena".

De otro lado, el Tribunal Constitucional, en la STC 109/2013, de 6 de mayo, (FJ 4º), ha declarado, en relación a la suspensión de la pena durante la pendencia de la resolución del indulto, 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 (…)".

2. Suspensión de la pena por petición de indulto cuando del cumplimiento de la misma pudiera resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

El párrafo primero del artículo 4. 4 del Código Penal dispone que "Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena pudiera resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición de indulto formulada".

En este caso el fundamento radica en una suerte de compensación a través de la vía del indulto de los perjuicios con los que se hubiera visto afectado el reo por un proceso por dilaciones indebidas.

La cuestión será delimitar que debe entenderse por "dilaciones indebidas", en cuanto derecho fundamental recogido en el párrafo primero del artículo 24. 2 de la Constitución, a fin de no generar inseguridad jurídica.

Como derecho fundamental se recurre frecuentemente a él para interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, existiendo diversa jurisprudencia al respecto y si bien tanto el Tribunal Supremo (entre otras SSTS de 28 de diciembre de 1999, 28 de enero de 2005; 11 de septiembre de 2007 o 25 de mayo de 2011), el Tribunal

[7] Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/1994, de 19 de julio, sobre la posibilidad de suspensión del inicio de la ejecución de condenas penales ante una solicitud de indulto. Referencia: FIS-Q-1994-00001

Constitucional (STC 223/1988, de 24 de noviembre) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 20 de diciembre de 2011 –caso Minshall contra el Reino Unido) consideran que se trata de "un concepto jurídico indeterminado", lo cierto es que la jurisprudencia ha venido fijando criterios a tomar en consideración a la hora de determinar la concurrencia o no de dicha circunstancia de dilaciones indebidas, destacando entre la más reciente jurisprudencia, que se deberá tener en cuenta la naturaleza y circunstancias del litigio concreto, los márgenes ordinarios de duración de los procesos del mismo tipo (salvo cuando las dilaciones se refieran a la fase de ejecución), la conducta procesal correcta de la parte a quien no se le pueda imputar el retraso y la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles.

En el mismo sentido se pronunció la Fiscalía General del Estado en su Consulta 1/1994, de 19 de julio, al recoger los criterios que deben vincular a los Fiscales a la hora de informar sobre la suspensión de la ejecución afirmando en su conclusión cuarta que "El informe del Fiscal sobre la procedencia o no de suspender la ejecución de la pena ante una petición de indulto deberá decidirse caso por caso, tomando en consideración una valoración provisional sobre la prosperabilidad de la petición y los perjuicios que podrían derivarse de no suspenderse la ejecución. Más en concreto, deberán ponderarse, entre otros, los siguientes factores: tiempo transcurrido desde la comisión del delito; existencia de dilaciones indebidas no imputables al penado…", especificándose en su apartado VII al tratar sobre la fecha de los hechos que "Si se trata de un delito lejano en el tiempo y juzgado tardíamente como consecuencia de dilaciones no imputables al penado, estaremos ante un primer criterio que puede aconsejar en algunos casos un informe favorable al indulto, según viene apuntando la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo (sentencia de 10 de julio de 1992, entre muchas otras), como del Tribunal Constitucional (sentencias 381/1993, de 20 de diciembre, 35/1994, de 31 de enero; o 148/1994, de 12 de mayo) y, por ende, la inejecución provisional de la condena". Otros aspectos que se señalan a tener en cuenta en la citada conclusión cuarta son la rehabilitación social del reo, la satisfacción de responsabilidades civiles, si es primera petición o reiteración del indulto y la clase y duración.

Así la STC 381/1993, de 20 de diciembre, afirmaba en su FJ1º, que "alegada la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el recurso de casación, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tras desestimar el recurso, señala en su

fundamento jurídico cuarto lo siguiente: esta Sala, no obstante, entiende que probada la dilación de la tramitación de la causa, próxima a los cinco años, por retención de los autos debida a la representación de uno de los procesados, tal dilación debe ser tenida en cuenta por vía de indulto reduciendo la pena a los límites que permiten la remisión condicional".

De otro lado, hay que tener en cuenta que las dilaciones indebidas también pueden ser apreciadas durante la fase de ejecución de la sentencia condenatoria y no sólo durante el plazo de tramitación de la causa[8].

En definitiva, en caso de concurrir un supuesto de dilaciones indebidas, el cual tiene una gran incidencia en los fines preventivos, general y especial de la pena, y mediara la oportuna solicitud de indulto, el Juez o Tribunal tendrá la obligación de proceder mediante auto motivado a la suspensión de la pena.

3. Suspensión de la pena por petición de indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria.

El segundo de los supuestos de suspensión de la pena ante la petición de indulto viene regulado en el párrafo segundo del artículo 4.4 del Código Penal, el cual establece: "También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva el indulto, cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria".

Aun cuando expresamente el párrafo segundo, del artículo cuarto del Código Penal, a diferencia del párrafo primero, no requiere expresamente que mediara petición de indulto, cabe deducir esta exigencia de la conjunción también y de la expresión mientras no se resuelva sobre el indulto.

Así será el primer presupuesto la concurrencia de una petición de indulto, bien a instancia judicial o particular. El segundo requisito derivado de su expreso objetivo la finalidad de éste del indulto pudiera resultar ilusoria, viene configurado por la concurrencia de dos factores necesarios para evitar que, atendida la duración de la pena impuesta, durante la tramitación del expediente de indulto, aquél quedare sin contenido. Uno de carácter temporal, junto a otro de "previsibilidad", que requiere un "juicio de viabilidad" por el órgano judicial respecto a las posibilidades de éxito de la solicitud de gracia. Si bien la apreciación de la corta duración de la pena impuesta no plantea, ante

[8] Auto Tribunal supremo, de 14 de mayo de 1994.

su objetividad, problemas, el análisis de la probabilidad de su concesión sí que los comporta, máxime en los supuestos de iniciativa particular, al deber ponderarse consideraciones de justicia y equidad, en los que lógicamente la resolución irá pareja.

La jurisprudencia es la que se ha venido encargando de realizar algunas precisiones sobre lo que debe entenderse por el concepto de "ilusoria".

Así el Tribunal Constitucional en su STC 35/1994, de, 31 de enero, afirmaba, en su FJ 5º: "Si el órgano judicial estima que su ejecución puede producir efectos indeseados de cualquier género, el ordenamiento prevé a estos fines mecanismos como el del indulto, apropiado, como se ha dicho antes, para, sin desvirtuar su obligación constitucional de ejecutar lo juzgado y sin desnaturalizar el contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, obtener de una manera jurídicamente correcta el fin de la ejecución de la condena".

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su Auto de fecha 10 de enero de 2001, considera que el indulto es un instrumento que se emplea cuando la aplicación de la normativa vigente se revela como "insuficiente o inidónea para dar una respuesta justa y equitativa al hecho cometido por el reo".

De otro lado, diversas Audiencias Provinciales vienen a sostener que procederá la suspensión de la pena cuando nos encontremos en casos en los que la pena de prisión impuesta no sea superior a los tres años de duración[9]. Otras Audiencias Provinciales vienen a entender que sólo procederá cuando se trate de una pena de duración inferior al año[10] mientras que otras Audiencias Provinciales, sin embargo, basan dicha potestad de suspensión de las penas según las posibilidades de prosperar que a priori pueda tener la solicitud de indulto realizada, de conformidad con la Consulta de la Fiscalía General del Estado anteriormente referenciada[11], la cual afirma que "Para decidir sobre la suspensión de la ejecución habrá que sopesar el perjuicio que podría derivarse de la ejecución de la pena luego dejada sin efecto, su irreparabilidad. El caso más claro son las penas privativas de libertad, por cuanto no podrá ser efectivamente reparado el perjuicio ocasionado por su cumplimiento. Pero también en otros casos (piénsese en algunas penas privativas de derechos) puede llegarse excepcionalmente a una decisión favorable a la suspensión de la ejecución. Y del mismo modo habrá de ponderarse la

[9] AAP de Cantabria, de 21 de diciembre de 2015.
[10] AAP de Guadalajara, de 9 de junio de 2001 y de 24 de mayo de 2017.
[11] Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/1994, de 19 de julio, p.8

duración de las penas cuyo indulto se pretende. Si se trata de penas cortas, habrá que tener un criterio más generoso para la suspensión de la ejecución que si se trata de penas de mayor duración. En el primer caso, no decretar la suspensión supondría frustrar totalmente una eventual concesión del indulto. Y esta apreciación no puede trasladarse al segundo supuesto. Igualmente parece lógico que la suspensión de la ejecución se deniegue si se trata de un penado que estaba ya ingresado en prisión preventivamente en el momento de la sentencia.".

Y si bien, este segundo criterio que analiza el Código Penal en su artículo 4.4 está pensado básicamente para aquellos casos en los que las penas son de corta duración o en las multas u otras penas privativas de derechos, dada la posible larga tramitación del indulto que hiciera después ineficaz su concesión, pues sería absurdo ejecutarlas si después se van a perdonar, lo cierto es que como expone RÍOS MARTÍN, la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria en varios otros casos, como en el transcurso de más de cinco años desde la comisión de los hechos, la reparación del daño causado a la víctima, la superación de las causas sociales y personales que motivaron la conducta delictiva, la finalización de programas de rehabilitación de drogodependencias para los que el cumplimiento de la pena ponga en peligro de consolidación el proceso de recuperación, la voluntad expresa de la víctima de concesión del indulto o la consolidación de un proceso de mediación entre víctima e infractor[12].

De todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que resultaría conveniente evitar automatismos basados en un mero límite cuantitativo de la pena impuesta y así siguiendo a nuestro Tribunal Constitucional al resolver sobre la suspensión de la ejecución al amparo del artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), en criterio plenamente trasvasable a la cuestión que ahora se analiza, establece que deben ponderarse también otras circunstancias relevantes como "la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados y el bien jurídico protegido, su trascendencia social, la duración de la pena impuesta y el tiempo que reste de cumplimiento de la misma, el riesgo de eludir la acción de la justicia y la posible desprotección de las víctimas" (entre otros, AATC 469/2007, de 17 de diciembre, FJ 2; 16/2008, de 21 de enero, FJ 1 y 172/2008, de 23 de junio, FJ 2).

Ambos supuestos de suspensión de la pena previstos ante la solicitud o petición de indulto tienen un elemento en común y es que tal y como viene exigiendo el Tribunal

[12] RÍOS MARTIN, J.C. Cuadernos de Derecho Judicial, 14, 2006, pp. 53 y ss.

Constitucional desde su STC 57/2007, de 12 de enero, la resolución del Juez que acuerde la suspensión por este hecho ha de ser motivada.

Por último, tal y como mantiene la Fiscalía General del Estado en la conclusión quinta de su Consulta 1/1994, de 19 de julio, "La resolución judicial decidiendo la suspensión o no de la ejecución de la condena, que puede ser revisada en cualquier momento, debe adoptar la forma de auto, valorándose en cada supuesto la conveniencia o no de interponer recurso en caso de que la decisión se aparte del informe del Fiscal", el cual será de súplica si se trata de una resolución de un Tribunal o en reforma y queja si el acuerdo ha sido adoptado por un Juzgado de lo Penal[13]

III. EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL INDULTO.

Por medio del indulto, el penado recupera los derechos de que había sido justamente privado por la sentencia, al concedérsele el perdón de la pena impuesta y pueden diferir sus efectos conforme recaigan sobre la pena, sobre las medidas de seguridad, sobre la responsabilidad civil o respecto a terceros.

Así en referencia a la pena, el indulto extingue en parte o en todo la pena impuesta. El indulto total entraña la remisión de todas las impuestas al condenado. El indulto no elimina los antecedentes penales del condenado, de manera que el delito por el que se concede la gracia sigue contando a efectos de reincidencia. Por su parte, el indulto parcial presenta tres posibles formas: a) la remisión de una parte de la pena o penas impuestas; b) la remisión completa de alguna pena, pero no de todas, entre varias impuestas, y c) la conmutación de una pena por otra. Este último es el indulto de opción preferente y dentro de él, la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual (párrafo primero del artículo 12), aunque también podrá conmutarse la pena en otra de distinta escala cuando haya méritos suficientes para ello, a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado, y el penado además se conforme con la conmutación (párrafo segundo del artículo 12).

Debe señalarse que conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley del Indulto es nula y no produce efecto alguno vinculante ni debe ejecutarse por el Tribunal a quien corresponda la concesión del indulto en que no se hiciese mención expresa a lo menos de la pena principal sobre que recaiga la gracia.

[13] Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/1994, de 19 de julio, p.8

Esta mención a la pena principal es relevante en cuanto que el artículo 6 dispone a continuación que "El indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubieren impuesto al penado, a excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a vigilancia de la Autoridad, las cuales no se tendrán por comprendidas si de ellas no se hubiese hecho mención especial en la concesión". Sin embargo, nada impide que se puedan indultar sólo las accesorias o sólo las principales, salvo que sean inseparables por su naturaleza y efectos (artículo 7).

Si la pena indultada es de multa, el indulto eximirá del pago de lo pendiente de la multa que aún no estuviese satisfecho, pero no comprende la devolución de lo ya pagado, a no ser que el indulto lo diga expresamente (artículo 8).

Finalmente, las penas aplicables a las personas jurídicas deben entenderse también indultables.

En cuanto a las medidas de seguridad debe indicarse que el indulto no las afecta, por cuanto su naturaleza parece incompatible con la idea de gracia.

En relación a la responsabilidad civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 párrafo segundo y 9, en ningún caso comprenderá el indulto la responsabilidad civil derivada del delito, que hubiese sido declarada en la sentencia y tampoco se extenderá el indulto a las costas procesales.

Y respecto a los terceros, el indulto no puede afectar a derechos de terceras personas. La audiencia de la parte ofendida o víctima (artículos 15.2 y 24 de la Ley del Indulto), en el marco del informe del Juez o Tribunal sentenciador, debe servir para verificar las necesidades de protección de las víctimas. A ellas no les compete valorar las razones de proporcionalidad, necesidades preventivas o eficiencia que puedan estar presentes, pues aunque cabría postular su carácter de parte interesada, lo cierto es que el Estado es el único titular de la potestad punitiva. De ahí que resulta ciertamente discutible que se las pueda incluir como legitimadas para impugnar la resolución que conceda o deniegue el indulto. Sus pretensiones indemnizatorias y reparadoras en general, incólumes tras el indulto, deben ser debidamente atendidas y es en ese ámbito en el que resulta operativa la previsión legal de que el indulto no les perjudique ni lastime sus derechos (artículo 15.1). Por eso no comprenderá las costas procesales, en las que figuran derechos de defensores, peritos y otras personas ajenas al indulto, que no pueden resultar perjudicadas por su concesión. Igualmente, no se podrá conceder el

indulto por los denominados delitos privados, si previamente no ha otorgado el perdón la parte ofendida por el delito.

IV. EL CONTROL DEL INDULTO.

El indulto, en cuanto acto administrativo con forma de Real Decreto discrecional del Gobierno, y asumir éste su responsabilidad, puede ser objeto de control, debiendo distinguirse entre un control social, un control parlamentario y un control judicial.

En el control social de la concesión del indulto juega un papel fundamental los medios de comunicación, en cuanto que por un lado contribuyen a la formación de opinión por parte de los ciudadanos, y, en menor medida, porque son un instrumento fundamental de denuncia de los abusos que se puedan cometer desde el poder y todo ello sin perjuicio de que no puede obviarse la existencia de intereses empresariales que se encuentran detrás de estos medios de comunicación. El interés de los medios de comunicación, ha provocado que desde comienzos del año 2012 diversos diarios de ámbito nacional o regional hayan prestado una especial atención a los indultos, llevando también a cabo estudios propios, como el publicado por el diario "el País" o informando la sociedad civil acerca de los datos con origen en otros estudios publicados, entre otros, el importante trabajo de la Fundación "CIVIO", disponible desde el 11 de enero de 2013 en su página web, el cual publicó una base de datos con todos los indultos concedidos en España desde 1996, la cual se ha convertido en una eficaz herramienta de rendición de cuentas y control del poder público, hasta el punto de que curiosamente el número de concesiones de indultos ha bajado desde entonces significativamente.

Una segunda modalidad de control es el parlamentario, pues una de las funciones que la Constitución Española atribuye al Parlamento es la del control del Gobierno. Sin embargo, dicho control, obedece únicamente a responsabilidad política, responsabilidad que sólo perdura durante el mandato de investidura del Gobierno en cuestión[14].

Si bien nada impide a los Diputados y Senadores plantear preguntas orales en Comisión, en Pleno o bien preguntas escritas a fin de obtener información sobre la política general de concesión de indultos, lo cierto es que el citado control no obedece más que a criterios de valoración que puede esgrimir el Legislativo en ese momento, de una forma total mente libre, pues basta que el Gobierno no goce de la confianza del Congreso para que le reprochen sus actuaciones en el plano político.

[14] LÓPEZ AGUILAR, J.F. Revista de las Cortes Generales, 37, 1996, pp. 339 y 340.

Además, concretando el control político, debe indicarse que el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, añadió una Disposición adicional a la Ley de 18 de junio de 1870, donde se fijan las reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, estableciendo que: "El Gobierno remitirá semestralmente al Congreso de los Diputados un informe sobre la concesión y denegación de indultos. Para la presentación de los datos contenidos en el citado informe, y previa revisión del mismo, un alto cargo del Ministerio de Justicia solicitará su comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados".

Por último, aunque el indulto es un acto político discrecional del Gobierno, viene contenido en un acto administrativo con forma de Real Decreto, por lo que dada la naturaleza administrativa tanto de los actos como del procedimiento, el control corresponderá a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, concretamente a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (Sala 3ª), conforme a lo establecido en el artículo 12.1, apartado a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al encontrarnos ante actos reglados del Gobierno.

Ahora bien, aunque no existe duda alguna sobre que los aspectos formales de la elaboración de los acuerdos de indulto, esto es, aquellos aspectos reglados del procedimiento, como si se han solicitado los informes preceptivos y no vinculantes que la Ley del Indulto establece, la audiencia de terceros en los casos preceptuados, que la sentencia sea firme, etc…, son perfectamente controlables jurisdiccionalmente, por el contrario se plantea la cuestión compleja consistente en saber si se pueden controlar los defectos de motivación o la valoración de los requisitos de carácter sustantivo, esto es, en definitiva si se puede controlar la concesión en sí misma del indulto.

En diversas sentencias (entre otras, SSTS de 7 de mayo de 2010, 20 de febrero de 2013, 9 de mayo de 2013 y 20 de noviembre de 2013) la Sala Tercera del Tribunal Supremo considera que el control jurisdiccional a realizar se ha de llevar a cabo conforme a los límites legales y constitucionales, a pesar de estar ante actos políticos, sin necesidad de entrar en una fiscalización completa del auto, precisando que el indulto no puede ser ajeno a la fiscalización por parte de los Tribunales, pues aunque la decisión de conceder o no el indulto no es fiscalizable, sin embargo lo que se puede perdonar, esto es el contenido material del indulto, lo marca la Ley y dicho elemento reglado es el que abre la puerta al control jurisdiccional.

Mención especial merece la Sentencia del Pleno de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2013, dictada en el Recurso núm. 13/2013[15] que abordaba la importante cuestión de si el Gobierno en caso de que los informes del Tribunal y del Ministerio Fiscal fuesen contrarios podría igualmente conceder el indulto.

El Tribunal Supremo mantiene en la citada sentencia que "se ha de delimitar el alcance del control jurisdiccional contencioso-administrativo de los acuerdos de indulto, que se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración, esto es, a los aspectos reglados del procedimiento, concretamente, a si se han solicitado los informes preceptivos y no vinculantes que la Ley 1/1988 establece, sin extenderse a defectos de motivación ni, por supuesto, a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo. Los indultos son susceptibles de control jurisdiccional en cuanto a los límites y requisitos que deriven directamente de la Constitución o de la Ley, pese a que se trate de actos del Gobierno incluidos entre los denominados tradicionalmente actos políticos, sin que ello signifique que la fiscalización sea in integrum y sin límite de ningún género, pues esta posición resultaría contraria también a la Constitución.".

En el mismo sentido se pronuncia la más reciente STS de la Sala 3ª, Sección 5ª, núm. 134/2020, de 5 de febrero (FJ 2º).

V. CONCLUSIONES.

La regulación del indulto en España cristalizó en la Ley del Indulto de 1870, que con reformas poco relevantes ha llegado hasta nuestros días, sin que en poco o en casi nada se haya adecuado la Ley a la realidad social actual, permitiéndose su uso por el poder ejecutivo como un instrumento alternativo de justicia, alejada del papel limitado y extraordinario que le corresponde. Así, de un tiempo a esta parte, las peticiones de indulto se han convertido en un trámite casi normal de la fase de ejecución de la sentencia. Es ya práctica habitual que toda persona que tiene que cumplir una pena privativa de libertad, tras agotar todos los recursos jurisdiccionales a su alcance, acuda a la petición de indulto, que se ha convertido así en una modalidad de recurso cuasi ordinario (en realidad una suerte de tercera instancia penal). Dicha instrumentalización del indulto como sistema idóneo para hacer justicia presenta, sin embargo, importantes riesgos y no parece tampoco ser muy compatible con un auténtico Estado de Derecho, al

[15] Cendoj.

pugnar de forma ostensible con la separación de poderes propia de un Estado moderno. Y si bien algunos autores optan por la eliminación de la institución del indulto de nuestro ordenamiento jurídico por ser un obstáculo a la acción de la justicia, especialmente en aquellos supuestos escandalosos referidos a delitos cometidos al amparo del poder, lo cierto es que un uso moderado de los indultos particulares sigue hoy resultando un instrumento idóneo, eficaz y necesario para ajustar el principio de proporcionalidad en casos aislados, atender a la sobrevenida ausencia de necesidades preventivas y responder a inadecuados balances de coste/beneficio en la imposición o ejecución rigurosa de la pena, como lo demuestra por ejemplo el indulto concedido a un ex toxicómano que vendió en su momento dos papelinas. De hecho se trata de una institución plenamente vigente y totalmente generalizada en el derecho comparado.

Por ello el indulto necesitaría ser reformado a fondo de forma urgente a fin de conseguir una mayor judicialización de la institución, en la que se objetiven las pautas y criterios a aplicar; se implante una mayor vinculación a los informes judiciales de los órganos sentenciadores que se emiten en los expedientes, obligando a que el informe del Juez o Tribunal sentenciador sea favorable, para conceder el indulto; se imponga el deber de motivación en las resoluciones que los resuelven y que ésta sea pública, tal y como viene exigiendo el Tribunal Supremo desde hace años; y se aplique un mayor control jurisdiccional sobre las decisiones finales, tanto en lo que atañe al aspecto procesal del trámite del indulto al régimen de impugnación que resuelva la determinación de los legitimados para recurrir, como a las razones sustantivas en que el poder ejecutivo fundamente el otorgamiento y la denegación de la medida de gracia y establecer controles más estrictos, con comparecencias públicas en el Congreso de los Diputados, rindiendo cuenta sobre las razones de cada indulto y todo ello a fin de que deje de usarse de forma arbitraria, evitando la consideración de cálculos políticos a corto plazo, garantizando el principio de igualdad de trato de situaciones semejantes y sin que constituya un instrumento sistemático de elusión de decisiones legislativas o judiciales.

BIBLIOGRAFÍA

CENDOJ, Base jurisprudencial del Consejo General del Poder Judicial.

CONSULTA núm. 1/1994 de 19 de julio de la Fiscalía General del Estado.

FLIQUETTE LLISO, EF, El indulto: un enfoque jurídico-constitucional Tesis Doctoral. Universidad Miguel Hernández, Elche, 2015.

GARCÍA SAN MARTÍN, J. Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad, Ed. Dykinson, 2015.

GONZALO QUINTERO, O. (Director). Comentarios al nuevo Código Penal, 4ª edición, revisada, actualizada y puesta al día, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2005.

LÓPEZ AGUILAR, JF. Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia. Revista de las Cortes Generales, 37, 1996.

MAGRO SERVET, V. La petición de suspensión de ejecución de la pena por tramitación de indulto. La ley Penal, Sección Práctica Penal, Ed. La Ley, Madrid, 2007.

MUÑOZ CUESTA, J. La petición de indulto como último recurso, Legal Today. Portal Jurídico de Thomson Reuters, 2014.

RÍOS MARTÍN, JC. Las penas y medidas de seguridad. Cuadernos de Derecho Judicial, 14, 2006.

* * * * * *

Sebastián Cerezo Cano

Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 (Familia) de Terrassa. Tutor de Derecho Procesal Penal en la Universidad Nacional a Distancia (UNED) de Barcelona. Socio de la FICP.

~La orden europea de detención y entrega (OEDE)~

Sumario.- I. Introducción. II. Cuestiones generales de la OEDE: 1. Concepto. 2. Legislación aplicable. 3. Características. 4. Naturaleza Jurídica. 5. Fundamentación. 6. Diferencias con la extradición tradicional. III. Ámbito de aplicación de la OEDE. 1. Ámbito territorial. 2. Ámbito temporal. 3. Ámbito material. IV. Autoridades competentes: 1. Para la emisión. 2. Para la ejecución. V. Procedimiento de ejecución: 1. Recepción de la orden por la autoridad de ejecución española. Control inicial. 2. Detención y puesta a disposición judicial del reclamado. Comunicación de una euroorden. 3. Audiencia preliminar sobre la situación personal del detenido y consentimiento a la entrega. 4. Segunda Audiencia sobre causas de denegación o condicionamientos de la entrega. 5. Autorizaciones. 6. Traslado y entrega temporal del reclamado. VI. Decisión sobre la entrega: 1. Motivos de denegación obligatorios. 2. Motivos de denegación facultativos. 3. Efectos del auto que deniega la entrega. 4. Concurrencia de solicitudes. VII. Entrega de la persona reclamada: 1. Entrega condicionada. 2. Entrega suspendida y entrega temporal. 3. Entrega ordinaria. VIII. Ampliación de la OEDE. IX. Entrega ulterior: 1. A una entrega por orden europea. 2. A una extradición. X. Análisis de algunos problemas planteados por la euroorden. XI. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

Los países de la Unión Europea han buscado nuevos instrumentos de cooperación en materia penal internacional que sustituyeran al tradicional procedimiento de extradición, cuya lentitud suponía obstaculizar la tramitación de los expedientes judiciales cuando la persona investigada se encontraba fuera del Estado del órgano judicial que investigaba la comisión de un delito o pretendía ejecutar una resolución y todo ello con el fin de incrementar la seguridad jurídica y evitar el solapamiento de distintos textos normativos.

Así, en los últimos años han aparecido nuevos instrumentos a ser utilizados por los Estados que forman parten de la Unión Europea de gran importancia en la lucha contra la delincuencia y la colaboración entre los Estados, basados en el principio de reconocimiento mutuo y confianza recíproca, destacando, entre otros, la denominada Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE), también conocida como Orden de Detención Europea o Euroorden, la cual empezó a aplicarse por los países miembros de la Unión Europea que habían incorporado la Decisión Marco a su ordenamiento interno a partir del 1 de enero de 2004[1].

[1] Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. La Ley 8343/2002, art.31.

II. CUESTIONES GENERALES DE LA OEDE.

1. Concepto.

La Orden Europea de Detención y Entrega es un instrumento de cooperación jurídica en materia penal simplificado y transfronterizo utilizado en el ámbito de la Unión Europea el cual fue concebido sobre la idea de que entre los países de la Unión Europea existe una confianza recíproca en el buen hacer de sus Jueces y Tribunales y de sus legislaciones, siendo todos respetuosos con los principios de libertad, democracia, estado de Derecho y respeto por los derechos fundamentales en el sometimiento al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

El artículo 34 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea contiene una definición de OEDE, al señalar que "La orden europea de detención y entrega es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad o medida de internamiento en centro de menores", todo lo cual presupone la existencia de un procedimiento judicial ya finalizado, el cual dio lugar a una resolución que debe cumplirse.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha afirmado respecto de la OEDE que este instrumento de reconocimiento mutuo en materia penal "pretende, a través del establecimiento de un nuevo sistema simplificado y más eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de la comisión de un hecho delictivo, facilitar y acelerar la cooperación judicial de cara a la consecución del objetivo atribuido a la Unión Europea de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el elevado grado de confianza que debe existir entre los Estados miembros" [2].

2. Legislación aplicable.

La Orden Europea de Detención y Entrega viene regulada: a) en la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados Miembros,

[2] STJUE, Gran Sala, de 5 de abril de 2016, asuntos C-404/15 (La Ley 115842/2016) y C-659/15 PPV: Aranyosi y Caldanaru, La Ley: Unión Europea, núm. 40, Año IV, La Ley, Madrid, 2016 ap.76.

modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, que ha suprimido el artículo 5, apartado 1 e insertado un nuevo artículo 4 bis sobre las resoluciones dictadas a raíz de juicio s celebrados sin comparecencia del imputado (este instrumento jurídico si bien no es directamente aplicable por las autoridades judiciales españolas conforme a lo dispuesto en el artículo 34, apartado 2, letra b) del Tratado de la Unión Europea, en su versión anterior al Tratado de Lisboa, sirve, sin embargo, a efectos interpretativos de las leyes dictadas en España y que a continuación me referiré); b) Deben asimismo tenerse en cuenta las declaraciones realizadas por algunos Estados miembros con ocasión de la adopción de la Decisión Marco; c) En el derecho español su regulación fue recogida en la Ley 3/2003, de 14 de marzo sobre la orden europea de detención y entrega. BOE 65/2003, de 17 de marzo, así como en la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega. BOE 65/2003, de 17 de marzo y d) La Ley 23/2.014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, reformada por la Ley 3/2018, de 11 de junio, y que ha derogado la Ley 3/2003, estableciendo un nuevo procedimiento a la OEDE por el que se refuerzan las garantías jurídicas y se mejora su aplicación práctica, así como la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la anterior y de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio.

3. Características.

La orden europea constituye un título judicial unificado para los Estados miembros de la Unión Europea, que se basa en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal y que se cumplimenta siguiendo un formulario normalizado que la Decisión Marco incorpora en su anexo, sin que deba acompañarse ninguna otra documentación adicional.

Como afirma POZO PÉREZ, "la orden europea de detención y entrega es, al mismo tiempo, una orden de búsqueda, captura, detención y entrega" de la persona reclamada[3], por cuanto el Estado de emisión va a realizar diversas peticiones al Estado de ejecución a través de una única solicitud.

Las características generales de la OEDE pueden resumirse de la siguiente manera: a) Ámbito espacial: se aplica en todos los países que forman parte de la Unión Europea; b) Judicialización: se prescinde de la intervención de la autoridad política, de

[3] POZO PÉREZ, M. del, Diario la Ley, 2005, p.12.

forma que el mecanismo de la OEDE es exclusivamente judicial; c) Homogeneización: el requisito necesario para su emisión es el mismo en todos los países de la UE, esto es, la existencia de un procedimiento penal contra la persona respecto de quien se va a emitir la orden; d) Armonización: se trata de un instrumento que va a ser utilizado por todos los Estados miembros; e) Simplificación: Se cumplimenta siguiendo un único y sencillo formulario, sin que deba acompañarse documentación adicional, ni siquiera el título que justifica la orden emitida; f) Celeridad: la decisión final debe adoptarse en unos breves plazos máximos según el reclamado consienta o no la entrega, los cuales pueden ser excepcionalmente ampliados y g) Flexibilidad: El procedimiento es flexible gracias a la introducción de mecanismos como la posibilidad de que consienta la persona reclamada o de trasladar temporalmente a la persona buscada, que prevén expresamente los artículos 13 y 18, respectivamente de la Decisión Marco.

4. Naturaleza Jurídica.

La OEDE es un procedimiento esencialmente de naturaleza judicial, tanto en las formas, en cuanto que parte de una resolución de tipo judicial y se sigue de forma contradictoria ante los órganos jurisdiccionales que intervienen en su emisión y recepción, como en su finalidad, porque persigue el cumplimiento de la resolución judicial previa de la que parte.

Así, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en el sentido de entender que los aspectos sustantivos de su doctrina sobre el procedimiento de extradición son "plenamente trasladables al procedimiento de la euroorden" (STC 83/2006, FFJJ 3 y 5). Esta posición se basa en el entendimiento de que ambos procedimientos poseen elementos comunes. En efecto, no se ventila en ellos algún tipo de responsabilidad derivada de la culpabilidad del sujeto (STC 177/206, FJ 2) ni tienen "como objeto una pretensión punitiva del Estado" (STC 83/2006, FJ 5); antes al contrario, en ellos "simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado". En ambos casos, pues, se trata de "un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado" (STC 30/2006, de 30 de enero, FJ 4)[4].

[4] Cendoj.

5. Fundamentación.

El sistema de la orden de detención europea se fundamenta, según ya se ha adelantado, en el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, tal y como es de ver a lo largo de todo el articulado de la Decisión Marco. No obstante, ocurre que dicho principio no ha sido integrado de una forma total en la OEDE, puesto que los Estados miembros aún no han logrado superar las barreras de la desconfianza que genera, especialmente, la disparidad de legislaciones y el temor a la amenaza de la soberanía de cada Nación y prueba de ello es que el reconocimiento por parte de la autoridad de ejecución no es totalmente automático, lo que ha provocado cierto desconcierto en algunas autoridades judiciales de emisión, tal y como más adelante se explicará.

6. Diferencias con la extradición tradicional.

Con la Euroorden desaparecen los motivos de denegación habituales en los procedimientos de extradición, como los relativos al principio clásico de no entrega de nacionales o a la consideración de los delitos como delitos políticos. Asimismo con la OEDE se prescinde de la intervención de la autoridad política, evitando injerencias políticas en las decisiones, permitiendo que la persecución internacional de los delitos tenga lugar directamente entre las autoridades judiciales de los países involucrados, hasta el punto de que los Gobiernos de cada país intervendrán única y exclusivamente para prestar apoyo técnico, en especial para procurar la traducción de la Orden de detención al idioma del país en el que deba ser ejecutada.

Otras importantes diferencias entre ambos procedimientos, son: a) que en el caso de la OEDE los plazos son más estrictos que en la extradición, pues en principio la entrega ha de realizarse en un plazo máximo de 60 días tras la detención, reduciéndose a 10 días si el interesado consiente la entrega; b) que en un principio, en lo que respecto a 32 categorías de delitos en la OEDE no está presente el requisito de la doble incriminación penal, que suele ser condición en los procedimientos de extradición; c) que ante una OEDE el Estado miembro no puede negarse a entregar a sus nacionales, a menos que ejecute la pena en su Estado, conforme al derecho interno; d) en el caso de la OEDE los motivos de denegación son muy limitados, en comparación con los que habitualmente suelen encontrarse en los convenios de extradición; e) la OEDE plantea una tramitación más simple y un soporte documental menos complejo, lo que hace que se trate de un procedimiento más ágil y eficaz que el de extradición y finalmente f) que

las garantías que puede solicitar el Estado miembro de ejecución se encuentran más reguladas en el caso de la OEDE, que en el de la extradición.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA OEDE.

1. Ámbito territorial.

La orden europea de detención y entrega se aplica a todos los países que forman parte de la Unión Europea, excluyéndose por tanto a Noruega e Islandia, aunque participen del convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y sobre Gibraltar con ciertas particularidades, pues a pesar de que fue incluido en el artículo 33.2 de la Decisión Marco dictada por el Consejo Europeo, lo cierto es que no es un Estado ni forma parte autónoma de la Unión Europea, por lo que en la práctica debe regirse por lo dispuesto en el "Régimen acordado sobre autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la Unión Europea y de la Comunidad Europea y Tratados Conexos", contenido en el documento del Consejo 7998/00 JAI 45 MI 73, por lo que cuando un órgano jurisdiccional español dicte una OEDE solicitando la entrega de una persona que se encuentre en la colonia británica de Gibraltar, deberá enviarla a la autoridad competente del Reino Unido.

2. Ámbito temporal.

La OEDE se aplica a partir del día 1 de enero de 2004, según lo dispuesto en el artículo 34 de la Decisión Marco reguladora de la orden de detención europea respecto de aquellos Estados que incorporaron la Decisión Marco a su ordenamiento interno, lo que cumplieron dentro del plazo de adaptación de su ordenamiento jurídico únicamente sólo 8 de los 15 Estados inicialmente destinatarios, entre los que se encontraba España, todo lo cual explica el retraso en la aplicación del sistema de la OEDE por otros países, como el caso de Italia que no tuvo el sistema operativo sino hasta el 14 de mayo de 2005 o de otros Estados que se convertirían en destinatarios posteriormente con su entrada en la Unión Europea.

3. Ámbito material.

La orden europea de detención y entrega, para ser emitida, tal y como se especifica en el artículo 34 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, ya referenciado, requiere de la existencia de un previo proceso penal contra una persona, ya sea para su enjuiciamiento o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, o medida de internamiento en régimen cerrado, en el caso de los menores de

edad, lo que implica que deberá haberse dictado una sentencia nacional firme, una orden de detención nacional o una resolución similar previamente y de forma independiente a la OEDE.

El legislador al delimitar el ámbito material de aplicación de que delitos debían ser tratados por el mecanismo de la OEDE y cuáles quedarían excluidos, optó por el criterio de la duración de la pena prevista para el delito del que se trate, estableciendo un sistema dual, tal y como se deduce de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 23/2024, de 20 de noviembre, exigiéndose distintos requisitos, según el delito por el que se emite la orden se halle o no comprendido dentro del listado de 32 categorías que recoge el artículo 20.1 de la citada Ley. Las categorías delictivas que integran la referida lista tienen que ver con delitos penados con al menos tres años de privación de libertad en el país de expedición, como por ejemplo, pertenencia a organización delictiva, terrorismo, pornografía infantil, entre otros…

Así en el caso de entrega a una persona por cualquiera de los delitos comprendido en el listado referenciado, la Ley exige que estén castigados en la legislación del país que lleva a cabo la reclamación con una pena o medida de seguridad privativa de libertad, o con una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor cuya duración máxima sea, al menos, de 3 años, sin importar si la detención se ordena para enjuiciamiento o cumplimiento de condena. Respecto de estas 32 categorías delictivas se elimina el requisito de la doble tipificación que exige que estos delitos se encuentren tipificados como tal en las legislaciones penales de los Estados emisor y ejecutor, de forma que el único parámetro de referencia es la Ley del Estado emisor. Debe tenerse en cuenta que el Consejo Europeo podrá, por unanimidad y en virtud de previa consulta al Parlamento Europeo, añadir otros tipos delictivos.

Pero si el delito no se encuentra incluido en el listado del artículo 32 de la Ley, entonces el mínimo punitivo fijado por el legislador varía en función de la finalidad de la detención. Así, cuando la orden hubiese sido emitida para enjuiciamiento, será preciso que el delito esté castigado, según la legislación del Estado emisor, con una pena o medida de seguridad privativa de libertad o medida de internamiento en régimen cerrado de un menor de edad, que tenga una duración máxima de al menos 12 meses, atendiendo a la pena en abstracto y si la orden ha sido emitida para el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privada de libertad o medida de internamiento en régimen cerrado de un menor de edad, es necesario que ésta sea superior a 4 meses. En

estos casos en que el delito no se encuentra integrado en la citada lista de 32 categorías delictivas, además de la exigencia del mínimo punitivo también se exige el requisito de la doble tipificación penal o de doble incriminación, conforme al principio de legalidad, esto es, se requiere que los hechos que son delito en el Estado requiriente, también sean considerados como delictivos en el Estado requerido, si bien tal y como se desprende del tenor literal del artículo 47.2 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, que emplea el verbo condicional "podrá", la ausencia de este requisito configura una causa facultativa de denegación, pero en ningún caso imperativa.

IV. AUTORIDADES COMPETENTES:

1. Para la emisión.

La autoridad competente para emitir una orden será la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para dictar una orden de detención y entrega europea en virtud del Derecho de ese Estado y que respecto a España, conforme a lo dispuesto en el artículo 35.1 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, corresponderá al "Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes".

2. Para la ejecución.

La autoridad competente para ejecutar una orden europea de detención y entrega será la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución que sea competente para ejecutar la orden de detención europea en virtud del Derecho de ese Estado y que para España, según lo establecido en el artículo 35.2 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre en relación con lo dispuesto en los artículos 88 y 96.2 de la LOPJ, "será el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. Cuando la orden se refiera a un menor la competencia corresponderá al Juez Central de Menores".

A partir de la entrada en vigor de la nueva Ley 23/2014, de 20 de noviembre, la competencia que la anterior Ley, 3/2003, de 14 de marzo, atribuía a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para resolver aquellos casos sobre la entrega si la persona reclamada no consentía la entrega o si el Ministerio Fiscal advertía la existencia de causas de denegación o condicionamiento a la entrega han desaparecido.

Por último, en desarrollo de lo previsto en el artículo 7.1 de la Decisión Marco en relación con lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, corresponde al Ministerio de Justicia ser la Autoridad Central competente a fin de prestar asistencia a las autoridades judiciales.

V. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN:

1. Recepción de la orden por la autoridad de ejecución española. Control inicial.

Recibida directamente una orden europea en el Juzgado Central de Instrucción, éste deberá comprobar si el formulario cumple con todos los requisitos formales y materiales contenidos en el artículo 36 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, esto es, si conforme a lo dispuesto en el artículo 17 el mismo ha sido traducido al español, suspendiendo el procedimiento en caso contrario y comunicándoselo así a la autoridad judicial emisora a quien devolverá la orden para que la remita en el más breve plazo posible, salvo que un convenio con el Estado emisor o una declaración depositada ante la Secretaria General del Consejo de la Unión Europea permita el envío del formulario en otra lengua. Asimismo deberá comprobar si en el formulario enviado por la autoridad judicial emisora se expresa la información mínima a que hace referencia el artículo 36 consistente en: "a) La identidad y nacionalidad de la persona reclamada; b) El nombre, la dirección, el número de teléfono y de fax y la dirección de correo electrónico de la autoridad judicial de emisión; c) La indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza prevista en este Título; d) La naturaleza y tipificación legal del delito; e) Una descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona reclamada; f) La pena dictada, si hay una sentencia firme, o bien, la escala de penas que establece la legislación para ese delito; g) Si es posible, otras consecuencias del delito".

La citada Ley, permite en sus artículos 19 y 30 que la autoridad judicial de ejecución pueda solicitar información adicional a la emitida, la cual será preceptiva, cuando la orden no contenga todos los extremos del citado artículo 36 y facultativamente, cuando es necesaria información complementaria para verificar si concurren causas de denegación o condicionamiento a la entrega, para lo cual el Juez Central de instrucción fijará un plazo para que la autoridad judicial emisora presente de nuevo el formulario, lo complete o modifique o para que aporte la información complementaria requerida.

2. Detención y puesta a disposición judicial del reclamado. Comunicación de una euroorden.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 50.1 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, modificado por el artículo único 16 de la Ley 3/2018, de 11 de junio, "La detención de una persona afectada por una orden europea de detención y entrega se practicará en la forma y con los requisitos y garantías previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la legislación en materia de responsabilidad penal de menores", por lo que la persona detenida tiene, entre otros, el derecho de información, a la asistencia letrada y a ser asistido por intérprete.

La OEDE puede llegar al Juzgado Central de Instrucción o al Juzgado Central de Menores bien directamente a través de la autoridad judicial del Estado emisor, que conoce el paradero de la persona reclamada, en cuyo caso no es necesario que por parte de la autoridad judicial española se emita a su vez una orden de detención del reclamado, bastando con dar traslado de la OEDE a los cuerpos y fuerzas de seguridad para que la cumplan, al ser ésta directamente ejecutiva, o bien puede ser transmitida vía SIRENE/INTERPOL, por la puesta a disposición de la persona detenida por parte de las autoridades policiales, cuando se ignore cuál es el paradero de la persona reclamada.

Cuando la OEDE es recibida por error por un Juez que no resulta competente, comunicará de inmediato su existencia y la transmitirá de oficio al Juzgado Central de Instrucción o de Menores, informando de ello a la autoridad judicial de emisión.

3. Audiencia preliminar sobre la situación personal del detenido y consentimiento a la entrega.

Según lo dispuesto en el artículo 50.2 de la Ley, "En el plazo máximo de setenta y dos horas tras su detención, la persona detenida será puesta a disposición del Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. En el caso de menores de edad, a partir de los catorce años, el plazo se reducirá a veinticuatro horas, en el que el menor detenido será puesto a disposición del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, conforme a la legislación en materia de responsabilidad penal de menores. La puesta a disposición judicial será comunicada a la autoridad judicial de emisión", estableciendo a continuación el apartado 3 del mismo precepto que "Puesta la persona detenida a disposición judicial, se le informará de la existencia de la orden europea de detención y entrega, de su contenido, de su derecho a designar a un abogado en el

Estado emisor de la orden europea cuya función consistirá en prestar asistencia al abogado en España facilitándole información y asesoramiento, de la posibilidad de consentir en el trámite de audiencia ante el juez y con carácter irrevocable su entrega al Estado emisor, así como del resto de los derechos que le asisten…".

La persona reclamada en esta Audiencia preliminar estará asistida pues de Letrado y en su caso de intérprete y estará presente en la misma el Ministerio Fiscal (artículo 51.1), tratándose en la misma varias cuestiones distintas. Así, se oirá a la persona detenida si consiente o no en ser entregada y si renuncia o no al principio de especialidad, el cual garantiza que la persona entregada no podrá ser procesada, condena o privada de libertad en el país reclamante por una infracción cometida antes de su entrega, distinta de la que hubiera motivado ésta y se escuchará a las partes acerca de la posible concurrencia, o no, de causas de denegación o condicionamiento de la entrega y sobre medidas a adoptar en orden a la situación personal de la persona reclamada.

Contra la decisión que acuerde el Juzgado Central de Instrucción cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 53.4 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre y en el artículo 65.4º de la LOPJ.

Conviene destacar que antes de la entrada en vigor de la Ley 23/2014, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional aludía a la posibilidad de celebrar la comparecencia del artículo 51.1 para tratar de las cuestiones anteriormente referenciadas a través de videoconferencia, así como de practicar vía exhorto la comparecencia del detenido a los fines del artículo 505 de la LECRM, cuando razones materiales impidan su traslado a la Audiencia Nacional dentro de los plazos legales, pero lo que no cabe es la celebración por exhorto de la comparecencia para escuchar a la persona detenida sobre el resto de cuestiones[5].

En el caso de que la persona reclamada consiente en ser entregada y el Juez Central de Instrucción no advierte causas de denegación o condicionamiento, acordará mediante auto su entrega, contra el que no cabe recurso alguno (artículo 53.4).

[5] Acuerdo de Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2010, en el expediente gubernativo núm. 14/2010.

4. Segunda Audiencia sobre causas de denegación o condicionamientos de la entrega.

De no existir consentimiento, conforme a lo dispuesto en los apartados 5 a 8 del artículo 51 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, se convocará a las partes a una segunda vista en el plazo máximo de 3 días, que versará sobre la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento de la entrega, pudiendo las partes proponer los medios de prueba relativos a la concurrencia de dichas causas de denegación o condicionamiento de la entrega y tras su práctica el juez resolverá sobre la entrega mediante auto contra el que cabe recurso de apelación directo ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

5. Autorizaciones.

Cuando la persona reclamada goza de un privilegio o inmunidad de jurisdicción o de ejecución en el Estado miembro de ejecución que impide que la misma pueda ser detenida sin la autorización previa de una autoridad externa al presente procedimiento, la autoridad española de ejecución debe abstenerse de practicar la detención de la persona reclamada, distinguiendo el artículo 31 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, dos supuestos distintos, según la inmunidad la hubiese otorgado el Estado de ejecución o hubiese sido concedida por otro estado u Organismo Internacional. En ambos casos y mientras se resuelve la cuestión quedaran en suspenso los plazos para la tramitación de la OEDE. Para el caso de que finalmente no se concediera el suplicatorio debería denegarse la ejecución de la OEDE por archivo por sobreseimiento libre de las actuaciones.

6. Traslado y entrega temporal del reclamado.

El Juez Central de Instrucción podrá acordar, excepcionalmente, cuando el motivo de la orden sea el ejercicio de acciones penales contra la persona reclamada, la toma de declaración del mismo por la autoridad judicial de emisión, la cual se desplazará a España o el traslado temporal de la persona reclamada al Estado de emisión, en espera de la decisión sobre la entrega. Las condiciones y duración del traslado serán las que se acuerden con la autoridad judicial de emisión. Lo que no parece posible, según el tenor

literal de la norma, "es que el Juez Central de Instrucción niegue al estado reclamante al menos la realización de una de las dos opciones previstas" en el artículo 52 de la Ley[6].

VI. DECISIÓN SOBRE LA ENTREGA:

Conforme a lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 el artículo 54 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, "2. Si la persona reclamada consiente la entrega, la resolución judicial deberá adoptarse en los diez días siguientes a la celebración de la audiencia. 3. Si no media consentimiento, el plazo máximo para adoptar una resolución firme será de sesenta días desde que se produjera la detención. 4. Cuando por razones justificadas no se pueda adoptar la decisión en los plazos señalados, éstos podrán prorrogarse por otros treinta días".

1. Motivos de denegación obligatorios.

Según lo dispuesto en los artículos 32, 33 y 48 de la Ley 23/2014, podemos distinguir los siguientes motivos de denegación obligatorios de la entrega de la persona reclamada: a) Minoría de edad (artículo 48.1 e)); b) Indulto (artículo 48.1.a)); c) Sobreseimiento libre (artículo 48.1 b)); d) Cosa Juzgada y non bis in ídem (artículo 32.1.c) y artículo 48.1 c) y d); e) Prescripción (artículo 32.1.b)); f) Que el formulario o el certificado que ha de acompañar la solicitud de adopción de las medidas esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto o no responda a la medida, o cuando falte el certificado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 (artículo 32.1.c)); g) Que exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución (artículo 32.1.d)) y h) Condena en ausencia (artículo 33.1).

Por último y aunque el legislador español optó por no trasponer como causa de denegación en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, las torturas, los tratos inhumanos ni la vulneración de derechos fundamentales, los cuales deben ser respetados, según se hacía referencia en los considerando 10, 12 y 13 del preámbulo de la Decisión Marco sobre la OEDE en relación al artículo 1, apartado 3, lo cierto es que a la vista de que diversos Estados miembros de la Unión Europea se enfrentan a demandas o han resultado condenados por dicha causa por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

[6] GÓMEZ-RODULFO DE SOLÍS, A. Ponencia: "La ejecución de la orden europea de detención y entrega. OEDE PASIVA." Actividad: "Jornada sobre la orden europea de detención y entrega", 6 de abril de 2017, p. 13.

en caso de que se acreditara fehacientemente las mismas, dicha causa de denegación resultaría también obligatoria[7].

2. Motivos de denegación facultativos.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 33. 2 y 3 de la ley 23/2014, de 20 de noviembre, se distinguen los siguientes motivos de denegación facultativos: a) Ausencia de doble incriminación (artículo 33.2); b) Competencia del Estado de ejecución (artículo 33.3); c) Litispendencia (artículo 48.2 a)); d) Nacionalidad (artículo 48.2 b)) y e) Extraterritorialidad (artículo 48.2.c).

Mención especial requiere la causa de denegación facultativa prevista en el artículo 33.3 de la Ley, consistente en que el derecho español considere que los hechos fueron cometidos en su totalidad o bien en una parte fundamental en territorio español, habiendo dictado varias resoluciones la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que consagran el principio de la necesidad de atribuir el conocimiento de la causa al órgano judicial que disponga del núcleo de las evidencias[8].

3. Efectos del auto que deniega la entrega.

El auto que deniega la entrega sólo tendrá efectos de cosa juzgada cuando se deniegue la entrega por la apreciación de motivos de fondo.

4. Concurrencia de solicitudes.

En caso de que una persona fuese reclamada por más de un Estado miembro de la Unión Europea, conforme a lo establecido en el artículo 57 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, deberá resolver directamente la autoridad judicial española de ejecución, esto es el Juez Central de Instrucción. Sin embargo, en caso de concurrir una orden europea de detención y entrega con una solicitud de extradición, la autoridad judicial deberá suspender el procedimiento y remitirá las actuaciones al Ministerio de Justicia para que, como Autoridad Central, proponga la resolución procedente al Consejo de Ministros. Por último, en caso de concurrencia entre una orden europea y una solicitud de entrega de la Corte Penal Internacional se resolverán de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional y el artículo 90 del Estatuto de la Corte Penal Internacional,

[7] STJUE, Gran Sala, de 5 de abril de 2016, asuntos C-404/15 (La Ley 115842/2016) y C-659/15 PPV: Aranyosi y Caldanaru, La Ley: Unión Europea, núm. 40, Año IV, La Ley, Madrid, 2016 ap.104.

[8] Auto de la Sección Tercera de 27 de enero de 2009 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

hecho en Roma el 17 de junio de 1998 (instrumento de ratificación de 19 de octubre de 2000).

VII. ENTREGA DE LA PERSONA RECLAMADA:

1. Entrega condicionada.

Conforme a lo establecido en el artículo 55 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, deben distinguirse las siguientes condiciones que el Estado de ejecución, a modo de garantía, puede exigir al Estado emisor: a) En caso de que la resolución hubiese sido dictada en ausencia de la persona reclamada debe garantizarse que la misma tendrá derecho a que se revise su caso, bien a través de recurso o bien a través del ejercicio del derecho a un nuevo juicio (artículo 55.1); b) En caso de cadena perpetua o una medida equivalente, debe garantizarse que el Estado de emisión tenga dispuesto en su ordenamiento una revisión de la pena impuesta o la aplicación de medidas de clemencia (artículo 55.1) y c) Cuando la persona reclamada para su enjuiciamiento sea de nacionalidad española o sea residente en España y quiera cumplir en España la pena o medida de seguridad privativas de libertad que pudiere pronunciar en su contra el Estado de emisión de la OEDE. (artículo 55.2).

2. Entrega suspendida y entrega temporal.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, cuando la persona reclamada tenga proceso pendiente o condena pendiente de cumplimiento ante la jurisdicción española por un hecho distinto del que motive la orden europea, la autoridad judicial de ejecución española, aunque haya resuelto dar cumplimiento a la orden podrá suspender la entrega de la persona reclamada hasta la terminación del proceso o el cumplimiento definitivo de la condena. En esas condiciones, la figura de la entrega temporal permite que la persona reclamada sea entregada provisionalmente a la autoridad judicial de emisión que haya emitido la orden, evitando así que la entrega pueda dilatarse por los procesos internos pendientes o por el cumplimiento de la pena impuesta. Para ello, la autoridad de emisión podrá presentar una solicitud a la autoridad judicial de ejecución por cualquier medio que permita dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado de ejecución establecer su autenticidad. Las condiciones de la entrega temporal se formalizarán por escrito con la autoridad judicial del Estado de emisión y tendrán carácter vinculante para todas las autoridades judiciales españolas.

3. Entrega ordinaria.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, la persona reclamada deberá ser entregada lo antes posible, en una fecha acordada entre las autoridades implicadas, debiendo ser entregada a más tardar 10 días después de la decisión definitiva sobre la ejecución de la OEDE. Cuando por cualquier circunstancia ajena al control de alguno de los Estados miembros afectados impida entregar a la persona reclamada dentro del plazo que establece el apartado 2 del precepto referenciado, las autoridades judiciales de ejecución y de emisión se pondrán inmediatamente en contacto y acordarán una nueva fecha para la entrega, la cual tendrá lugar dentro de los 10 días siguientes a la nueva fecha acordada. De forma excepcional podrá suspenderse con carácter provisional la entrega de la persona reclamada por motivos humanitarios graves.

VIII. AMPLIACIÓN DE LA OEDE.

Conforme al principio de especialidad, la persona entregada no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiera motivado ésta. En dichos supuestos, según lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, el Estado de emisión deberá pedir la autorización del Estado de ejecución, emitiendo una nueva orden europea. Para ello el Juez Central de Instrucción, una vez oído el Ministerio Fiscal y el Abogado de la persona reclamada deberá adoptar una decisión sobre si concede o no dicha autorización en un plazo máximo de 30 días. Sin embargo, no será necesario obtener dicha autorización por parte del estado de Ejecución en los siguientes supuestos: a) cuando la persona reclamada haya renunciado al principio de especialidad, sea ante la autoridad judicial de emisión o de ejecución (artículo 60.4 a) y b)); b) cuando la persona reclamada permanezca voluntariamente en territorio del Estado emisor durante 45 días después de su puesta en libertad o haya vuelto a dicho territorio después de haber salido de él, pues se entiende que la misma ha consentido tácitamente (artículo 60.4 c)) y c) cuando los hechos por lo que va a ser enjuiciada la persona reclamada o por los que ésta debe cumplir condena no estén sancionados con pena o medida de seguridad privativa de libertad (artículo 60.4 d) e) y f)).

IX. ENTREGA ULTERIOR:

La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, también regula en sus artículos 61 y 62 las

entregas y extradiciones ulteriores referentes a aquellas situaciones que se dan cuando la persona sobre la que se ha acordado la OEDE es reclamada por un tercer Estado por un delito cometido con anterioridad a la misma.

1. A una entrega por orden europea.

La Ley distingue en su artículo 62 según España sea el Estado de emisión de la primera orden europea y de ejecución de la extradición, o según España sea el Estado de ejecución de la orden europea y que da el consentimiento a la extradición.

2. A una extradición.

El artículo 61 establece el procedimiento que debe seguir España como Estado solicitante del consentimiento para entregar a un Estado miembro de la Unión Europea de una persona que le ha sido extraditada desde un tercer Estado, disponiendo como forma y contenido de la solicitud de consentimiento las establecidas en el convenio aplicado para la extradición de la persona reclamada.

X. ANÁLISIS DE ALGUNOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA EUROORDEN.

Atendiendo a los problemas de aplicación de la OEDE es de obligado cumplimiento hacer referencia a un caso de actualidad sobradamente conocido en el que España se habría visto agraviada por una actuación de un Tribunal Alemán, quien tras efectuar un control minucioso sobre la OEDE emitida por nuestro Tribunal Supremo decidió rechazar la detención y entrega del expresidente de la Generalitat de Catalunya, Carles Puigdemont, por un delito de rebelión, cuando lo que se esperaba es que la OEDE fuera ejecutada automáticamente, sin dilación, ni consideración alguna en cuanto a las cuestiones de fondo, lo que ha provocado que por parte de diversos operadores jurídicos se hubiese valorado la posible ineficacia de este instrumento jurídico.

Esa expectativa generada responde a un concepto idealizado que no coincide plenamente con lo que es una OEDE en nuestros días. En efecto, si bien es cierto que el mecanismo de la euroorden descansa sobre el principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea, también lo es que dicha confianza mutua es "relativa", porque el nivel de protección de los derechos del sujeto reclamado por una OEDE no es similar en todos los países de la Unión Europea. De ahí que varios Tribunales de ejecución de varios países se nieguen a ejecutar algunas OEDE, al ir más

allá de la simple comprobación de los requisitos formales del formulario que trasmite la decisión de la autoridad judicial de emisión.

Así lo ha confirmado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en varias resoluciones al mantener que la Decisión Marco no contiene una lista exhaustiva de causas de denegación de la OEDE[9] y que existen motivos para poner en suspenso el mecanismo de entrega de personas que no están en el elenco de los artículos 3 a 5 de la Decisión Marco, como por ejemplo ante la violación grave y persistente por parte de uno de los Estados miembros de los principios contemplados en el artículo 2 TUE o por la infracción de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 1.3 de la Decisión Marco[10].

En el caso concreto objeto de análisis, el delito de rebelión no es ninguno de los enumerados en los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Decisión Marco, por lo que de conformidad a lo establecido en el apartado 4 del mismo artículo, se plantea el problema de la doble y recíproca calificación entre las legislaciones concurrentes del Estado emisor y de ejecución. Pues bien en Alemania el delito equivalente al delito de rebelión español es el de Alta Traición, teniendo en común ambos delitos el que para realizar la conducta delictiva debe concurrir violencia o amenaza de violencia y el Tribunal Alemán en su día dictó auto por el que excluía la entrega del expresidente por el cargo de rebelión, por entender que conforme a las pruebas que constaban en la euroorden y complementarias, no concurría en los hechos denunciados la violencia necesaria exigida por el delito alemán y en consecuencia que los hechos denunciados, según el Derecho vigente al tiempo del suceso en la República Federal Alemana no eran punibles. Es decir, la autoridad judicial ejecutora no se limitó exclusivamente a comprobar si ese tipo penal existía o no en su propio ordenamiento, sino que también llevo a cabo un análisis del carácter delictivo de las acciones cometidas conforme a su propia norma y es que la falta de un adecuado entendimiento de la norma lleva a no reparar que, no se está solicitando la entrega de una persona por la calificación jurídica efectuada, sino por los hechos denunciados.

Actualmente, tras dictarse la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 459/2019, de 14 de octubre de 2019, sobre la causa del denominado “Procés”, el

[9] STJUE, Sala Quinta, de 29 de junio de 2017, asunto C-579/15, Daniel Adam Poplawski.

[10] STJUE, Gran Sala, de 5 de abril de 2016, asuntos C-404/15 (La Ley 115842/2016) y C-659/15 PPV: Aranyosi y Caldanaru, La Ley: Unión Europea, núm. 40, Año IV, La Ley, Madrid, 2016 ap.74 y ss.

Magistrado de la citada Sala del TS, Pablo Llarena Conde, dictó nuevo auto emitiendo orden europea e internacional de detención y entrega del expresidente de la Generalitat de Catalunya, así como del exconsejero Toni Comin, esta vez por los delitos de sedición y malversación de caudales públicos, acordando su búsqueda e ingreso en prisión. El juez belga encargado de resolver la euroorden cursada mantiene actualmente suspendida la orden de detención y entrega a la espera de la decisión que adopte el Parlamento Europeo sobre el levantamiento de su inmunidad como europarlamentarios.

XI. CONCLUSIONES.

A pesar de los problemas de aplicación que la OEDE viene planteando en los distintos Estados, sin duda se trata de un instrumento que ha resultado válido y eficaz en la cooperación judicial internacional en el ámbito de la Unión Europea y sin perjuicio de que pueda ser mejorado, ha logrado varios de los objetivos que inicialmente pretendía, como es la celeridad en la entrega de personas reclamadas por otro Estado dentro de la Unión Europea, para la investigación de hechos delictivos o para la ejecución de resoluciones de los Tribunales penales.

Cierto es que el reconocimiento mutuo en la OEDE no implica una adhesión automática e inquebrantable a los pedimentos de otro país y que aún siguen existiendo motivos de denegación, algunos obligatorios, que darán lugar, sin lugar a dudas, a una respuesta negativa por parte de la autoridad de ejecución, y otros facultativos, sobre los que se otorga cierto margen de discrecionalidad a estos órganos judiciales, lo que significa lógicamente que la aplicación del principio de reconocimiento mutuo no es, todavía, absoluto, ya que siguen existiendo ciertas reticencias y desconfianzas entre los Estados, pues sus legislaciones y sistemas judiciales aún siguen siendo distintos y, en muchas ocasiones, desconocidas para el resto. Sin ir más lejos, España ofrece un sistema orgánico judicial y procesal nada homogéneo con el resto de sistemas imperantes en los países de la Unión Europea. Así por ejemplo, de un lado, la subsistencia de la figura del Juez de instrucción resulta actualmente residual en la gran mayoría de los socios europeos, siendo así que lo corriente es que este tipo de cuestiones las resuelvan los Tribunales a instancia de las autoridades de investigación, que suelen ser los Fiscales, y de otro lado, la figura de los aforamientos es igualmente insólita en la mayoría de los países de la Unión Europea.

Por ello considero que la imposición de un reconocimiento plenamente automático no sería la opción más acertada. Se trataría de un cambio muy brusco y un objetivo demasiado ambicioso teniendo en cuenta estas circunstancias, lo cual no sería bien recibido por parte de varios Estados.

La OEDE seguirá evolucionando al mismo tiempo que lo haga la confianza mutua entre los Estados miembros, al tratarse de un proceso que avanza mucho más lento que la colaboración en otros ámbitos, por lo que todavía queda mucho trecho por recorrer para que exista una auténtica y eficaz cooperación en materia judicial penal entre los países integrantes de la Unión Europea.

Por ello sería altamente recomendable y muy deseable que ante la falta de acuerdo por el momento de una posible armonización, fuera revisado el principio de reconocimiento mutuo para mejorar la actuación entre las autoridades judiciales de emisión y de ejecución de los Estados miembros.

BIBLIOGRAFÍA.

ALCACER GUIRAO, R. La protección de los derechos fundamentales en la extradición y la Euroorden, Cizur menor, Aranzadi, 2015.

BAUTISTA SAMANIEGO, C. Aproximación crítica a la orden europea de detención y entrega, Ed. Comares, 2015.

Cendoj, base jurisprudencial del Consejo General del Poder Judicial.

GÓMEZ-RODULFO DE SOLÍS, A. La ejecución de la orden europea de detención y entrega. OEDE PASIVA. Ponencia en la Actividad: "Jornada sobre la orden europea de detención y entrega", 6 de abril de 2017.

OLLÉ SESÉ, M y GIMBERNAT DÍAZ, F. Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos y degradantes STJUE, Gran Sala, de 5 de abril de 2016, asuntos C-404/15 (La ley 115842/2016) y C-659/15 PPU: Aranyosi y Caldanaru, La Ley: Unión Europea, núm. 40, Año IV, Madrid 2016.

POZO PÉREZ, M. Del. La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea, Diario la Ley, 2005.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C. La trilogía del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida, Revista Penal, núm. 45, enero 2020.

VV.AA., Manual Europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas, Comisión Europea, Bruselas, 28 de septiembre de 2017. www.europa.eu.

* * * * * *

Prof. Bernardino Díaz Rodríguez

Abogado fiscal sustituto de la provincia de Guadalajara. Profesor asociado de Derecho penal, Univ. Carlos III de Madrid. Socio de la FICP.

~La autoría~

I. INTRODUCCIÓN

Para determinar quién son los responsables criminales de los delitos debemos partir de la regulación de nuestro Código Penal, donde en su Art. 27 establece que "*Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices*"[1].

Si analizamos el resto de los artículos del Título II del Libro I podemos comprobar como los mismos tratan de explicitar quiénes constituyen las distintas categorías de responsables de los delitos y, dentro de cada una de estas categorías, sus diversas peculiaridades.

1. Autor

Al estudiar la figura del autor debemos conocer algún concepto o definición del mismo, así algunos autores como WELZEL consideran autor a "todo aquel que ejecuta la acción, el quien, sin nombre, usado por la ley en la mayoría de los tipos"[2].

Por su parte CEREZO MIR considera que "es autor, en primer lugar, el que realiza el hecho por sí solo"[3].

Ahora bien, para saber quién son los autores tenemos que remitirnos al Art. 28 del Código Penal, donde se recoge expresamente que *"Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado"*[4].

Y del análisis de este artículo podemos concluir que hay cuatro tipos de autores, dos en sentido propio y los dos últimos en sentido analógico, que aquí apuntamos, pero que se desarrollará con más extensión más adelante:

[1] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
[2] WELZEL, H. Derecho Penal, Parte General, 1956, p. 93.
[3] CEREZO MIR, J. Curso de Derecho Penal Español, 2001, p. 211.
[4] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

1. El autor material (directo) que es el que realiza el hecho en solitario o conjuntamente con otros.
2. El autor mediato, que es el que realiza la acción u omisión típicas por medio de otro del que se sirve como instrumento (ejemplo el que utiliza a una persona que actúa por error o el que utiliza a un discapaz). En este caso el sujeto instrumentalizado es el autor inmediato, directo, material.
3. El inductor, es quien induce directamente a otro a ejecutarlo, determina que otra persona lo ejecute.
4. El cooperador necesario, es el que coopera en su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Lo esencial para determinar si una persona tiene o no la condición de autor es determinar si tenía el dominio del hecho. Si, sin la intervención de una persona en un hecho delictivo no hubiera podido realizarse el mismo, tendrá la condición de autor.

2. Cómplice

Por su parte para saber quien es cómplice es necesario traer a colación el Art. 29 del Código Penal, donde se establece que: "*Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*"[5].

II. TEORÍAS UNITARIAS Y DIFERENCIADORAS

1. Teorías unitarias.

Parten del Concepto extensivo de Autor. Para estas Teorías es autor todo aquel que contribuye causalmente a la realización del hecho típico independientemente de la mayor o menor importancia de su contribución. Este concepto de autor parte de la teoría de la Equivalencia de las Condiciones aplicada al problema de la autoría. Si toda condición es causa del resultado producido será autor todo aquel que contribuya a causar este hecho.

Según esta teoría no cabe distinguir entre autores y partícipes[6] porque causalmente todos aportan una condición. Cuando nuestro Código Penal equipara en el art. 28 a inductores, cooperadores y los que los que realizan el hecho parece mantener, en cierto

[5] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

[6] MIR PUIG, S. Derecho Penal Parte General, 10ª edición, 2015, p. 379, "no es posible o no es conveniente distinguir entre autoría y participación, sino que todo sujeto que interviene en un hecho debe ser considerado autor del mismo".

modo, esta teoría unitaria pero no es así sino únicamente a efectos de penalidad. En todo caso, deben rechazarse las Teorías Unitarias porque ofrecen un concepto extensivo de autor. Cualquier contribución al hecho no convierte al que contribuye en autor porque ello produciría una gran ampliación de los tipos penales que va en contra de su función garantista.

2. Teorías diferenciadoras.

Parten de un Concepto restrictivo de autor. Conforme a las teorías diferenciadoras para ser autor no basta con realizar una aportación causa al hecho, sino que esa aportación o contribución debe corresponderse con la descripción típica de la acción realizada.

Se distingue así entre autores y participes, como dos formas punibles pero distintas. En realidad, nuestro Código Penal no mantiene un concepto extensivo de autor sino restrictivo al partir en su art. 27 de diferenciar autores y cómplices y al distinguir en el art. 28 entre distintas formas de contribuir a la realización del hecho delictivo equiparándolos solo a efectos de penalidad.

Las teorías diferenciadoras son mayoritarias en nuestra doctrina y legislación. Es decir, mayoritariamente se distingue entre autoría y participación, pero para lograr plenamente distinguir entre ambas categorías existen fundamentalmente dos teorías. Ambas teorías parten de distinguir entre autor y partícipe por su diversa contribución al injusto.

III. TEORÍAS OBJETIVO-FORMALES

Parten del dato normativo de la tipicidad. Desde esta perspectiva Autor es aquel cuya conducta puede ser considerada directa realización del tipo, cuya conducta coincide con la descrita en el tipo penal.

Autor es el que realiza por si mismo la acción típica y por realizar la acción típica se entiende ejecutar por sí mismo toda o parte de la acción descrita en el tipo penal (basta con iniciar los actos ejecutivos).

Por su parte RODRÍGUEZ MOURULLO, considera que autor en sentido estricto, es aquel que "realiza personalmente la figura delictiva"[7]. Por tanto, la autoría en sentido estricto no se deriva del art. 28 sino que deriva directamente de los tipos de la parte especial y la autoría mediata es posible en la medida en que la conjugación del verbo típico

[7] RODRÍGUEZ MOURULLO, G., La omisión de socorro en el Código Penal, 1966, p. 287.

pueda tener lugar tanto de manera directa como de manera mediata.

Pero debemos destacar que esta Teoría cuenta con algunas objeciones, pues, aunque la redacción del Código Penal en su art. 28 es mejor que la anterior del art. 14 no se explican desde esta teoría algunos casos de coautoría, es decir de realización conjunta del hecho. Lo característico del coautor es que no llega a ejecutar por sí mismo toda la acción sino sólo parte de ella, pero esta contribución puede tener entidad diferente.

Para resolver esta cuestión el Tribunal Supremo creó la Doctrina del acuerdo previo. En base a esta teoría entendía que el previo concierto o acuerdo de los concurrentes les convertía a todos ellos en autores con independencia de cuál hubiere sido su aportación al hecho delictivo concreto. Era suficiente este acuerdo para dar lugar a la autoría, aunque no todos ejecutasen la acción. Esta teoría del acuerdo previo defendida por el Tribunal Supremo fue rechazada unánimemente por toda la doctrina científica como ilegal e inconstitucional. Para ser autor no basta el acuerdo previo se requiere la realización del tipo delictivo (pueden ser en todo caso partícipes).

IV. TEORÍAS OBJETIVO-MATERIALES. LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Las teorías objetivo materiales atienden al valor sustancial de la aportación realizada por la persona al injusto. Autor es quien realiza una aportación al hecho de tal magnitud e importancia que permite, en una apreciación material, imputarle el hecho como propio. Dentro de estas teorías destaca la Teoría del dominio del hecho formulada por WELZEL que se corresponde con el finalismo y es mayoritaria en Alemania.

1. Formulación

Esta teoría parte de que, como señala la teoría objetivo-formal, autor es quien realiza el tipo de la Parte Especial, es decir la conducta descrita por el tipo correspondiente.

a.- Autor es quien ejecuta por sí mismo la acción delictiva descrita en el tipo.

b.- También es autor quien, aunque no ejecuta la acción, tiene el dominio de su realización, es decir, quien domina el curso o realización del hecho.

2. Formas de manifestarse el dominio del hecho

El dominio del hecho puede consistir en:

a) Un dominio de la acción: Autor o autores directos. Aquel que ejecuta por sí

mismo totalmente el tipo doloso (domina la acción).

***b) Un dominio funcional del hecho**:* Coautores en los que se incluye al Cooperador necesario. Quienes concurren a la realización del hecho según una división de funciones acordadas previa o simultáneamente.

Se diferencia con la autoría accesoria, en aquellos casos en los que sin acuerdo previo o simultáneo se coincide con otras personas en la realización del hecho delictivo.

***c) Un dominio de la voluntad*:** Autor Mediato.

V. FORMAS DE AUTORÍA

1. Autoría directa

Como ya veíamos al comienzo de la exposición, de conformidad con el Artículo 28 del Código Penal, "*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos*".

2. Autoría mediata

a) Concepto

Autor Mediato es quien realiza el correspondiente tipo legal utilizando como Instrumento a otra persona que actúa sin saber la relevancia penal de su hecho. El autor mediato no ejecuta por sí mismo el hecho (en sentido material) pero lo realiza instrumentalmente. La persona de la que se sirve como instrumento no es responsable criminalmente responde el autor mediato, el <<hombre de atrás>>.

b) Supuestos

Mayoritariamente, la doctrina y la jurisprudencia españolas suelen admitir los siguientes supuestos de autoría mediata:

1) Instrumento inimputable

Cuando el autor mediato se vale como instrumento de un Inimputable[8], que en la mayoría de los casos consiste en la utilización de un menor de edad, el supuesto plantea el problema de si debe considerarse al que lo utiliza como autor mediato o como inductor. Cabe entonces considerar, a su vez, los siguientes casos de autoría mediata mediante

[8] MAQUEDA ABREU, M.L / Laurenzo Copello, P. El Derecho Penal en Casos, Parte General Teoría y Práctica, 3ª Edición, 2011, p. 165 "Asimismo deben reconducirse a la autoría mediata los casos en que el instrumento actúa *inculpablemente*, por ausencia de alguno de los elementos que fundamentan el juicio penal de culpabilidad. Por ejemplo, cuando el ejecutor material de la orden o la persuasión del hombre de atrás actúa bajo un estado de inimputabilidad del art. 20, nº 1, 2 o 3 CP".

inimputables:

– Si el menor de edad o enajenado actúa inconscientemente, carece de capacidad para adoptar una resolución propia (autor mediato).

– Si actúa conscientemente, es decir, aunque por ley sea inimputable, tiene capacidad para decidir y puede actuar consciente y dolosamente (inductor).

En todo caso, la pena que puede corresponder como Autor mediato o como Inductor es la misma, la distinción es un problema teórico y no práctico.

2) Instrumento con error

El autor mediato se vale como instrumento de una persona que es víctima de un error; son los casos más corrientes. Hay que distinguir, no obstante, los casos de error de tipo, error de prohibición y error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación putativa.

3) Instrumento con fuerza

El autor mediato se vale como instrumento de una persona que actúa por fuerza irresistible. Es un supuesto de atipicidad de la acción del instrumento por fuerza irresistible. Quien ejerce la fuerza es considerado autor mediato del delito doloso.

4) Otros supuestos de autoría mediata

A estos tres supuestos de Autoría Mediata, aceptados mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia, algunos autores añaden los siguientes:

a. Causa de justificación

El instrumento actúa amparado por una causa de justificación real. El instrumento resulta impune pero el hecho es sin embargo delictivo para quien lo manda realizar que responde como autor mediato.

b. Ausencia de ánimo específico

El instrumento actúa sin el ánimo específico que exige el concreto tipo legal. No obstante, en estos casos es difícil que no concurra un supuesto de los de error.

c) Reciente jurisprudencia del tribunal supremo del autor mediato

La figura de la autoría mediata se analiza, recientemente en la sentencia 507/2019, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec 1473/2018 de 25 de Octubre de 2019.

El recurso de una de las recurrentes, en su motivo segundo, se articulo con respecto al artículo 849.1 LEC, por infracción de los preceptos 28 y 144 CP, ya que entiende que la acusada no ha practicado aborto alguno a la testigo protegida X, haciendo el Tribunal una interpretación sui generis del tipo penal.

3. Coautoría

a) Requisitos coautoría

Acción conjunta, imputación recíproca, dominio funcional compartido y desviación de acontecimientos previsible.

b) Elementos de la Coautoría

a.- Ejecución del hecho en común.

b.- Aportación necesaria o esencial.

c.- Común acuerdo.

Coautores son los descritos en parte del primer párrafo del art. 28 y en el punto b) del mismo precepto:

a.- Los que realizan el hecho conjuntamente.

b.- Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

c) Pactum scaeleris

"Con respecto al denominado pactum scaeleris la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que, en los delitos dolosos, la común responsabilidad de los partícipes se basa en el acuerdo entre los distintos intervinientes en la acción, pero sustancialmente en la ejecución de un reparto de papeles con aportaciones causales recíprocas que dan lugar a lo que se ha denominado la imputación conjunta o recíproca de la acción, valorando la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito. 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél. 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por éste, no bastando el simple conocimiento. 4) Que cuando intervengan los que no hubieran concurrido a los actos de iniciación ya no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado

parte en la ejecución del hecho; 5) que la coautoría presupone la común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevarla a efecto, siendo esencial la unidad de conocimiento y voluntad de aquéllos como elemento subjetivo, junto al objetivo de la puesta en práctica de la acción conjunta, debiendo tener la actuación de cada uno la entidad y relevancia precisas que definan al delito; 6) que la coautoría debe ir acompañada en su vertiente subjetiva por dolo directo o eventual; que el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para llevar a efecto la realización de un plan delictivo por ellos trazado, establece entre los que se conciertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se le asigne; y 7) que la jurisprudencia actual rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo de autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito. Por este motivo, la jurisprudencia se ha acercado cada vez más a un concepto de autoría fundado en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si se ha 'tomado parte directa' en la realización de la acción típica, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho"[9].

Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio de la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría. La existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a esta (coautoría adhesiva o sucesiva). Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos en los que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

De otra parte, no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo[10]. En consecuencia, a través del desarrollo del

[9] STS (Sala 2ª) de 13 de octubre de 2015, rec. nº 10164/2015. Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar.

[10] ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC J.L. Compendio de Derecho Penal Parte General, 5ª edición, 2015, p. 263 "no es necesario que cada autor ejecute por si mismo todos los actos materiales integrantes del tipo, pues a la realización del mismo se llega por la agregación de las diversas aportaciones según un plan conjunto (STS 25- 03-2000)".

"pactum scaeleris" y del codominio funcional del hecho cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución.

Cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta en la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que resulta imprescindible. Deben, por el contrario, excluirse de la coautoría los actos realizados en la fase de preparación del delito y aquellos que se ejecutan cuando éste ya se haya consumado. Resulta indiferente que el acusado fuera la persona que accionó el gas lacrimógeno o fuera otro de los coautores. Lo cierto es que, según la teoría del dominio del hecho, sin duda aplicable al presente caso son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global, aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el domino funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. A este respecto, se afirma por la jurisprudencia que entre los coautores se produce un vínculo de solidaridad que conlleva la imputación recíproca de las distintas contribuciones parciales; esto es, cada coautor es responsable de la totalidad del suceso y no sólo de la parte asumida en la ejecución del plan conforme a un criterio de la distribución de funciones.

Las circunstancias singulares son atribuibles recíprocamente a todos los que proyectan, planifican e intervienen en la ejecución del hecho delictivo, cualquiera que fuera la distribución de funciones que internamente se hubieran asignado entre ellos a la fase de estricta ejecución.

4. Cooperador necesario

Cooperador Necesario, según la teoría del dominio del hecho el cooperador necesario es un autor y no un partícipe siempre que su aportación esencial se realice en la fase de ejecución del hecho. Desde una perspectiva valorativa, el cooperador necesario realiza actos vinculados a la acción. Su conducta es valorativamente (y no materialmente) la de un autor (vigilar al secuestrado).

5. Autoría en los tipos realizados por procedimientos que facilitan la publicidad

Debemos partir de su regulación en el Artículo 30 del Código Penal, apartado 1 "*en los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente*"[11].

En principio, pues, la responsabilidad criminal en estos casos es restringida pues sólo se incluyen a los autores y no a cómplices como en los demás supuestos delictivos. En estos casos, el concepto de autor es el que utiliza el Código Penal y que vienen descritos en el mismo art. 30, apartado 2, según el cual "l*os autores a los que se refiere el art. 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º.- Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo*"[12], (el escritor que firma el artículo periodístico el pintor que firma la estampa); y apartado 3 "c*uando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior*"[13].

Responden subsidiariamente, según el apartado 2 del Artículo 30 del Código Penal: "*2.º los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 3º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora*"[14].

6. La autoría en los tipos especiales

Hay determinados tipos penales que sólo pueden ser cometidos por una categoría determinada de personas que el tipo penal describe. Sólo puede ser Autor de ese delito quien reúna esas características. Estos tipos se llaman Delitos Especiales frente a los comunes que pueden ser cometidos por cualquier persona. A los sujetos que reúnen estas características exigidas por el tipo penal se les llama *INTRANEI* y a los que no las reúnen *EXTRANEI.*

[11] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
[12] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
[13] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
[14] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En los delitos especiales cabe la Autoría Inmediata y Mediata, pero en este último caso hay que precisar lo siguiente, en principio:

- Cabe la autoría Mediata cuando el sujeto especial utiliza a un instrumento que no reúne estas características exigidas por el tipo.

- No cabe cuando el autor (mediato) no reúne las características especiales, aunque sí las reúna el instrumento.

La doctrina suele distinguir entre delitos especiales impropios y propios, según el tipo tenga correspondencia con uno común (ej. malversación del art. 432 y la apropiación indebida del art. 253) o no (prevaricación de los arts. 404 y 446 a 449). Se resuelve la cuestión de la participación de extraños aplicando el art. 65.3 del Código Penal, imponiendo la pena inferior en un grado de manera potestativa.

Cabe distinguir, dentro de los Tipos Especiales, según sean tipos especiales propios y tipos especiales impropios:

a) Especiales propios

Sólo pueden ser autores los sujetos que tienen las características definidas en el tipo penal, si el autor no reúne estas características el hecho es Atípico porque el tipo no tiene correspondencia con ningún delito común (es decir no hay ningún delito común que consista en realizar ese hecho y pueda ser cometido por cualquiera).

b) Especiales impropios

Sólo puede ser autor quien reúna las características exigidas por el tipo pero el tipo, que consiste únicamente en Agravar o Atenuar una conducta ya delictiva, si tiene correspondencia con un delito común (el básico) que puede ser cometido como autor por cualquiera.

Los Delitos Especiales plantean problemas sobretodo en la Participación cuando concurre un *EXTRANEUS* en la realización del hecho delictivo como partícipe.

7. Las actuaciones en nombre de otro. autoría de directivos, administradores y representantes de personas jurídicas

a) Concepto

Se recoge en el art. 31 del Código Penal, según el cual, "e*l que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o*

representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre"[15].

8. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Está regulada en los artículos 31 bis a 31 quinquies del Código Penal y se ha resuelto sobre la misma por el Tribunal Supremo en sentencias como la STS n.º. 154/2016, de 29 de febrero y la STS n.º. 221/2016, de 16 de marzo.

VI. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se habla de las personas que en cierta medida participan en la comisión de un ilícito penal, así en el art. 28 del Código Penal, fija claramente quien son autores son los que realizan el hecho por si solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento, aunque también considera autores a los inductores y a los cooperadores necesarios. Así nos encontramos que hace una clasificación en autores en sentido estricto y en sentido analógico. Asimismo, en el Art. 29 nos habla de los cómplices, como aquellas personas que cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. Sin olvidar la coautoría así como la mención de los cooperadores necesarios en la realización de los hechos delictivos.

BIBLIOGRAFÍA

CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español, Tecnos, Madrid. 2001.

MAQUEDA ABREU, María Luisa / LAURENZO COPELLO, Patricia. El Derecho Penal en Casos, Parte General Teoría y Práctica, Tirant Lo Blanch, 3ª Edición, Valencia 2011

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, 10ª Edición, Editorial Reppertor, Barcelona 2015

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal Parte General, 10ª. Editorial Tirant lo Blanc. 2019.

ORTS BERENGUER, Enrique / GONZÁLEZ CUSSAC José L. Compendio de Derecho Penal Parte General, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, La omisión de socorro en el Código Penal, Madrid, Editorial Tecnos, 1966.

WELZEL, Hans. Derecho Penal, Parte General, traducción de Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956.

* * * * * *

[15] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Prof. Bernardino Díaz Rodríguez
Abogado fiscal sustituto de la provincia de Guadalajara. Profesor asociado de Derecho penal, Univ. Carlos III de Madrid. Socio de la FICP.

~El llamado estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable~

I. INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO.

> "La dignidad del Derecho Penal reside en el rechazo de la responsabilidad por el resultado y en el reconocimiento de la responsabilidad por la culpabilidad"[1].

El artículo 20 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, establece que estarán exentos de responsabilidad criminal, "5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, 6. El que obre impulsado por miedo insuperable"[2]; entre otros.

Por tanto, el objeto de este texto es analizar profundamente estos dos preceptos del Código Penal, ahondando en el origen de su concepto; detallar sus elementos y dejar marcados los efectos jurídicos que despliegan.

Para entender estos dos tipos, debemos dejar claros varios puntos. En primer lugar, hemos de definir el delito. Este concepto jurídico del Derecho Penal se refiere a toda acción u omisión dolosa o imprudente; típica, antijurídica y culpable. Por tanto, el delito queda definido analíticamente por sus elementos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (cierto sector de la doctrina española destaca también el elemento de la punibilidad)[3]. Por tanto, en aquellas conductas en las que concurran estos requisitos podremos estipular que existe un delito y, por tanto, que su actor está incurriendo en responsabilidad criminal. De forma contraria, no se incurrirá en responsabilidad criminal si no se dan los requerimientos.

1. La tipicidad

En primer lugar, nos centramos en el elemento de la tipicidad, que surge cuando se puede comprobar que el hecho cometido supone una infracción de los mandatos (ya sea de hacer o de no hacer) que se encuentran en la ley penal. Según Bacigalupo, la tipicidad es "la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta, que es

[1] Cita de MAX ERNEST MAYER, recogida en BARJA DE QUIROGA, J. Manual de Derecho Penal Parte General. Tomo I, 2016, p. 122.
[2] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
[3] MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte General, 8ª, 2010, p. 202.

presupuesto de la pena, contenida en la ley"[4]. Por tanto, se podría hablar de un delito típico cuando se infringe lo que estaba prohibido realizar (o mandado hacer). El tipo penal precisa establecer una distinción entre los conocimientos del autor acerca del hecho que realiza (lo que llamaríamos el tipo subjetivo) y la realización de la conducta prohibida en la norma (entendido como tipo objetivo).

Entre el hecho típico y el resultado se requiere que haya una conexión, de manera que el hecho pueda ser imputado como causa. De esta manera, se establece que esta conexión deberá de ser una relación de causalidad, surgiendo así una serie de teorías causales (destaca la teoría la equivalencia de las condiciones). Nace también la imputación objetiva como medio para ajustar la causalidad hasta un sistema congruentede imputación de una acción.

A pesar de ser tremendamente importante el elemento de la tipicidad y las teorías de la causalidad y de la imputación objetiva, resultan más relevantes los elementos de antijuricidad y culpabilidad para analizar las figuras del estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable.

2. La antijuricidad

Este elemento del delito hace referencia a la naturaleza contraria de la acción con respecto al Derecho. Por tanto, estaríamos refiriéndonos a si el Derecho permite o prohíbe la acción. Como sabemos, la norma jurídica establece prohibiciones, mandatos y autorizaciones. De esta manera, sería la antijuricidad la que establece la inexistencia del permiso para poder realizar un hecho[5]. Mientras la tipicidad establece si la acción se adhiere a la descripción que realiza la Ley, sería la antijuricidad lo que nos permite saber si se contaba, en el caso concreto, con una autorización dentro del ordenamiento jurídico para desarrollar la acción.

Cuando cierta conducta está autorizada, necesitamos señalar cuál es la razón por la que lo está. Es decir, tendríamos que buscar aquellos principios que sustentan la justificación de la conducta. En esta búsqueda, se pueden distinguir entre las teorías monistas (utilizan a un solo principio) y las teorías pluralistas (acuden a varios)[6]. Suelen ser de mayor utilidad las teorías pluralistas, al requerir formulaciones menos abstractas.

[4] BACIGALUPO, E. Manual de Derecho Penal. Parte General, p. 9.
[5] ALONSO ÁLAMO, M. Revista Penal, 38, 2016, pp. 18 y 19.
[6] ARROYO ZAPATERO, L. Curso de Derecho Penal: Parte General, 2016, pp. 307-310.

Centrándonos, pues, en las teorías pluralistas, encontramos la doctrina de Mezger, el cual establece que un injusto contiene la lesión de intereses, por los que se deben de admitir dos clases de justificaciones: las fundadas en el principio de ausencia de interés y las sustentadas en el principio del interés preponderante[7]. En nuestro análisis tiene especial relevancia la última, pues va a ser el fundamento de aquellas conductas que se desarrollan con necesidad de una justificación particular. Entra aquí el estado de necesidad, como veremos más adelante.

3. La culpabilidad

Llegamos al último de los elementos del delito. Es muy relevante la defensa del axioma de que "no hay pena sin culpa". La construcción dogmática del elemento de la culpabilidad surge, fundamentalmente, a raíz de las obras de MERKEL, BINDING y VON LISZT[8]. Encontramos una serie de teorías cuyo objeto es la culpabilidad.

Se parte de una doctrina que defiende la culpabilidad como una concepción psicológica, donde no se entraría a discutir la imputabilidad. Se tomaba la culpabilidad como un *prius*, es decir, un "antes"; ya que consideraban que el imputable lo es haya o no realizado ningún delito[9]. Por tanto, el sujeto tenía que ser, primero, imputable y a continuación, si fuese el caso, culpable.

Sin embargo, aquellos defensores de las teorías normativas y finalistas de la culpabilidad consideraban que la imputabilidad no sería un *prius* de la culpabilidad. Por el contrario, formaría un elemento de ella. Bajo este razonamiento, si se entiende la culpabilidad como una crítica por no existir motivación por parte de la norma, sería necesario que el sujeto pueda motivarse por la norma. Por tanto, si no pudiese hacer esto, no se podría hacer esta crítica y, por tanto, no sería culpable. De esta manera, será central la capacidad para ser, en efecto, culpable[10].

Por tanto, existirán ciertos supuestos en los que se excluirá la culpabilidad, como son la alteración psíquica, la intoxicación plena, o, en lo que nos centramos, el miedo insuperable.

---

[7] BARJA DE QUIROGA, J. Manual de Derecho Penal Parte General. Tomo I, 2015, p. 110.

[8] MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte General. 8.ª, pp. 350-351.

[9] COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. en Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, 2013, pp. 43-44.

[10] NAQUITA RIVEROS, J. Imputabilidad y Alteración de la Percepción: Exención y Atenuación de la Responsabilidad Criminal, 2013, p. 37.

II. LAS FIGURAS DEL ESTADO DE NECESIDAD Y DEL MIEDO INSUPERABLE

Como hemos avanzado, en el artículo 20 del Código Penal es donde se recogen aquellos supuestos por los que se exime la responsabilidad criminal, ya sea porque concurra una causa que excluye la antijuricidad o por que falte la posibilidad de culpabilidad. En estos supuestos enmarcamos el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable, que trataremos en este apartado.

1. El estado de necesidad

Según el apartado quinto del artículo 20 del Código Penal, quedará exento de responsabilidad criminal:

> "El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:
>
> Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
>
> Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
>
> Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse"[11].

a) Concepto, clases y fundamento

A nivel conceptual, el estado de necesidad se traduce en una posición de peligro, siendo ésta actual o inminente, para un interés legítimo. Este peligro sólo puede ser evitado a través de lesionar otro bien jurídico, ya sea de suyo propio o de otra persona.

Cuando hablamos del estado de necesidad, es necesario diferenciar dos clases: el defensivo y el agresivo. Centrándonos primeramente en el defensivo, se da cuando el sujeto actúa lesionando el bien en el que se da la amenaza, con la intención de salvar algún otro interés legítimo. Según esta concepción, el peligro procede de cosas o de animales (y, por tanto, no de personas). Sin embargo, hay una parte de la doctrina que defiende que no debe excluirse a las personas como fuente del peligro[12]. Esta visión es criticada porque dificulta en gran medida la distinción de estos supuestos de los de la legítima defensa. Un ejemplo de este tipo de estado de necesidad sería aquella persona que mata a un perro agresivo que se dirige contra él o ella para morderle.

[11] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
[12] BARJA DE QUIROGA, J. Manual de Derecho Penal Parte General, 2015, p. 114

Por otro lado, cabría hablar del estado de necesidad agresivo, que quedaría definido como la situación en la que el sujeto lesiona un interés legítimo de otra persona (es necesario que sea una persona distinta a la titular del interés legítimo que es amenazado), con el fin de salvar algún otro interés legítimo.

En cuanto a la fundamentación del estado de necesidad, tradicionalmente se encontraba en el aforismo *necessitas non habet legem*, ("la necesidad no tiene ley")[13].

Sin embargo, este razonamiento ya no es aceptado ya que, además de ser incompleto, supone un retroceso al estado de la naturaleza y a lo que conocemos como la ley del más fuerte.

Si volvemos a la distinción entre estado de necesidad agresivo y defensivo, encontraríamos la fundamentación del defensivo en la responsabilidad que tendría el titular del interés que resulta amenazante, ya que es éste el que genera la situación de peligro. Por otro lado, el estado de necesidad agresivo responde directamente al deber de solidaridad que el ordenamiento jurídico impone en ciertos casos.

Por otro lado, Goldschmidt desarrolló la teoría de la diferenciación, que actualmente ocupa una posición predominante en la doctrina. Según la misma, es requisito hacer una diferenciación entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante[14]. En este punto, es muy relevante la ponderación de intereses o bienes, para poder dilucidar si el que se salvó era de mayor valor y si el sacrificado era de igual o de menor valor. Si así fuese, se dará el estado de necesidad justificante, mientras que, si tuvieran igual valor, la naturaleza del estado de necesidad será exculpante.

Desde esta segunda distinción de los estados de necesidad, estaría su fundamento en el interés preponderante para el justificante, mientras que para el exculpante se basaría en que al sujeto no se le podría reprochar que su conducta no fuese conforme al Derecho, ya que no se le podría exigir.

1) Colisión de deberes o bienes

En cuanto a los deberes o bienes salvables, el Código Penal no establece ninguna limitación al respecto, por lo que podrán ser salvados todos éstos. A pesar de esto, se requiere realizar una ponderación de bienes, teniendo en cuenta los que entran en

[13] MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte General. 8.ª, 2010, p. 330.
[14] BARJA DE QUIROGA, J. Manual de Derecho Penal Parte General, 2015, p. 114.

conflicto y la pena que, en el supuesto en el que son lesionados, establece la norma. De esta forma podríamos extraer cuál es el bien de mayor jerarquía.

Sin embargo, actualmente existe una mayor defensa de realizar una ponderación de los intereses. Esto conlleva que en la valoración se tomará en cuenta también otros factores que se dan en el conflicto (además de los bienes jurídicos según la valoración dada por el Código). De esta manera, lo decisivo será el merecimiento de protección de un bien en una determinada situación social. Se deberán de respetar ciertos límites: los límites que derivan de la dignidad de la persona o los límites establecidos cuando se afecten bienes de carácter individual que afectan al consentimiento.

Dentro de esta colisión no hablamos simplemente de bienes o de intereses, ya que también pueden colisionar deberes. Serían aquellos supuestos en los que la persona estaría obligada por dos deberes que suponen acciones u omisiones contradictorias y excluyentes. Por tanto, el cumplimiento de un deber excluye poder cumplir el otro.

b) Elementos

Como hemos indicado, el Código Penal establece una serie de requisitos que deberán concurrir para que se dé el estado de necesidad.

El primero de los requisitos es encontrarnos ante un conflicto de intereses jurídicos, y que éste sólo pueda resolverse sacrificando alguno de ellos. Al existir una colisión, se da una situación de necesidad. Por tanto, es necesario que exista un requisito inminente que suponga perder o lesionar un bien jurídico que sólo pueda ser salvado lesionando otro bien de un valor menor. En cuanto a la inminencia del peligro, la doctrina entiende que, realizando un examen *ex ante*, la pérdida o la lesión del bien amenazado sea segura o, al menos, con una probabilidad alta.

En cuanto al segundo requisito, se establece que el mal que se cause no sea mayor al que se pretendía evitar. Por tanto, la norma surge de la teoría diferenciadora y establece la ponderación de los bienes (realmente el Código hace referencia a una ponderación de males).[15] Por tanto, se dará una causa de justificación cuando el mal evitado era mayor que el causado, mientras que, si el valor es de igual rango, estaremos ante una causa de exculpación. Se realizará esta ponderación de bienes a través del mismo análisis *ex ante*.

[15] AGUADO CORREA, T. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, 3, 2011, pp. 42-44.

En tercer lugar, es requisito que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, ya que quedaría excluida la justificación si se ha provocado de forma intencionada, es decir, dolosa. Cabría entrar a discusión si la situación hubiese sido provocada de forma culposa.

El último requisito sería que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Es decir, no se podría amparar aquel sujeto que tiene la obligación de soportar el riesgo por su función social. Sería el caso de un policía o de un bombero.

c) Efectos

Es relevante recalcar que los efectos producidos por alguna conducta que queda cubierta por una causa de justificación van a ser diferentes que los producidos por aquella acción amparada por una causa de exculpación[16]. Encontramos un punto en común: la exclusión de la responsabilidad criminal para ambos casos.

Sin embargo, hay otros efectos con diferencias. Por un lado, aquel acto justificado es una acción que se encuentra conforme a derecho, mientras que el exculpado no. Asimismo, la conducta justificada supone la exclusión de la responsabilidad criminal tanto del autor como de los partícipes. En el caso de las causas de exculpación, regirá la accesoriedad limitada, es decir, los partícipes sí que serán punibles. Como tercera diferencia, se establece que contra una conducta justificada no es posible oponer la legítima defensa, mientras que sí se podría para el acto exculpado[17].

Finalmente, el acto justificado conlleva también la responsabilidad civil (no ocurre con el exculpado), siendo ésta a cargo de "las personas en cuyo favor se haya precavido el mal"[18], según el artículo 118.3 del Código Penal.

2. El miedo insuperable

Esta figura se recoge en el apartado sexto del artículo 20 del Código Penal, que establece que se eximirá de responsabilidad penal "el que obre impulsado por miedo insuperable"[19].

[16] BACIGALUPO, E. Manual de Derecho Penal. Parte General. 1996, pp. 121-122.
[17] BARJA DE QUIROGA, J. Manual de Derecho Penal Parte General, 2015, p. 117.
[18] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
[19] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

a) Concepto y fundamento

En el caso del miedo insuperable, el sujeto que comete el ilícito penal actúa en una situación de miedo y dominado por los efectos de éste. Por tanto, para salir de esta situación, el sujeto lesiona un bien jurídico de titularidad ajena. Es decir, sería la situación de miedo la que le impulsa a cometer el delito. En estas ocasiones se da una exención de la responsabilidad tanto de las acciones como de las omisiones.

Se debe recalcar que no cabría que una simple situación de miedo pueda producir necesariamente la inimputabilidad. En caso de miedo insuperable, estaríamos hablando de la coacción que sufre la mente ante la amenaza de un mal (no es necesario que se encuentre asociada a la violencia física). Por tanto, el miedo insuperable no supone la exclusión de la voluntariedad de la conducta, sino que no permite la normalidad imprescindible para poder imputar penalmente al sujeto. Por tanto, el miedo

insuperable no supondría una afectación a la antijuricidad, sino a la imputación personal, excluyendo, por tanto, a la culpabilidad y la responsabilidad penal[20].

Sin embargo, no existe consenso en cuanto a esto. Según GIMBERNAT ORDEIG, se trata una causa de justificación, ya que no faltaría la motivación del sujeto, sino la voluntad del legislador de quien se haya en esta situación. Por tanto, se podría hablar de un supuesto específico del estado de necesidad. Por tanto, sería necesario aplicar los requisitos y los preceptos definidos anteriormente, ya sean un estado de necesidad justificante o exculpante. Por tanto, cuando existe un estado de necesidad en el que se dé la circunstancia del miedo, se deberá aplicar el artículo 20.6 del Código Penal. Sería, pues, muy relevante la comparación de los males, ya que es totalmente necesario que se dé una proporción entre estos (especialmente para prevenir los abusos). Los que defienden esta corriente entienden que si se vincula la circunstancia eximente al efecto perturbador que tiene el miedo (el elemento subjetivo), supondría la transformación a una causa de inimputabilidad por la exigencia de la anulación de la voluntad y la autodeterminación. Si así fuese, desaparecerían los contornos de ésta desaparecerían, por lo que no importaría que la naturaleza sea real o imaginaria. Lo único relevante serían los efectos anulatorios que se dan sobre el sujeto debido al miedo. Por este motivo, exigir esto supondría una confusión que, realmente, llegaría a hacerla

[20] AGUADO CORREA, T., Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, 3, 2011, pp. 50-51.

inoperante. Así, resultaría preferible que ésta fuese un supuesto específico del estado de necesidad, que se da cuando existe el componente del miedo.

Por otro lado, existe un sector que alude a la exclusión de la imputabilidad (en vez de a la afectación de la antijuricidad), al centrar su atención en las consecuencias perturbadoras de la situación de miedo insuperable en la lucidez mental. Según este planteamiento, el fundamento radicaría en el propio trastorno mental provocado.[21] Sin embargo, se crítica que, si así fuese el caso, esta eximente se transformaría en una modalidad de trastorno mental transitorio, que viene ya recogido en el mismo artículo que discutimos, pero en su apartado primero.

Finalmente, encontramos la postura de la doctrina mayoritaria, que vislumbra en el miedo insuperable una causa de exculpación, debido a la inexigibilidad de una acción distinta al autor. Por tanto, no se le podría reprochar la acción realizada al sujeto, debido a la intensa angustia o a la situación de temor en la que se encuentra el mismo.

Mir Puig recalca un punto que hemos tratado: el sujeto no pierde su lucidez mental (o no es necesario que se dé esta circunstancia)[22].

b) Elementos y efectos

En esta figura no se dan unos requisitos tasados como en la del estado de necesidad. Sin embargo, la jurisprudencia ha desarrollado la exigencia de que deben concurrir dos requisitos determinados[23].

El primer lugar, un requisito subjetivo en cuanto el miedo. El Código lo define como "insuperable", lo que se ha entendido como aquel temor que prive al sujeto de su voluntad y su autodeterminación. Por tanto, debe encontrarse ante un miedo que sea insuperable y no pueda ser dominable por la persona media. Por este motivo, no resulta exigible que se trate de un miedo que sólo pueda ser soportado por la más valiente de las personas, sino que el criterio será puesto en el término medio. Asimismo, aquel mal que sea fuente del miedo debe ser real, inminente y no imaginario. De igual forma, la amenaza que supone ese mal debe ser valorado conforme a lo que haría un hombre medio. Asimismo, es requisito que el miedo sea el único móvil de la acción.

[21] MAÑALICH RAFFO, J. P. Revista de Derecho XXI, 1, 2008, pp. 61-73.
[22] RAMON RIBAS, E. en La justificación penal: alcance y perspectivas, 2008, p. 165.
[23] STS 1046/2011, de 6 de octubre; 35/2015, de 29 de enero o 240/2016, de 29 de marzo.

Por otro lado, se encuentra el requisito objetivo acerca de la relación entre el mal que se causa y el mal que se provoca. En este caso, la jurisprudencia estableció que el temor debe ser igual o mayor que el que causa el sujeto al realizar su conducta. Por tanto, vemos un paralelismo en este punto con la eximente del estado de necesidad. Sin embargo, existe una corriente de la doctrina que defiende no emplear este requisito de relación de males, ya que supone una objetivación excesiva de la circunstancia eximente. Por tanto, éstos defienden que se exija solamente el requisito subjetivo del miedo, incluyendo las consecuencias anulatorias de la capacidad intelectual y volitiva del sujeto. Como veremos, se ha evolucionado hacia esta última corriente.

El efecto más claro de la circunstancia del miedo insuperable lo estipula el propio artículo 20.6 del Código: la exención de la responsabilidad criminal por la conducta desarrollada.

III. EXIMENTE INCOMPLETA Y ATENUANTE POR ANALOGÍA

Resulta relevante señalar que, mientras que la antijuricidad no es graduable, sí que lo es la culpabilidad. Por este motivo, el Código Penal contiene un conjunto de circunstancias cuyo fundamento es la disminución de la culpabilidad. Su efecto radicaría en la minoración de la pena. Por tanto, encontramos una serie de circunstancias atenuantes, recogidas en el artículo en el artículo 21. En este caso, hemos de fijar nuestra atención en el primer apartado del artículo, por el que serán circunstancias atenuantes: "las causas expresadas en el Capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de la responsabilidad en sus respectivos casos".

Como ya establecimos en el primer apartado, el elemento de la culpabilidad supone que el sujeto es capaz de entender que una conducta supone un ilícito y que debe computarse según a esa comprensión. Por tanto, se entiende que entre aquel que tiene plena capacidad de culpabilidad y aquel al que le falta por completo, se dan unas zonas intermedias. Es así como surge la imputabilidad disminuida, que supone que el sujeto tiene su capacidad de culpabilidad afectada en un grado relevante, a pesar de resultar imputable. Por tanto, habría que centrar la atención en el grado de intensidad en el que se da esta afectación.

La jurisprudencia entiende que cuando la capacidad se halle seriamente disminuida se hablará de eximente incompleta, mientras que si se afecta levemente su

culpabilidad se tratará de una atenuante analógica[24]. Asimismo, se establece el requisito jurisprudencial de que el sujeto debe mantener un grado de conciencia de la reprochabilidad de su acción y un nivel de autodeterminación para decidir sus comportamientos.

Por tanto, podemos centrar el análisis en el estado de necesidad incompleto y en el miedo insuperable incompleto. En primer lugar, si hablamos del estado de necesidad incompleto, se establece como requisito la concurrencia del estado de necesidad. Por tanto, se debe dar una colisión de bienes o de deberes jurídicos inminente e inevitable. Asimismo, se debe dar también que la situación no se origina intencionadamente por el sujeto. Para que sea incompleto, deben faltar alguno de los siguientes requisitos: que el mal que se causa no sea mayor que el que se pretendía evitar o que el sujeto no tenga obligación de sacrificarse por su oficio o cargo. De esta manera, no se entenderá que existe la eximente incompleta si se daban otras posibilidades que estuviesen en su mano que no lesionaran intereses ajenos.

A nivel jurisprudencial, se ha desarrollado la figura de la aplicación de atenuantes por analogía, en relación con el artículo 20.5 del Código Penal. Lo más frecuente han sido los casos de usurpación de viviendas, que es objeto de sentencias como la SAP de Valencia 3/2015, de 7 de enero o la SAP de Madrid 424/2013. Sin embargo, no ha sido el único delito. pues se aplicó (con carácter de muy cualificada), en un supuesto en el que un hombre que conducía bajo los efectos del alcohol hacia el hospital para ver a su padre, cuya muerte era inminente[25].

Por otro lado, si hacemos referencia a la apreciación de la circunstancia eximente del miedo insuperable como incompleta, se establece deberá de concurrir el miedo y que la diferencia se establecerá en el carácter insuperable de éste. Por tanto, el miedo debe alcanzar un nivel suficiente que sea capaz de provocar una disminución relevante de su voluntad y su capacidad de autodeterminación, afectando a su propia capacidad de actuar conforme a Derecho. Lo expone muy claramente la STS 645/2014, de 6 de octubre: "para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirse a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio, de manera que la aplicación de la eximente

[24] MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte General. 8.ª ed., 2010, pp. 484-485.
[25] SAP de Valladolid 269/2013 de 16 de julio.

exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podría actuar de otra forma y se le podía exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aun reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta".

IV. CONCLUSIONES

A través de este análisis, se ha podido abarcar uno de los grandes contenidos de la teoría jurídica del delito. Hemos podido repasar la definición del delito, señalando los elementos del mismo: la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Llegamos a la conclusión de que para que se dé la responsabilidad criminal, es necesario que concurran estos requisitos.

El estudio de dos circunstancias que eximen la responsabilidad (como son el estado de necesidad y el miedo insuperable) ha servido para poner de relieve este punto.

Por tanto, cuando se dan las circunstancias determinadas, se puede llegar a afectar de tal manera los elementos centrales del delito que terminan resultado en una consecuencia muy relevante en el estudio del Derecho Penal: la persona que realiza un ilícito no tiene responsabilidad criminal.

Como hemos definido, el estado de necesidad se da cuando existe una posición de peligro para un interés legítimo, que sólo puede ser resulta lesionando otro bien jurídico. Por otro lado, hablamos de miedo insuperable cuando el que comete el ilícito actúa dominado por los efectos de éste, buscando salir de esa situación.

Uno de los puntos más relevantes del trabajo ha sido tratar la fundamentación de la eximente por miedo insuperable. Como vimos, había tres posturas: aquellos que creían que suponía una causa de justificación y, por tanto, se acercaba al estado de necesidad; aquellos que veían una exclusión de la imputabilidad y, finalmente, aquellos que creen que se trataría de una causa de inexigibilidad.

Bajo mi punto de vista, no se podría considerar la figura del miedo insuperable como superflua (tal y como la describe Barja de Quiroga) o un simple supuesto de estado de necesidad exculpante[26]. Es más, la propia jurisprudencia española

[26] BARJA DE QUIROGA, J. Manual de Derecho Penal Parte General, 2015, p. 138.

anteriormente requería la ponderación de los males. Sin embargo, este elemento comparativo ha desaparecido en la actualidad, estableciendo una preferencia más flexible y dando mayor relevancia al factor subjetivo. Tal y como establece la STS 996/2011, de 4 de octubre, se suprime la ponderación de males con la pretensión de eliminar la función tan desmesuradamente objetivista que tenía el miedo insuperable (asemejándose a la circunstancia del estado de necesidad). Es más, se parte del "hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima". Por tanto, parece que la jurisprudencia española se acerca a la postura de que el miedo insuperable se trata de una causa de inexigibilidad, marcando una diferencia entre las figuras de ésta y el estado de necesidad.

Finalmente, hemos hecho referencia también al papel que tienen las dos causas de exclusión de responsabilidad que han sido objeto del análisis (el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable), cuando no concurren la totalidad de sus respectivos requisitos para que se puedan aplicar como circunstancias eximentes, sino eximentes incompletas (recogidas en el artículo 21 del Código Penal). Asimismo, este apartado ha sido relevante, a su vez, por permitirnos analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de las dos figuras.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, T. Principio de inexigibilidad de otra conducta en las categorías del delito. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, 3, 2011, pp. 22-69. Disponible en:

https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/viewFile/12401/11650.

ALONSO ÁLAMO, M. Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de voluntad. Revista Penal, 38, 2016, pp. 5--39.

ARROYO ZAPATERO, L. Curso de Derecho Penal: Parte General. Madrid: Ediciones Experiencia, S.L. 2016.

BACIGALUPO, E. Manual de Derecho Penal. Parte General. Santa Fé de Bogotá. Editorial Temis, S.A 1996. Disponible en:

https://es.slideshare.net/guillermosalbidia/18032875-enriquebacigalupomanualdederechopenal.

BARJA DE QUIROGA, J. Manual de Derecho Penal Parte General. Tomo I. Contestaciones al Programa del Derecho Penal, Parte General para Acceso a las Carreras Judicial y Fiscal. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2015

COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. Doctrinas unitaristas y exención de la responsabilidad penal. La dogmática jurídico-penal entre la coherencia sistemática y las soluciones imaginativas a las cuestiones prácticas. En Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

CUERDA ARNAU, M. L. El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

MAÑALICH RAFFO, J. P. Miedo Insuperable y Obediencia Jerárquica. Revista de Derecho, vol. XXI, n.º 1, 2008, pp. 61-73. Disponible en:

https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v21n1/art03.pdf.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte General. Edición 8ª, Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 2010.

NAQUITA RIVEROS, J. Imputabilidad y Alteración de la Percepción: Exención y Atenuación de la Responsabilidad Criminal. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2013.

RAMON RIBAS, E. La inexigibilidad y los conflictos de intereses como causas de exclusión de la tipicidad, en: La justificación penal: alcance y perspectivas. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 175-216

VARONA GÓMEZ, D. El miedo insuperable ¿una eximente necesaria? Reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia. Revista de Derecho Penal y Criminología, 7, 2001, pp. 139-175. Disponible en:

http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2001-7-5040&dsID=Documento.pdf

VENTAS SASTRE, R. Manual de Derecho Penal y Jurisdicción Penal. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.U. 2018.

* * * * * *

Prof. Marta Escudero Muñoz

Abogada Fiscal- Fiscalía de Área Alcalá de Henares. Prof. asociada de Derecho Penal, Univ. de Alcalá. Socia de la FICP.

~El delito de omisión del deber de socorro a la victima de accidente. Antiguo 195 y el nuevo 382 bis. Casuística~

Resumen.- En el presente estudio se lleva cabo un análisis del delito de omisión del deber de socorro a la víctima de accidente introducido por la reciente reforma 2/2019 con la finalidad de evitar el concurso de normas entre este tipo penal y el delito de omisión del deber de socorro del artículo 195.3 del código penal para los casos de lesiones a través de la previsión contenida en el texto, de subsidiariedad de este delito respecto del aquél, refiriéndolo a los casos de personas que sufran lesiones graves pero en las que no concurran los requisitos del peligro manifiesto y grave que exige la omisión del deber de socorro.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que fue objeto de reforma del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos de motor por la Ley Orgánica 2/19 de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente fue la creación del nuevo delito de fuga o abandono del lugar del accidente.

Este delito de nueva creación está regulado en el artículo 382 bis del CP y castiga al conductor que voluntariamente abandone el lugar de un accidente cuando haya sido el causante de éste y en el siniestro se hayan producido muertos o heridos. La reforma del Código Penal fue impulsada por iniciativa personal de una víctima (Anna González), que en enero de 2016 inició una campaña en Change.org para modificar la ley[1], haciendo entrega en el Congreso de 200.000 firmas[2].

El texto salió adelante con 222 votos a favor, 17 en contra y ninguna abstención[3].

La doctrina lo denomina "fuga del lugar de los hechos" y, aunque no de forma unánime, su tipificación en el Código Penal se ha acogido como la respuesta necesaria a una necesidad real que ya demandaba un fenómeno tan complejo y multidisciplinar como el tráfico vial, aunque tiene sus detractores en quienes consideran que el

[1] *Vid*.https://www.mallorcadiario.com/huir-del-lugar-de-un-accidente: Tres años antes, el marido de Anna González, ciclista, fue arrollado por un conductor que se dio a la fuga tras el accidente. La víctima murió en el acto. El conductor fue condenado a dos años de cárcel. Y encontrado también en: https://www.lavozdegalicia.es/noticia/galicia/2019/03/02/.

[2] *Vid.* https://www.lavanguardia.com.

[3] *Vid*.https://www.rtve.es/noticias/20190220/senado-aprueba-castigar-hasta-4-anos-carcel-huir-tras-accidente-trafico/1887485.shtml: tras rechazar las diez enmiendas de Unidos Podemos, cuya senadora Celia Cánovas ha dicho estar de acuerdo con el fondo de la ley, no con la forma.

legislador se ha dejado llevar por "una cuestión mediática[4]" pues los datos de siniestralidad vial y de abandonos del lugar del accidente, según la Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, habían descendido[5].

Como precedentes en la legislación penal española lo encontramos regulado en el CP de 1928[6], en la Ley del Automóvil de 1950[7] y en la Ley de 24 de diciembre de 1962 que introdujo la modalidad agravada de que la víctima lo fuera por accidente. Fue el CP de 1973 en que introdujo la necesidad de que la víctima estuviera en peligro manifiesto y grave y con la reforma de 1967 se añadió el párrafo 2º para agravar la pena cuando la víctima lo fuese por accidente causado por quien omitió el socorro y finalmente en el CP de 1995 se distinguió, a efectos de pena, que el accidente fuese causado fortuitamente o por imprudencia.

En las legislaciones de los países europeos, como sucede en Alemania, Italia y Francia se regula el delito de fuga de forma autónoma del delito de omisión del deber de socorro[8].

---

[4] *Vid.* https://www.lavanguardia.com

[5] *Vid*. en http://asociaciondefiscales.es. Las principales cifras de siniestralidad vial correspondientes al año 2017 de la Dirección General de Tráfico (DGT). En cuanto a los peatones fallecidos en accidentes de tráfico, se ha producido un descenso del 11% en el año 2017 (351) respecto del año 2016 (389), disminuyendo también el numero de heridos hospitalizados en un 3% y de no hospitalizados en un 4%. Respecto de los usuarios de bicicletas, si bien ha aumentado la mortalidad en un 11%, ha descendido en un 6% el número de heridos hospitalizados. Tampoco se ha producido un incremento de los procedimientos penales donde se investigan las fugas de conductores tras causar un siniestro vial. El número de diligencias previas seguidas por el delito de omisión del deber de socorro, que es el marco procedimental donde se persiguen estas conductas, según la memoria de la Fiscalía General del Estado (FGE) de 2018, ha descendido en un 12,35% en el año 2017 (213) respecto del año anterior (243). En su comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados del día 21 de febrero de 2018, el Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial (FSCSV) reveló que, según datos de la DGT del año 2016, de 174.679 conductores implicados en accidentes con víctimas, sólo se dieron a la fuga 1.028, lo que supone en torno a un 0´6%, produciéndose en esos accidentes 10 fallecidos (el total anual fue 1810) y 72 heridos hospitalizados (el total anual fue de 9755). Desde el punto de vista económico, los pagos por siniestros causados por vehículos desconocidos realizados por el Consorcio de Compensación de Seguros (1) según su Informe Anual de 2017 (págs. 125, 141 y 154), aun siendo una cantidad relevante (18,4 millones de euros) ha disminuido respecto del año 2016 en un 7,3%, habiendo descendido en la última década el número de expedientes por este tipo de siniestro en cerca de un 50% (se pasa de 5.950 expedientes en 2007 a 3.621 en 2017).

[6] El Código Penal de 1928, en art. 537 castigaba «al automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que deje en estado de abandono sin prestarle o facilitarle asistencia a persona a quien mató o lesionó por imprevisión, imprudencia o impericia».

[7] En la Ley del Automóvil de 1950 cuyo art. 5 castigaba con pena de prisión menor y multa de mil a cien mil pesetas «al conductor de un vehículo a motor que no auxiliase a la víctima por él causada»

[8] *Vid.* en http://asociaciondefiscales.es. Así, el § 142 del StGB alemán contempla la fuga del participante de un accidente de tráfico como hecho punible distinto de la omisión de socorro descrita en el § 323 c). Igualmente en el Código penal francés cuyo art. 222-19-1 castiga al conductor que, a sabiendas de que acaba de ocasionar un accidente, no se hubiera detenido y trate así de sustraerse a la responsabilidad penal o civil en que hubiera podido incurrir, diferenciado de la conducta tipificada en el art. 223-6 referida a quien se abstenga voluntariamente de prestar a una persona en peligro la asistencia

Además, la inclusión de este delito en nuestro ordenamiento era una vieja aspiración de las asociaciones de víctimas de accidentes, que han sido muy activas y beligerantes al respecto[9].

Antes de la tipificación de este delito de fuga, ya existía en nuestro ordenamiento el delito de omisión del deber de socorro. Sin embargo, este nuevo delito de fuga conlleva una tipificación más preventiva e independiente del concepto "auxilio", dejando de lado los razonamientos jurídicos sobre si el auxilio fuera necesario o hubiera servido de algo[10].

II. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

Según el Preámbulo[11] de la LO 2/19 el delito de abandono del lugar del accidente:

1º Aparece con una redacción autónoma, dentro del capítulo IV del Código Penal, dedicado a los delitos contra la seguridad vial, por entender que se trata de una conducta diferente y, esta vez sí, dolosa e independiente de la conducta previa imprudente o fortuita.

2º Lo que se quiere sancionar en este caso es la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido, la falta de solidaridad[12] con las víctimas, penalmente relevante por la implicación directa

---

que, sin riesgo propio o de terceros, pudiera prestarle bien por su acción personal, bien demandando auxilio. Y por último en el Código Penal italiano diferenciando la violación del deber del conductor de detenerse en caso de accidente con muerte o lesiones en carretera (Fuga del conducente in caso di omicidio stradale —art.589 ter- y Fuga del conducente in caso di lesioni personali stradali —art.590 ter—) de la omissione di soccorso del art. 593.

[9] La reforma del Código Penal fue impulsada por Anna González, que en enero de 2016 inició una campaña en Change.org para modificar la ley, encontrado en https://www.europapress.es y https://menorcaaldia.com/2019/03/03/huir-del-lugar-de-un-accidente-sera-delito.

[10] Existían precedentes legales en el Código Penal de 1928 en el art. 537 que castigaba "al automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que deje en estado de abandono sin prestarle o facilitarle asistencia a persona a quien mató o lesionó por imprevisión, imprudencia o impericia" o la Ley del Automóvil de 1950 cuyo art. 5 castigaba con pena de prisión menor y multa de mil a cien mil pesetas "al conductor de un vehículo a motor que no auxiliase a la víctima por él causada». Y en los mismos términos el art. 7 de la Ley de 24 de diciembre de 1962, que además añadió una modalidad agravada, cuando la víctima lo fuese por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido".

[11] *Vid.* en Preámbulo de la LO 2/19 de 1 de marzo en https://www.boe.es/diario.

[12] En la Sentencia del Tribunal Supremo 1304/2004, de 11 de noviembre ya se recordaba que "El fundamento de la norma que se estima conculcada por el acusado es la solidaridad humana, sancionando la omisión del deber de auxilio que es exigido especialmente al causante del accidente, a quien la norma atribuye la condición de garante de la vida e integridad de la víctima precisamente por su intervención en el suceso. Jurisprudencialmente se ha venido considerando que la fuga del lugar de los hechos no es en sí misma determinante de la existencia del delito, pues resulta imprescindible que se advierta el peligro manifiesto y grave y el desamparo de la víctima ocasionado por el accidente. Se excusa el deber sancionado penalmente si el causante se cerciora de que únicamente se han causado lesiones leves (decae

en el accidente previo al abandono, y las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico.

El término "maldad", inclinación a hacer el mal, según el diccionario, es poco jurídico, pero es ilustrativo de lo que habita en la *mens legislatoris*. Ya no hay discusión posible y, con toda seguridad, la difusión de este nuevo delito generará una nueva conciencia individual que, de calar en el público en general (y esto es responsabilidad directa de las administraciones públicas), conllevará una mayor seguridad en el tráfico[13].

3º Se busca evitar el concurso de normas entre este tipo penal y el delito de omisión del deber de socorro del artículo 195.3 del Código Penal para los casos de lesiones a través de la previsión contenida en el texto, de subsidiariedad de este delito respecto del aquél, refiriéndolo a los casos de personas que sufran lesiones graves pero en las que no concurran los requisitos del peligro manifiesto y grave que exige la omisión del deber de socorro.

III. OBJETO DE LA NORMA

Con esto, se persigue evitar las situaciones de impunidad que, con la regulación del delito de omisión del deber de socorro, se producían en ocasiones cuando, ante un homicidio imprudente, el autor se daba a la fuga porque no había socorro que prestar.

Para entender mejor la cuestión voy a poner varios ejemplos[14]:

a) Auto de la Audiencia provincial de Girona (Sección 3ª) de 4 de febrero de 2000, que declara los hechos como falta de imprudencia y sobresee por el delito de omisión del deber de socorro al entender que no había una situación de peligro grave porque solo hubo rotura de un brazo, no hubo desamparo porque fue atendido por otro conductor que transitaba[15].

---

el deber al no existir peligro grave), que se ha producido la muerte (no hay persona en situación de desamparo), o que otras personas con medios eficaces están ya prestando el auxilio requerido".

[13] Referencia encontrada en https://www.leanabogados.com

[14] Encontrado en https://pereztirado.com/el-delito-de-omision-del-deber-de-socorro/

[15] En concreto, establece "Ahora bien, presupuesto indispensable de ese deber es que la persona a la que se hace preciso atender se encuentre en una situación calificable como de «desamparada y en peligro manifiesto y grave», lo cual ha de llevarnos a situaciones extremas de lesiones en donde las heridas que se producen son de entidad suficiente, o que como consecuencia de las mismas se imposibilite la deambulación, o que se deje a la víctima en situación de inconsciencia. La omisión, por lo tanto, ha de anudarse a unas determinadas circunstancias del perjudicado, de manera que, por más dolosa que pueda ser considerada la desatención, si las mismas no concurren no puede hablarse del delito de omisión del

b) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sentencia n.º 7/2008 de 4 de abril), donde se trataba de un atropello donde había intervenido TRIBUNAL DE JURADO y se había condenado al conductor por un delito de omisión del deber de socorro a la pena de 6 meses de prisión, pero apelada la Sentencia, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se dictó nueva Sentencia donde se absolvio al conductor del delito de omisión de socorro, aunque en este caso, con base a una nueva interpretación de que el acusado no se dio cuenta de que había golpeado a una persona con su vehículo.

c) Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª, Sentencia n.º 56/2005 de 1 de abril), donde con anterioridad, el Juzgado Penal n.º 1 de Burgos había condenado al acusado por un atropello, como autor de un delito de omisión del deber de socorro y una falta de homicidio imprudente, pero entonces la Audiencia revocó parcialmente la Sentencia y absolvió al conductor del delito de omisión de socorro, basando en que no hubo situación de desamparo o de peligro de abandono, pues se personó una ambulancia por aviso de uno de los acompañantes del acusado y porque la víctima fue auxiliada de manera inmediata por otros viandantes que se encontraban en la zona hasta que llegaron los Sanitarios[16].

d) Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª, Sentencia n.º 421/2007 de 12 de noviembre), donde con anterioridad, el Juzgado Penal n.º 3 de A Coruña había condenado al acusado por arrollar a un ciclista que resultó fallecido, como autor de un delito de omisión del deber de socorro y un delito de homicidio imprudente, pero entonces la Audiencia revocó parcialmente la Sentencia y ABSOLVIÓ AL CONDUCTOR del delito de omisión de socorro,

deber de socorro. En el caso que nos ocupa falta ese elemento de desamparo y de peligro en la víctima, pues las heridas que se le causan son debidas a la colisión precipitada con el espejo retrovisor de un coche, lo que interesó la rotura de un hueso del brazo, sin llegar a inmovilizar al perjudicado, sin causarle una situación de inconsciencia; además esa persona fue atendida inmediatamente por otro conductor que transitaba por la carretera, el cual lo trasladó a un centro hospitalario en donde ni siquiera llegó a ingresar. Ciertamente la previa acción del acusado causó un menoscabo en la integridad física de la víctima, pero que eso sea así de manera objetiva no supone el plus de desamparo y de peligro manifiesto y grave que exige el delito cuya persecución se solicita.

[16] En este mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba nº 31972008 de 17 diciembre en que se absuelve por ausencia de peligro manifiesto y grave; Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real nº 10371999 de 8 de junio; Sentencia de la audiencia provincial de Cádiz nº 15/2014 de 20 de enero; Auto de la audiencia Provincial de Burgos de 5 de marzo de 2012, Auto de la audiencia Provincial de Sevilla nº 772006 de 16 de enero, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 23ª) nº 738/2003 de 1 de octubre.

basado en la inexistencia de persona desamparada, pues la víctima había fallecido inmediatamente[17].

En algunos casos también se han considerado como de tentativa inidónea cuando la víctima fallece en el accidente[18].

[17] En este sentido sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) nº 28772010 de 20 de julio; sentencia dela Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8º) nº 425/2011 de 22 de noviembre y sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª) nº 140/2014 de 13 de marzo. En esta última sentencia se pone de manifiesto. "...La víctima de dicho accidente se encontraba en peligro grave, como lo ponen de manifiesto las lesiones que ocasionaron su posterior fallecimiento. Necesitaba, desde luego, un urgente traslado a un centro sanitario para que se le prestaran los debidos cuidados médicos. Tal peligro grave era manifiesto pues así lo revelaba la intensidad del golpe recibido por el ciclista. Por último, la víctima se encontraba desamparada, pues ella no tenía posibilidad de valerse por sí por las lesiones que padecía, y nadie la estaba asistiendo cuando el acusado la vio caída y se marchó del lugar..." y sigue diciendo. "Es decir; aparecen en la causa indicios racionales de que la persona atropellada murió con carácter inmediato al atropello, lo que supone la existencia de indicios de que en el momento en que el acusado se marchó del lugar, sin prestar auxilio al atropellado, éste ya había fallecido, por lo que no se trataba de una persona viva en situación de desamparo y ante ningún peligro, precisamente por haber ya fallecido. En todo caso, la falta de claridad y contundencia de las pruebas en relación con uno de los requisitos del delito enjuiciado debe ser causa de aplicación del principio in dubio pro reo en la valoración de tales pruebas, lo que implica que no se deba tener como probada la concurrencia de tal requisito delictivo. En consecuencia, no aparece probada la concurrente en la presente causa de uno de los requisitos del delito de omisión del deber de socorro por el que viene condenado el acusado en la sentencia recurrida, lo que debe llevar a no tener por probada la comisión de tal delito, con la consecuencia ineludible de la absolución del acusado respecto de tal delito. Y al estimarse el motivo principal del recurso, no procede resolver el motivo alegado en el recurso con carácter subsidiario a la desestimación del motivo principal.

Evidentemente, y en relación con los hechos que constituyen el objeto de enjuiciamiento en la presente causa, si la víctima del atropello hubiera muerto de forma instantánea a dicho atropello, ya no podría hablarse de una persona desamparada y en peligro en el momento en que el acusado se ausentó del lugar sin prestarla auxilio, con lo que en tal supuesto no concurriría un requisito objetivo del tipo delictivo del art. 195.1 del Código Penal, con lo que la conducta del acusado no sería constitutiva de tal tipo delictivo. En el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida en la presente causa no se precisa con claridad el momento del fallecimiento del atropellado. Se dice simplemente que resultó con graves heridas "que le causaron el fallecimiento en el mismo lugar del siniestro". Pero sí puede entenderse que el hecho de que la persona atropellada muriera en el mismo lugar del atropello es un indicio de que la muerte ocurriera de forma inmediata a dicho atropello.

[18] Encontrado en http://asociaciondefiscales.es: las SSTS 1293/1992, de 8 de junio, 2199/1992 de 13 de octubre o 2376/1993 de 25 de octubre. Como recuerda la SAP Madrid 884/2015 de 18 diciembre "existe una pacífica doctrina jurisprudencial, según la cual sólo está excluida de penalidad la tentativa inidónea absoluta, o sea la irreal o imaginaria (cuando la acción es en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por el autor), o en caso de los denominados delitos putativos (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), o de los delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto (Sentencia Tribunal Supremo de 21 de junio de 1999 pero no está excluida de penalidad la tentativa inidónea relativa, porque el artículo 16 del Código Penal de 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión "objetivamente", con lo que viene a significar que, dentro del plan del autor, los actos eran racionalmente aptos para ocasionar el resultado. En este sentido se viene pronunciando el Tribunal Supremo desde las Sentencias de 13 de octubre de 1992 y 20 de diciembre de 1991, con cita de las de 5 de diciembre de 1989 y 8 de marzo de 1990; y continúa con las de 21 de junio de 1999; 13 marzo de 2000; 5 de diciembre de 2000; o 20 de enero y 13 de octubre de 2003». Por eso, concluye la citada sentencia que «la conducta del acusado consistente en abandonar el lugar sin detenerse y comprobar el estado en que se encontraba la victima que falleció casi de forma instantánea no puede considerarse un acto objetivamente inocuo, puesto que hubiera llevado inexorablemente a la consumación del resultado, a no ser por la circunstancia ajena a su voluntad y que desconocía — que el sujeto al que había atropellado falleció inmediatamente—, y que por tanto, dicha conducta debe ser sancionada como delito intentado de omisión del deber de socorro».

e) Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª, Sentencia n.º 319/2008 de 17 de diciembre), donde con anterioridad, el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Córdoba había condenado al acusado por haber colisionado con otro vehículo y continuar la marcha no deteniéndose a auxiliar a los lesionados, como autor de un delito de omisión del deber de socorro y dos delitos de imprudencia grave con resultado de lesiones, pero entonces la Audiencia revocó parcialmente la Sentencia y absolvio al conductor del delito de omisión de socorro, basado en que las lesiones que habían sufrido el conductor y la ocupante del vehículo que había sido colisionado no eran graves y por lo tanto no había «peligro manifiesto y grave[19]».

Y en igual sentido la sentencia n.º 146/18 de 31 de mayo de la Audiencia Provincial de Huesca[20], que absuelve por el delito de conducción temeraria y respecto del delito de omisión del deber de socorro absuelve al conductor, manteniendo que: "ante unas lesiones que no precisaron tratamiento médico, difícilmente podía encontrarse la víctima desamparado o en peligro manifiesto y grave, desestimándose el delito de omisión del deber de socorro".

f) Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª, Sentencia n.º 23/2010 de 9 de marzo), donde con anterioridad, el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Talavera de la Reina había condenado al acusado por haber perdido el control del vehículo y atropellado a 7 menores que se encontraban sentados en una acera, no auxiliando a las víctimas, como autor de varios delitos (homicidio imprudente + 3 delitos de lesiones por imprudencia grave) pero ya había absuelto del delito de omisión del deber de socorro, que después ratifica también la Audiencia, es decir,

[19] En idéntico sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30ª) nº 56/2013 de 22 de enero" En el presente caso se produce un atropello por invasión de la calzada por parte de un vehículo que no se detiene y continúa su marcha más adelante. Ahora bien, pese a la aparatosidad del suceso, como consta en las diligencias policiales y en el parte médico, las lesiones fueron de pronóstico leve, al menos en su apariencia externa, sufriendo la víctima una contusión en la rodilla y diversas lesiones en la cara, ya descritas, que precisaron de tratamiento médico y cirugía menor, pero que no revestían una gravedad tal como para considerar a la víctima en peligro manifiesto y grave. Y no solo acudió al lugar de los hechos de forma inmediata la policía y la asistencia médica, circunstancia posterior a la huida y que no excusa la conducta de los imputados, sino que los hechos sucedieron en una vía urbana, en horas diurnas (10:00 horas aproximadamente), y por tanto el autor o autores pudieron representarse la posibilidad de que la víctima recibiera una inmediata y eficaz asistencia, como así fue, y que su ayuda resultara irrelevante, faltando entonces la conciencia del peligro manifiesto y grave, situación bien diferente de aquellos casos examinados en la jurisprudencia en que, por la gravedad de las lesiones y por el lugar en que se produce el accidente -por ejemplo, vías interurbanas- la omisión del deber de solidaridad sobre la víctima tiene trascendencia sobre el principio de lesividad, aunque no se concrete el daño efectivo, e implica una trasgresión grave de los deberes de solidaridad tutelados por el precepto.

[20] *Vid*. https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/VerDoc.asp?dist=20&referencia=

se absuelve al conductor del delito de omisión de socorro, basándose las dos Sentencias en que hubo ausencia de desamparo, por cuanto escasos segundos después de ocurrir el accidente las víctimas del atropello se vieron rodeadas de familiares y vecinos que las auxiliaron.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 182/2010 de 18 de mayo, que no aplica el delito de omisión del deber de socorro en el caso de huida del autor de los hechos en este caso por dos delitos de homicidio dolosos, dejando desatendidas a sus víctimas, al constituir un acto posterior impune en cuanto copenado con los delitos precedentes, considerándose que su dañosidad añadida (el plus de antijudicidad material) estaba ya castigada por las penas de los homicidios[21].

g) Sentencia de la Audiencia Provincial de islas Baleares 85/2013 de 22 de marzo[22], que castiga por un delito de homicidio con imprudencia grave en concurso con un delito contra la seguridad del tráfico al conducir bajo los efectos de bebidas alcohólicas, pero ABSUELVE del delito de omisión del deber de socorro pues el conductor abandona el lugar del accidente, conducta moralmente reprochable, pero no penalmente, al haber allí personas que auxiliaron a la víctima y llamaron a la ambulancia**.**

h) STS de 24 de septiembre de 2014[23], en la que el conductor que iba bajo los efectos del alcohol y en una concurrida calle de El Puerto de Santa María en

[21] *Vid*. http://aranzadi.aranzadidigital.es

[22] http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document.

[23] La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 706/2012, de 24 septiembre (JUR\2012\319990), con cita de las STS 860/2002, de 16 de mayo (RJ 2002, 5571) (RJ 2002, 5571), la STS 1304/2004, de 11 de noviembre (RJ 2004, 7537) En la STS 1422/2002, de 23 de julio (RJ 2002, 8260) (RJ 2002, 8260), "Frente a un sector doctrinal minoritario que sitúa el bien jurídico protegido en la misma integridad física o vida de las personas "desamparadas", la jurisprudencia (SSTS de 13 de marzo de 1987 o 22 de noviembre de 1989) y la dogmática mayoritaria hablan de la infracción de un deber de solidaridad humana que el precepto eleva al rango de deber jurídico. Frente a los ordenamientos anglosajones, en el derecho penal continental es habitual esa tipificación. Se castiga la indiferencia del omitente frente a la situación de peligro de la víctima más allá de que esa omisión no haya tenido ninguna incidencia en el resultado lesivo. La vida y la integridad física solo son tuteladas de manera indirecta: es cierto que en un horizonte de años el establecimiento de ese deber comportará una mayor protección de la vida e integridad física. Pero aunque in casu el auxilio hubiese resultado inútil, por ser inevitable el fallecimiento, antes o después, o no por aportar nada respecto a la disminución del daño personal causado, la conducta sería sancionable. El tipo penal no requiere la protección de la vida o integridad física, sino que se atienda a la persona en peligro. Se castiga la infracción del deber de auxiliar a la persona en peligro. Correlativamente lo que se tutela es el derecho a ser asistido cuando se está en una situación de peligro grave para la vida o integridad física. Ese deber es más intenso respecto de quien ha provocado esa situación de peligro. De ahí que cuando se trata de la aplicación del párrafo tercero del art. 195 se viene sosteniendo, como se afirma en una de las sentencias anteriormente transcritas, que la presencia de terceros no elimina el deber de auxilio personalísimo de quien causó el accidente. Sólo se excluiría su

Cadiz, atropelló a 19 personas, absolviendo por el delito de omisión del deber de socorro al entender que "aunque ello no justifica que se alejase del lugar, "cuando se está en un sitio tan concurrido como el escenario del accidente; cuando el responsable del hecho tenia la certeza de que no va a faltar el rápido aviso a los servicios sanitarios y el auxilio inmediato a las víctimas en tanto llega esa asistencia profesionalizada; y, además puede intuir razonablemente que su aportación no sólo iba a resultar irrelevante, sino que además podía verse anulada por una instintiva reacción contra él de algunos de los presentes, no es desatinado negar la reprochabilidad penal de la conducta consistente en continuar su marcha". El TS, para decidir la absolución de este delito, consideró que no se daba el elemento negativo del tipo de omisión de socorro, previsto en el art. 195 CP, consistente en que la falta de socorro se produzca "sin riesgo propio[24]". Sin embargo, esta sentencia da un paso muy importante cuando mantuvo que "la injerencia del condenado en el suceso productor de las lesiones en virtud de una

punición si ya se ha cerciorado de que las víctimas están siendo asistidas de forma efectiva y su presencia no puede aportar nada diferente (STS de 24 de octubre de 1990 o 56/2008, de 28 de enero: "En el caso de que hayan acudido en su auxilio otras personas, no excluye radicalmente la obligación ética y ciudadana de interesarse por el caso, pero pudiera ser excusable la abstención si teniendo en cuenta las circunstancias, ya existe el debido socorro y la aportación del tercero ya no aporta nada a la eliminación de la situación de riesgo. La abstención parece perfectamente justificada cuando ya estaban actuando los servicios médicos que pueden prestar un auxilio eficaz y al que se podría incluso perturbar en sus tareas. En definitiva, hay que tener en el momento exigible capacidad de actuar y necesidad de intervenir". Mas, como dice la citada resolución, "Estas consideraciones podrían llevar a concluir que el tipo penal es aplicable desde el momento en que el causante de la situación de peligro, se marcha del lugar, sin detenerse a prestar su colaboración en la atención de las víctimas, y sin preocuparse de si efectivamente estaban ya siendo auxiliadas. Esa actitud vulneraría el deber específico e indelegable de solidaridad que constituiría más que el núcleo de la tipicidad aplicada, el título de imputación. Lo protegido sería el derecho a ser asistido. "No obstante tal conclusión en este caso ha de ser atemperada. Pudiendo ratificarse en sus líneas maestras la jurisprudencia que se ha citado en relación a que la presencia de terceros no es causa de exoneración, no puede descontextualizarse extremando sus consecuencias hasta llegar a soluciones en exceso formalistas que, alejándose del principio de lesividad, tiendan a resucitar un delito de "fuga" al margen de si en el supuesto concreto la omisión incidió negativamente en la expectativa de las víctimas en ser atendidas o agravar su situación de peligro o desamparo o en un juicio ex ante el autor no podía descartar totalmente esa negativa incidencia. Se hace ineludible sopesar si in casu era exigible otra conducta y qué aportación efectiva ofrecía su presencia. Hay que seguir proclamando desde luego, que la concurrencia de terceros no excluye en un primer momento el deber de auxilio." Pero estima el recurso estima el recurso porque "cuando se está en un sitio tan concurrido como el escenario del accidente; cuando el responsable del hecho extrae de esa consideración la certeza de que no va a faltar el rápido aviso a los servicios sanitarios y el auxilio inmediato a las víctimas en tanto llega esa asistencia profesionalizada; y, además puede intuir razonablemente que su aportación no sólo iba a resultar irrelevante, sino que además podía verse anulada por una instintiva reacción contra él de algunos de los presentes, no es desatinado negar la reprochabilidad penal de la conducta consistente en continuar su marcha". En definitiva, la caracterización general de la Jurisprudencia a que hace referencia el recurrente no excluye el examen personalizado, caso por caso, para valorar las circunstancias concurrentes, en particular la situación de riesgo de la víctima, la conciencia del infractor de dicha situación de peligro y la necesidad de asistencia

[24] *Vid.* en https://www.seguridadpublica.es/2015/08/la-fuga-del-lugar-del-accidente/. Comentario a la sentencia del TS de 24 de septiembre de 2014 por Eduardo de Urbano Castrillo.

conducta gravemente negligente, produce un deber de asistencia a quien se encuentra desamparado y en peligro manifiesto y grave, superior en intensidad al que tienen otras personas ajenas al suceso, pudieran allí estar presentes conociendo tal situación de la victima[25]".

h) Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de noviembre de 2018, que condena por el delito to homicidio por imprudencia, pero ABSUELVE por el delito de omisión del deber de socorro por el mismo motivo que la anterior, manteniendo que la víctima fue atendida "inmediatamente" al haber muchas personas: además el conductor "no tenía conocimiento" de que el atropello "fuera tan grave", la víctima tenia 20 años y era estudiante. La sentencia dice que "…dada la existencia de numerosas personas en el lugar en el momento del atropelló que atendieron inmediatamente a la víctima y avisaron a los servicios de urgencia que acudieron atenderla. No puede concluirse que hubiera habido un desamparo de la víctima. Ello unido a la falta de conocimiento por parte del acusado del alcance del atropello que realizó, de que fuera tan grave, permite establecer, como ha señalado el Alto Tribunal, que no llega a cubrir la conducta del acusado todas las exigencias del tipo del artículo 195.3 CP[26]".

Resumiendo, había dificultades en la aplicación del delito de omisión del deber de socorro, pues:

– La muerte de la víctima impedía tratar el caso como "situación de peligro manifiesto y grave o desamparo".

– Tampoco se aplicaba la omisión del deber de socorro cuando podía existir una situación de riesgo propio al conductor causante o terceros.

– Ni tampoco cuando el causante se alejaba del lugar del accidente habiéndose cerciorado que las lesiones causadas están siendo atendidas[27].

[25] la STS de 15 de marzo de 2007 que absolvió del delito de omisión del deber de socorro a un conductor que atropelló a una niña gitana y no paró al quedar acreditado por la documental fotográfica que a ambos márgenes de la calzada se encontraban viviendas de un asentamiento de personas de etnia gitana y el acusado tenía motivos suficientes para temer por su integridad física ante la posibilidad de ser agredido si se hubiera parado para prestar el auxilio debido

[26] Base de datos del CENDOJ, encontrado en file:///D:/Perfiles/mem24/Downloads/AP%20Navarra%2028%20noviembre%202017%20(2).pdf

[27] Sentencia del Tribunal Supremo 706/2012 de 24 de septiembre (ponente Excmo. Sr. Antonio del Moral).

– No se entendía tampoco omisión del deber de socorro cuando las lesiones eran menos graves.

– Cuando el hecho era causado fortuitamente habia dificultades en la aplicación de la pena.

– Y finalmente problemas concursales entre el delito imprudente y el delito de omisión del deber de socorro.

Ante estas situaciones, las conductas de los conductores, huyendo del lugar del atropello, "no se llegaba a cubrir todas las exigencias del tipo del artículo 195.3" del Código Penal, "no ya porque la omisión de auxilio por el autor fuese inocua para la vida o salud de las víctimas (lo que no es decisivo), sino por sus más que probables percepciones subjetivas fundadas".

El legislador entendió que habia que penalizar esta conducta, como se ha señalado en el Preámbulo de la Ley para evitar "la maldad" de quien provoca un accidente y se da la a fuga y lograr un comportamiento debido y cívico de todos.

Además, al margen de discusiones doctrinales en sede judicial respecto al delito de omisión del deber de socorro -todas ellas legítimas y correctas dentro del inalienable derecho de defensa-, con la interiorización de la existencia de este delito de fuga, la generalidad de los conductores que ya se detenían se verán incrementadas por un porcentaje grande o pequeño que lo harán por el conocimiento del delito. Y eso es positivo.

IV. EL DELITO DE ABANDONO DEL LUGAR DEL ACCIDENTE EN EL CÓDIGO PENAL

Tras un accidente los primeros auxilios son cruciales. De la rapidez en la asistencia a los heridos depende su sanidad, el proceso de curación y, en muchos casos, la vida de los accidentados.

La ayuda inmediata de quien ha causado el accidente es una cuestión cívica y demás no es compleja si tenemos en cuenta que estamos en la era de las comunicaciones donde es fácil ayudar a las víctimas con una simple llamada telefónica.

El nuevo artículo 382 bis del Código Penal tipifica así el nuevo delito de fuga tras causar un accidente: "*El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra*

riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente".

Se sanciona, por tanto, el delito de huida del lugar de los hechos después de haber cometido un ilícito penal del art. 152 o que cause lesiones de los arts. 147.1, 149 y 150 CP. No se exige que la conducta inicial sea calificada como imprudencia grave o menos grave, sólo que se haya causado un accidente, por lo que la conducta típica incluye también, si fuera el caso, la imprudencia leve.

El delito se comete por "darse a la fuga" habiendo causado el accidente, con independencia del grado de la imprudencia.

Para lo que sí se tiene en cuenta ese grado de imprudencia es para la horquilla de condena, que va de 6 meses a 4 años de prisión en las acciones imprudentes, y de 3 a 6 meses de prisión en las de carácter fortuito o imprudencia leve. En ambos casos, la condena lleva aparejada la privación del permiso de conducir. En el primer supuesto, entre uno y cuatro años y, en el segundo, entre seis meses y dos años.

La cita única y común es "el conductor de un vehículo que abandone el lugar de los hechos… tras causar un accidente", desapareciendo la llamada del artículo 195 del Código Penal de que la víctima se halle desamparada y en peligro manifiesto.

Los requisitos de este tipo penal son:

1º Que se castiga al que abandone el lugar del accidente:

– en el que fallecieren varias personas

– o en el que se causaren lesiones previstas en el artículo 152.2 del CP, es decir, las lesiones a las que se refiere el artículo 147.1 CP, 149 y 150 CP.2º No se exige que la conducta inicial sea causada con imprudencia grave o menos grave, pues solo dice "que se haya causado el accidente", por lo que cabría también en los supuestos en que la imprudencia sea leve[28].

[28] Magro Servet, V., Diario La Ley, 9346, 28 de enero de 2019, y en Diario La Ley, 9304, 22 de noviembre de 2019.

2º Es una conducta autónoma dentro del capítulo IV del Título XVII del Código Penal dedicado a los delitos contra la seguridad vial, por entender que se trata de una conducta diferente, dolosa e independiente de la conducta previa imprudente o fortuita.

V. DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE OMISIÓN DEBER DE SOCORRO Y EL NUEVO DELITO DEL ARTÍCULO 382 BIS DEL CP

El delito de omisión del deber de socorro requiere para su existencia[29]: 1º) una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita. 2º) una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente. 3º) una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar. La existencia de dolo se ha de dar como acreditada en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva[30].

[29] Sentencia del TS 4272000, de 19 de enero y otras que cita: SSTS 23 de febrero de 1981; 27 de noviembre de 1982; 9 de mayo de 1983; 18 de enero de 1984; 4 de febrero y 13 de marzo de 1987; 16 de mayo, 5 de diciembre de 1989, 25 de enero, 30 de abril y 18 de mayo de 1991 y 13 de mayo de 1997 y10 de enero de 2000). En igual sentido Sentencia del Tribunal Supremo 1304/2004, de 11 de noviembre (RJ 2004, 7537) , con cita de la Sentencia 42/2000, de 19 de enero (RJ 2000, 435), el delito de omisión del deber de socorro requiere para su existencia: 1º) Una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita. 2º) Una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente. 3º) Una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar (SSTS 23 de febrero de 1981 [RJ 1981, 770]; 27 de noviembre de 1982 [RJ 1982, 7211]; 9 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2662]; 18 de enero de 1984; 4 de febrero y 13 de marzo de 1987; 16 de mayo, 5 de diciembre de 1989, 25 de enero, 30 de abril [RJ 1991, 3008] y 16 de mayo [RJ 1991, 3677] de 1991, 3 de mayo de 1997 [RJ 1997, 4504]) y 23 de julio de 2002, nº 1422/2002 [RJ 2002, 8260]. La existencia de dolo se ha de dar como acreditada en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva.

[30] Sentencia de la Audiencia Provincial de islas Baleares 85/2013 de 22 de marzo. JUR 2013/1666067." Es cierto que la conducta desplegada por el Sr. Arsenio declarada como probada, es moralmente muy reprochable, pues se marchó del lugar, hallándose accidentada Alicia, y se fue a su casa a ducharse, para luego volver. Pero también es cierto que junto a Gabriel, sacaron a Alicia del vehículo e intentaron reanimarla. Así se desprende tanto de las dos declaraciones de los mismos como la del testigo Sr. Severiano. Que Gabriel le dijo Don. Severiano que llamara a la ambulancia y así lo hicieron. Por tanto cuando el Sr. Arsenio se marcha del lugar, conducta, reiteramos, que no entendemos correcta, la accidentada no se hallaba desamparada puesto que intentó reanimarla y al marcharse quedó Gabriel

El delito previsto en el artículo 195.3 CP, cuya naturaleza es la de comisión por omisión, exige la concurrencia de todos los requisitos contemplados en la figura básica, esto es, una conducta omisiva de socorro o de demandar con urgencia socorro ajeno si se está impedido, la repulsa del ente social por tal conducta omisiva, consciencia del desamparo y necesidad de auxilio de la víctima con posibilidad del deber de actuar con dolo directo o eventual (STS, Sala 2ª, Núm. 1422/2002, de 23 Jul. (RJ 2002, 8260)

Podemos ver las diferencias en un cuadro comparativo:

	DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO	**DELITO DE ABANDONO DEL LUGAR DEL ACCIDENTE**
ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO	Libro II, TÍTULO IX "de la omisión del deber de socorrro"	Libro II, Título XVII, Capítulo IV "delitos contra la seguridad vial"
BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	Respeto a los vínculos de solidaridad humana	Sancionar la maldad intrínseca de quien abandona el accidente
NATURALEZA	Delito de omisión	Es un delito de acción, de mera actividad y no de resultado
SUJETO ACTIVO	Cualquier persona	Causante del accidente
SUJETO PASIVO	- Desamparada y en peligro manifiesto y grave. - No hay delito si fallece la víctima	- No se exige - Hay delito aunque la víctima fallezca
CONDUCTA	- No socorrer directamente - No demandar auxilio ajeno sino puede socorrer - Accidente imprudente o fortuito. No doloso	- Abandonar el lugar del accidente sin exigir otra conducta.
LESIONES	Lesiones de art. 149 y 150 CP (graves)	Lesiones de art.147.1 149 y 150 CP (graves y menos graves)

reanimándola así como los testigos, entre Don. Severiano que avisó a la ambulancia. Por tanto, las medidas para salvaguardar a la accidentada se tomaron".

DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO	DELITO DE ABANDONO DEL LUGAR DEL ACCIDENTE
Hecho cometido por imprudencia: prisión de 6 meses a 4 años	Hecho cometido por imprudencia: prisión de 6 meses a 4 años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.
Hecho cometido fortuitamente: prisión de 6 meses a 18 meses	Hecho cometido por imprudencia: prisión de 3 meses a 6 meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis a dos años.

VI. CONCLUSIONES

La reforma es muy positiva y ha sido celebrada por las asociaciones de víctimas[31].

La justificación que expone el Gobierno para la reforma del Código Penal en materia de tráfico y seguridad vial responde a una importante demanda social, ante el incremento de accidentes en los que resultan afectados peatones y ciclistas por imprudencias en la conducción de vehículos a motor.

Se trata de un delito de aplicación subsidiaria respecto del delito de omisión del deber de socorro y autónomo.

Responde a la demanda social ante el incremento de accidentes en los que resultaban afectados peatones y ciclistas (colectivos vulnerables) por su mayor desprotección y vulnerabilidad.

Viene a cubrir supuestos no contemplados por el delito de omisión del deber de socorro y llenar vacíos de impunidad del precepto, pues como he puesto de manifiesto si la víctima del accidente fallecía de forma instantánea o había personas en el lugar del accidente que hipotéticamente podían auxiliarla, no entraba en juego el delito del apartado tercero del artículo 195 CP, al considerarse que no se hallaba entonces desamparada ni en peligro manifiesto y grave. El artículo 382 bis permitirá el castigo.

[31] Vid. https://www.infolibre.es/noticias/politica/2019/02/20/victimas_accidentes.

VII. BIBLIOGRAFÍA

LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo, El nuevo delito de abandono del lugar del accidente y otras importantes novedades de la inminente reforma del Código Penal en materia de imprudencia, en: http://asociaciondefiscales.es, 21 de febrero de 2019

MAGRO SERVET, Vicente, El nuevo delito de fuga del art. 382 bis CP en la siniestralidad vial, Diario La Ley, 9346, sección Doctrina, 28 de enero de 2019, Wolters kluwer.

- La inminente reforma penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor, Diario La Ley, 9304, sección Doctrina, 22 de noviembre de 2019, Wolters kluwer.

NÄÄTÄNEN, R./SUMMALA, H. A model for the role of motivational factors in drivers decision-making. Accident Analysis and Prevention, 6, 197

- Road user behaviour and traffic accidents. Amsterdam,1964

PAREDES PORRO, Miguel Ángel, Atestados por delitos contra la seguridad vial, régimen jurídico, instrucción diligencias, actas y jurisprudencia. Artes gráficas Rejas, Mérida, 2012.

* * * * * *

Prof. Dr. Carlos Espino Bermell

Abogado y Profesor-Doctor de la Universidad de Córdoba, España. Licenciado en Antropología Social y Cultural. Socio de la FICP.

~Concurso aparente de leyes penales~

Sumario.- I. Introducción. II. Diferencias conceptuales entre concursos de leyes, concursos de delitos y otros conflictos de normas de igual o superior rango. 1. Concursos de leyes. 2 Concursos de delitos. 3. Doctrina jurisprudencial para diferenciar el concurso de leyes del concurso de delitos. 4. Otros conflictos de normas de igual o superior rango. III. Concurso de infracciones vs. concurso aparente de normas. IV. Vinculación al principio *non bis in ídem.* V. Normativa y presupuestos sobre el concurso de leyes. 1. Normativa. 2. Presupuestos del concurso de normas. VI. Criterios o normas a seguir para solucionar el conflicto de normas (art. 8 CP). VI.1. Criterio de especialidad. VI.2. Criterio de subsidiariedad. VI.3. Criterio de consunción. V I.4. Criterio de alternatividad. VII. Casuística más frecuente de concurso de leyes y concurso de delitos. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía

Resumen.- El presente trabajo nace con vocación de aportar claridad expositiva, bastionada en referencias jurisprudenciales, sobre los distintos concursos que se pueden plantear en la aplicación de la norma penal, con referencias a su valoración judicial, haciendo una breve descripción de los concursos de delitos, amén de analizar otras figuras que previstas en nuestro Código Penal, que nos permita alejarnos de la confusión, diferenciándolos de los concursos de leyes, a los que más se apunta, vinculados a principios como la proporcionalidad, el tradicional *non bis in ídem* o la seguridad jurídica, analizándose la normativa aplicable y citando los presupuestos que se desprenden de ello, desde un enfoque práctico que permita desentrañar, conforme a los criterios o reglas aplicables para este tipo de concursos -especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad-, cómo se ha ido pronunciando nuestro Tribunal Supremo en la casuística más frecuente, finalizando con unas conclusiones fruto del análisis realizado.

I. INTRODUCCIÓN

Como ha venido a señalar LANDEVERDE[1] cuando el juzgador aplica una norma jurídica del Código Penal a un concreto caso que se somete a su decisión, ha de desarrollar como mínimo dos operaciones principalmente: determinar los hechos conforme a las pruebas -añado para declararlos así probados en la sentencia-, y determinar la figura delictiva que debe aplicarse a un determinado hecho perpetrado, quedando resuelto lo primero en el transcurso del juicio oral con la oportuna valoración de las pruebas, y lo segundo nos lleva a seleccionar la norma aplicable en cuanto a la calificación de la conducta delictiva, que con cierta frecuencia coincide con las características de dos o más tipos penales, debiendo realizar de esta manera un análisis completo.

Así, en el concurso aparente de normas hay una inicial coincidencia de dos o más normas con respecto al hecho cometido, por lo que aparentemente se podría llegar a apreciar un conflicto de normas, sin que ninguna quede desplazada hasta determinar cuál es la aplicable al caso concreto, de lo que se deduce que estamos ante un problema

[1] LANDEVERDE, M., El concurso aparente de leyes, en Enfoque Jurídico, 2015.

de interpretación, que surge cuando el sujeto activo realiza una acción que podría, aparentemente, ser calificada en dos o más tipos penales, cuando en realidad, después de la oportuna exégesis, llegamos a que sólo se puede aplicar uno de ellos.

II. DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE CONCURSOS DE LEYES, CONCURSOS DE DELITOS Y OTROS CONFLICTOS DE NORMAS DE IGUAL O SUPERIOR RANGO

1. Concursos de leyes

Para el análisis del concurso aparente de leyes es un buen punto de partida establecer una distinción entre éste y los denominados concursos de delitos, amén de analizar además ciertas figuras relacionadas con ello.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC [2] nos proporcionan un magistral concepto del denominado concurso aparente de leyes, que por su sencillez y claridad expositiva plasmo literalmente:

> *"Se habla de concurso de leyes penales para designar la situación que se crea cuando de un mismo hecho, constitutivo de una sola infracción, se ocupan dos (o más) preceptos, y, aparentemente, ambos le son aplicables, aunque sólo uno lo es".*

Del anterior concepto se colige que se da el concurso aparente de normas cuando un hecho puede incardinarse en lo dispuesto en varios tipos penales, pudiéndose subsumir dichos hechos típicos en cualquiera de ellos, por lo que hemos de inclinarnos por el que esté más próximo al seguimiento de los criterios previstos en el art. 8 CP, que resuelve sobre los eventuales conflictos de leyes, en aras a dar satisfacción al principio de seguridad jurídica, contemplando a modo de exclusión la referencia que dicho precepto hace a los concursos previstos sus arts. 73 a 77 sobre los concursos de delitos.

Dicho de otro modo, el concurso aparente de leyes penales es el que se da cuando unos hechos se pueden incardinar en un mínimo de dos tipos penales, por lo que para evitar la vulneración del principio *non bis in ídem* sólo se aplica uno de los tipos de los previstos en nuestro Código Penal, siguiendo básicamente uno de los cuatro criterios que más adelante se expondrán, más concretamente el criterio de especialidad.

Siguiendo la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal también podemos encontrar ubicación conceptual de este concurso de normas. En este sentido se recoge en SSTS

[2] ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, Compendio de Derecho Penal Parte General, 8ª ed., 2019, p. 146.

21-9-2011 y 1-2-2012 que este conflicto es de naturaleza valorativa, produciéndose cuando en dos o más leyes, que tienen el mismo rango y son coetáneas en su vigencia, con unos determinados matices, se contiene un juicio negativo sobre la misma acción, de tal modo que cuando el sujeto activo la ejecuta en principio todas ellas podrían aplicarse, procediendo aplicar sólo una de ellas, al quedar así saldado totalmente el desvalor de dicha acción.

2. Concursos de delitos

Figuras distintas son los concursos de delitos, que acaecen cuando se da lugar a varias infracciones como efecto de una o varias acciones u omisiones del sujeto activo, debiéndose distinguir dentro del concurso de delitos: el concurso real, que se da cuando varias acciones dan lugar a varias infracciones; el concurso ideal, que sería el supuesto en el que una acción da lugar a varias infracciones; concurso medial, que se da cuando una infracción penal sirve de medio para la comisión de otra distinta según la tipificación de nuestro Código Penal; delito continuado, que se da en el supuesto de que el sujeto activo cometa varias infracciones tipificadas, en ejecución de un plan anteriormente preconcebido, o aprovechando idéntica ocasión.

Como señala VICENTE DE GREGORIO[3] no deben pasarse por alto los que se han venido a llamar *tipos que incluyen conceptos globales*, tratándose de hechos plurales insertos en una única figura delictiva, obligando a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituyen, no un delito continuado, sino una sola infracción penal, a lo que habría que añadir el denominado delito masa, sobre el que siguiendo los criterios expuestos por esta autora serían que el sujeto activo realice una misma acción o varias repetidas pero homogéneas, que dichas acciones se encaminen a defraudar a una masa de personas o a una colectividad indeterminada de individuos, y que el hecho revista notoria gravedad.

En relación a dichas diferencias conceptuales señalan QUINTANAR DÍEZ/ LÓPEZ GÓMEZ/ ORTIZ NAVARRO [4] que la clave para diferenciar un concurso de otro, se encuentra tanto en la genuinidad de uno de ellos como en la simple apariencia del otro, que ha de resolverse mediante la aplicación del principio de especialidad que rige en la

[3] VICENTE DE GREGORIO, M, Reglas generales y especiales para la aplicación de las penas (Arts. 61 a 79 CP), 2019, pp. 70-75.

[4] QUINTANAR DÍEZ, M / LÓPEZ GÓMEZ, C / ORTIZ NAVARRO, J, Elementos de Derecho Penal Parte General, 3ª ed.., 2020, pp. 44-45.

interpretación de las normas penales, y ello desde el más absoluto respeto del principio *non bis in ídem.*

Más concretamente, JARAMILLO RESTREPO[5], relaciona el concurso ideal de delitos con el concurso aparente que nos ocupa, viniendo a señalar que éste se contrapone al aquel, si bien deben tratarse de forma conjunta para su comprensión, de modo que en el concurso ideal todas las normas que concurren se aplicarían, ya que el hecho puede ser entendido en su plenitud, en su valor y en su significación penal, si se le pone en parangón con todas y cada una de las normas que gravitan en torno al mismo. Sin embargo, en el concurso aparente el hecho ha de ser entendido plenamente en relación a una norma única, ya que las demás quedarían eliminadas en cuanto apliquemos la primera.

3. Doctrina jurisprudencial para diferenciar el concurso de leyes del concurso de delitos

Entiendo que nuestro Tribunal Supremo es muy riguroso en esta diferenciación, por lo que sin perjuicio del resto de sentencias que en este sentido se plasmarán en este trabajo, resulta loable y acertada la alusión jurisprudencial que hace WHITMAN ABOGADOS[6] respecto a esta diferenciación, sobre todo al relacionar el concurso de leyes con el concurso ideal de delitos, siendo fundamental la STS 27-3-2017 dictada por la Sala 2ª de lo Penal, en la que se expresa:

> *"…esta Sala se ha pronunciado sobre el alcance del concurso de leyes y su distinción del concurso de delitos. Así en la Sentencia 413/2015, de 30 de junio, haciéndose mención de la Sentencia 97/2015, de 24 de febrero, se declara que la doctrina científica y jurisprudencia son contestes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipo o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio ´´non bis in indem´´. Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables (SSTS 1424/2005, de 5 de diciembre, 1182/2006, de 29 de noviembre y 1323/2009 de 30 de diciembre"*

Continúa añadiendo el Tribunal:

> *"…entre uno y otro supuesto existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho*

[5] JARAMILLO RESTREPO, J., Método para la solución del concurso aparente una nueva aproximación, Universidad de los Andes, 2008, p. 3.

[6] WHITMAN ABOGADOS, en Whitman Abogados, 2017.

se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del ´´non bis in idem´´. En cambio, en el concurso de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado. En definitiva, como recuerda la STS 342/2013 de 17 de abril, el concurso de norma implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación de hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, de 29 de marzo). Y en la Sentencia 35/2012, de 1 de febrero, se examina si las distintas acciones del acusado deban ser calificadas con arreglo a las normas que disciplinan la relación de consunción (art. 8.3 CP), como modalidad del concurso aparente de normas. Como es sabido, el concurso normativo implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción".

4. Otros conflictos de normas de igual o superior rango

Tal y como puede llegar a deducirse de todo lo que se ha expresado hasta el momento, considerando el rango y coetaneidad en la vigencia de normas, según lo ya expuesto sobre la conceptualización que lleva a cabo el Tribunal Supremo al realizar un análisis sobre el concurso aparente de normas, conflictos distintos a los expresados son los que se producen entre disposiciones de distinto rango jerárquico que tratan igual materia.

Para resolver estos últimos conflictos hemos de tomar como punto de referencia el art. 9.3 de la Constitución Española, desde el lógico e inexorable principio por todos conocido de que la norma de rango superior prima sobre la de rango inferior, o los conflictos que se derivan entre normas igual rango pero que se suceden temporalmente, que lógicamente quedan resueltos con la máxima jurídica de que la norma posterior deroga a la anterior.

III. CONCURSO DE INFRACCIONES VS. CONCURSO APARENTE DE NORMAS

Los catedráticos ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC[7] acuden a los criterios de

[7] ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, Compendio de Derecho Penal Parte General, 8ª ed., 2019, p. 156.

nuestro Tribunal Supremo para la comprensión de las diferencias entre ambos tipos de concurso, por lo que vamos a seguir su fundamentación jurídica, para inicialmente destacar que nuestro Alto Tribunal ha sostenido criterios distintos al respecto.

Para ello se viene a tomar como punto de referencia la consideración de si ha habido unidad o pluralidad de acciones, y con ello estaríamos ante un concurso ideal o real, respectivamente, si bien un buen número de resoluciones ha venido a considerar desde este punto de partida el elemento volitivo, de modo que si el agresor pretendía los variados resultados ocasionados con su acción, por ejemplo matar a 5 personas que se encuentran en un local, colocando una bomba, con dolo directo por tanto, estaríamos ante un concurso real de delitos.

Sin embargo, si la voluntad del agresor afecta de forma directa y primordialmente a la acción, y no a los resultados, lo que se identificaría como dolo eventual, en ese supuesto sólo cabe considerar que hay concurso ideal, tal y como se fundamenta tanto en la STS 11-2-1988 como en la STS 11 de junio de 1996.

A contrario sensu, hay jurisprudencia como la STS 23-4-1992 (caso de la colza), donde se muestra insistencia en el criterio de unidad de acción, sin que llegue a admitirse concurso real pese a que se produjesen muchos resultados producidos dolosos.

Ante la disparidad jurisprudencial el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20-1-2015 pretendió unificar los distintos criterios de interpretación, partiendo de la premisa de que hay delitos que prescriben conductas incorporando un resultado, real o potencial, como es el caso del delito de homicidio, de modo que para esclarecer el potencial régimen concursal hemos de contemplar por un lado *la acción de matar* y por otro *el hecho de matar*, última expresión que comprende tanto la acción desarrollada como el resultado que se ha producido o querido, ya que si *acción* implica una conducta, y *"hecho"* recoge tanto la conducta realizada como el resultado que se ha llegado a producir.

En relación a ello, si la acción llevada a cabo causa varios resultados, estaríamos ante más de una acción y de tantos hechos como sujetos pasivos, habiendo tantos hechos punibles como víctimas, ya que sobre cada una de ellas se ha desarrollado la acción, de modo que ésta no tiene igual antijuridicidad y culpabilidad cuando la acción se desarrolla contra una o contra varias personas.

En este sentido la STS 19-10-2001 viene a fundamentar que si estamos ante un homicidio, lo que ha de considerarse a efectos del art. 77 CP no es la acción de matar, sino el hecho de matar, que comprende tanto la acción como el resultado, que si se traduce en distintos homicidios que han sido pretendidos por el sujeto activo con dolo directo, bien consumados bien en grado de tentativa, estaríamos ante tantos hechos punibles como sujetos pasivos, y ello desde la óptica de la antijuridicidad y desde la culpabilidad.

En semejante sentido -entre otras- se ha pronunciado la STS 21-5-2014, expresando que en delitos dolosos hay tantos hechos como resultados en los sujetos pasivos, de modo que habrá tantos delitos de homicidio o asesinato, bien consumados o bien intentados, como personas como consecuencia de ello hayan fallecido o hayan sido lesionadas.

Así, la unidad o pluralidad de acciones o de hechos constituye el elemento diferenciador de los posibles concursos, correspondiéndoles distintos criterios o normas en cuanto a la pena a imponer.

Asimismo, en conexión con ello podemos concluir que la unidad o pluralidad de hechos es lo que nos va a marcar el límite entre el concurso aparente de normas penales y el concurso de infracciones.

IV. VINCULACIÓN AL PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM*

La vinculación del concurso aparente de normas al conocido *non bis in ídem* es estrecha, toda vez que en base a dicho principio una única acción ilícita no puede castigarse más de una vez, no tratando el mismo en su relación con la infracción administrativa al no ser el objeto de este trabajo.

A mayor abundamiento, de no respetarse lo anterior se estaría vulnerando el citado principio, al castigarse una acción dos o más veces por estar contemplado en más de un tipo penal de los previstos en nuestro texto sustantivo, por lo que ha de aplicarse aquella norma -y su correspondiente pena- que sea más conforme a las reglas del concurso de normas plasmadas en el art. 8 CP.

Tomando como ejemplo el apuñalamiento a una persona causándole la muerte, supondría poder calificar los hechos bien como homicidio previsto en el art. 138 o bien como asesinato, según lo preceptuado en el art. 139, extremo que nos soluciona la aplicación de las citadas reglas del reiterado art. 8 para el concurso de normas, ya que si

condenásemos por los 2 delitos obviamente se estaría infringiendo el citado principio, habida cuenta que estamos ante una única acción, y por tanto ante una única lesión hacia el bien jurídico protegido.

Consideración distinta tendría el concurso de delitos al relacionarlo con este tradicional principio, en el que es desvalor del hecho no queda agotado aplicándose una ley, siendo precisa más de una para que el referido desvalor resulte contemplado íntegramente. Sería el caso de que el sujeto activo cause lesiones a un agente de la autoridad. En estos casos acudiríamos inicialmente al art. 147 CP para condenar por la agresión física, pero ello no resultaría suficiente ya que también se ha atentado contra otros bienes jurídicos como el orden público, la dignidad dimanante de la función que representa la víctima de este hecho ilícito, por lo que también habría que condenar por el delito de atentado previsto en el art. 550 CP.

V. NORMATIVA Y PRESUPUESTOS SOBRE EL CONCURSO DE LEYES

1. Normativa

En el concurso de leyes, los eventuales preceptos aplicables de forma recíproca se excluyen, por lo que a fin de concretar el precepto aplicable hemos de acudir al art. 8 CP, que no ha sido modificado desde que entró en vigor nuestro vigente texto sustantivo, en el que se establecen los criterios para la resolución de estos posibles conflictos de normas excluyentes, considerando pertinente plasmar aquí su tenor:

> *"Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:*
>
> *1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.*
>
> *2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.*
>
> *3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.*
>
> *4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor".*

Así, en el tenor literal de este precepto, una vez que define el concurso de leyes, una vez que define el concurso de leyes, se pasa a fijar los criterios aplicables para los supuestos no previstos en los arts. 73 a 77 CP, contemplados como reglas especiales para la aplicación de las penas, excluyendo así lo aplicable para el concurso de delitos (concurso real, concurso ideal, concurso medial, delito continuado y delito

masa).contempladas como reglas especiales para la aplicación de las penas, excluyendo así lo aplicable para el concurso de delitos (concurso real, concurso ideal, concurso medial, delito continuado y delito masa).

El problema podría plantearse al realizar una exégesis del precepto en cuanto a si la numeración de las 4 reglas que prevé el art. 8 CP son una mera exposición de los distintos criterios legales para dar resolución a estos concursos de leyes, o si suponen un orden de preferencia en cuanto a su aplicación.

Salvando la regla 4ª por su propio carácter subsidiario con el que se plantea, entiendo que del orden en que aparecen no se puede deducir que se haya de seguir un orden de preferencia, sino que se han de aplicar de forma preferente según el caso.

Se ha venido además a criticar el propio tenor del precepto en cuanto a la redacción las cuatro reglas que contiene, considerando que ello podría llegar a tener incidencia en la interpretación o valoración judicial.

Así lo plasma resumidamente MATUS[8], quien, citando a BUENO para adherirse a su criterio, critica respecto a la primera regla que al no definirse en el precepto en qué consiste la especialidad la falta de interpretación auténtica no lleva a tener que realizar una interpretación usual, comentando sobre la segunda regla que si llega a plasmar en su tenor la expresión "ya sea ésta tácitamente deducible" está dejando a la arbitrariedad judicial su interpretación. Y con respecto a la tercera regla viene a considerar que el uso de conceptos indeterminados como precepto "más amplio o complejo" hace que su redacción sea tautológica.

2. Presupuestos del concurso de normas

Si bien son deducibles de lo anterior se concretan en que por un lado la acción antijurídica pueda ser calificable como infracción de dos o más preceptos previstos en el Código Penal, y por otro lado que resulta presupuesto necesario que no estemos ante un concurso de delitos de los previstos en los arts. 73 a 77 CP.

[8] MATUS, J.P., Revista Chilena de Derecho, vol. 24, n.º 3, 1997, pp. 439-440.

VI. CRITERIOS O NORMAS A SEGUIR PARA SOLUCIONAR EL CONFLICTO DE NORMAS (ART. 8 CP)

1. Criterio de especialidad

Se trata de la regla 1ª prevista en el art. 8 CP. Se aplica a los supuestos en que dos normas describen y valoran un mismo hecho, pero una lo hace de un modo más genérico que la otra, siendo norma general la primera y norma especial la segunda. En la especial se encuentran los elementos de la general más otros que añaden algún nuevo elemento al hecho descrito.

Conforme a este principio la idea central es que la ley especial prevalece sobre la general, esto es, la ley que contempla más detalladamente, que recoge de forma más acabada, más específica y precisa el supuesto de hecho, ha de aplicarse prioritariamente en relación a la que lo contempla de forma más genérica.

Ejemplos: entre el delito de hurto y el de robo debe darse prioridad a éste. O entre el homicidio y el asesinato debe darse prioridad al segundo, o más concretamente, producir la muerte a una persona atacándola por sorpresa y prevaliéndose de la situación especial en que se encuentre la misma es conducta constitutiva de un delito de asesinato conforme al art. 139 1. 1º CP, que es por lo que procedería condenar frente al delito tipificado como homicidio en el art. 138 CP

2. Criterio de subsidiariedad

Es la regla 2ª contemplada en el art. 8 CP. Resulta de aplicación cuando un mismo hecho puede subsumirse en dos preceptos entre los cuales existe una relación de subordinación.

Una norma es principal y la otra subsidiaria, de tal modo que la norma subsidiaria sólo se aplicaría en defecto de la principal, subsidiariedad que conforme al art. 8 CP puede estar declarada de forma expresa en un precepto o puede deducirse tácitamente. En cualquier caso la relación entre la norma principal y la norma subsidiaria entiendo que vendría a constituir un subtipo de relación entre la norma general y la norma especial, ya que vienen a ofrecer idéntica solución para resolver el conflicto de normas.

Ejemplos: En relación a este último extremo es expresa dicha relación principal-subsidiaria por ejemplo entre el art. 550 (atentado) y el art. 556 CP (resistencia y desobediencia grave en los términos tipificados en este precepto, que según prescribe

sería la condena procedente para los que no estén incardinados en el art. 550), y sin embargo dicha relación es tácita cuando el legislador no la plasma concretamente, siendo el caso de la relación entre el art. 143.3 (cooperación en el suicidio llegando a ejecutar la muerte) y el art. 139 CP (asesinato), pudiéndose considerar ambos como especies de homicidio.

3. Criterio de consunción

Estamos ante la regla 3ª del art. 8 CP. Conlleva la absorción de un tipo penal por otro, al considerarse que queda integrada una conducta típica, fase ejecutiva o circunstancia accidental en otra.

De este modo un precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones que se consumen en el primero, que de modo más íntegro contempla el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta, siendo de preferente aplicación sobre el que contempla la acción solamente de modo parcial. Contemplado este criterio desde el *iter criminis* la consumación absorbe la tentativa y los actos preparatorios previos

Asimismo, entre otros supuestos específicos de consunción quedarían resueltos según esta regla la relación entre delito de peligro y de lesión si se da la sucesión o la confluencia de los mismos, dando lugar a la aplicación del delito de lesión que absorbería al delito de peligro.

Ejemplos: Un supuesto fácil de comprender sería el que se plantea entre los delitos de los arts. 368 y ss. CP (tráfico de drogas) y los delitos de contrabando, que quedarían consumidos en los de salud pública al ser más amplios. Y como ejemplo de la relación entre el delito de peligro y el de lesión sería el caso de que si un sujeto activo lesiona gravemente a un sujeto pasivo y finalmente le causa la muerte estaríamos al menos ante un delito de homicidio, y no ante un delito de lesiones.

4. Criterio de alternatividad

En defecto de poder aplicar los anteriores criterios conforme a esta regla 4ª contemplada en el art. 8 CP el precepto penal más grave ha de excluir los que castiguen el hecho con una pena menor.

Como señala OBREGÓN GARCÍA[9] esta regla dispone que en el supuesto de que, para calificar un hecho, entren en concurso dos o más preceptos penales, siempre que no sean de aplicación las normas del concurso de delitos plasmadas en los arts. 73 a 77, ni tampoco las reglas que anteriormente cita el art. 8 CP -especialidad, subsidiariedad y consunción-, el precepto penal que sea más grave excluirá los que castiguen el hecho con una pena menor.

De este modo, se viene a denominar *relación de alternatividad* a la que se establece entre las leyes en concurso que disciplina esta regla, aunque esta expresión es sometida a juicio, de modo que es frecuente que la doctrina se refiera a esta regla mediante la descripción de lo que es su consecuencia: aplicación del precepto que impone una pena superior.

Hay quien considera que estamos ante un criterio de subsidiariedad o consunción impropia o relativa, y aun estando ante casos en que entre uno y otro precepto infringido no se puede distinguir un mayor o menor reproche penal, realmente no hay ni consunción ni subsidiariedad, ya que entre el tipo que ha de prevalecer y el desplazado no hay una pertenencia a un género común, ni se puede estimar que haya un plus de desvalor o de reproche en uno u otro. En suma, la Ley presume que el tipo más gravemente penado expresa de manera global la reprobación del ordenamiento jurídico, dándose un único ataque al bien jurídico protegido.

Ejemplo: sería el caso que se plantea al relacionar el art. 257.1 (alzamiento de bienes como insolvencia punible) y art. 251.3 del CP (el otorgar un contrato simulado perjudicando a otro, de modo que en estos supuestos ninguno de los tipos descritos contiene plus de reproche o desvalor no previsto en el otro, por lo que hay que condenar por alzamiento de bienes, al ser el delito castigado más gravemente.

VII. CASUÍSTICA MÁS FRECUENTE DE CONCURSO DE LEYES Y CONCURSO DE DELITOS

*Distinción entre unidad natural de acción y concurso de leyes***.** En el supuesto de unidad natural de la acción se dan varias acciones del agresor, integrando todas ellas una única acción típica, y en el concurso de leyes operará una subsunción de unas conductas por otras.

[9] OBREGÓN GARCÍA, A., ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 74, 2008, pp. 64-65.

En cuanto a la unidad natural de acción se ha pronunciado la STS 19-4-2010, señalando que en los casos de *delitos contra la libertad sexual se da si los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de modo temporalmente estrecho, siendo el supuesto de que se produzcan por ejemplo dos o más penetraciones en el mismo contexto y situación, como refiere la STS 15-2-1997, n.º 553/2000, criterio* jurisprudencial que aun se mantiene actualmente, e incluso para otras modalidades delictuales en las que hay una pluralidad de acciones que se ciñen a un único propósito, pudiéndose considerar como la ejecución de una sola.

Concurso de leyes por absorción. Para su comprensión se parte del supuesto prototípico y habitual de que concurran insultos y amenazas vertidas dentro de una unidad de propósito en ataque a una misma víctima, entendiéndose que pese a que inicialmente podríamos considerar que estamos ante distintos bienes jurídicos protegidos, relativa diferencia que realmente no es tal por la propia naturaleza de desprecio del insulto y las palabras amenazantes, podemos hablar de un concurso de leyes en el que la condena amenazas sería suficiente para acaparar todo el desvalor del hecho punible, y ello conforme al criterio de especialidad de la regla 1ª del art. 8 CP, pudiéndose asimismo entender que sería aplicable el criterio de consunción plasmado en su regla 3ª, en cuanto que el precepto más complejo o amplio ha de absorber al que castigue la infracción consumida en aquél,

Absorción por tipos complejos. Ejemplos emblemáticos y frecuentes en nuestros órganos judiciales serían de una parte el supuesto en que concurre un delito de malos tratos en el ámbito familiar del art 153.1.2 y 3 con otro de quebrantamiento del art. 468 CP, absorbiéndose tanto el delito leve de mal trato de obra del art. 147.3 del CP como el de quebrantamiento, y de otra parte el delito de robo con violencia en casa habitada previsto en el art. 242.3 CP absorbería tanto al delito de hurto como al de allanamiento de morada.

Posible concurso entre robo violento y detención ilegal. Para analizar este supuesto vamos a seguir la fundamentación de la STS 22-7-2009, en la que se destaca el intento de fijar una respuesta penal a los distintos casos en los que concurren violaciones de la libertad de deambular con ataques violentos a la propiedad.

Para ello se parte de que los acometimientos a la libertad deambulatoria en este potencial concurso con el ataque patrimonial podría valorarse de tres maneras: absorber la privación de libertad por la agresión patrimonial como si estuviésemos ante un

concurso de normas, considerar que existe un concurso de delitos sancionado en el art. 77.2 CP, o valorarlo como un concurso de delitos que han de penarse de forma separada.

Para inclinarnos por una u otra valoración es frecuente considerar los siguientes criterios, según ya se apuntó en la STS 22-5-2008, n.º 282/2008:

a) Duración. Si el tiempo de privación de la libertad deambulatoria es corto y mínimamente relevante dicho ataque quedaría absorbido por la infracción penal patrimonial, como ya quedó plasmado en la STS 25-10-2007, n.º 856/2007, recurso n.º11.189/2006, en la que se excluye este delito si la privación de libertad es instantánea y fugaz, considerando un límite máximo que permita diferenciar su calificación como concurso medial frente al concurso real, habiéndose criticado la indeterminación vertida en esta fundamentación jurisprudencial.

b) No necesidad que se haya producido un especial ánimo o elemento subjetivo de desprecio hacia la víctima, más allá del dolo que se deduce del conocimiento y voluntad de privar a otra persona de su libertad de deambular por donde estime conveniente.

c) Tiene que darse una relación necesaria entre estos delitos. Conforme a la STS 6-5-2004, n.º 590/2004, lo contemplado en los apartados 1 y 2 del art. 77 CP nos lleva a que se de dicha relación necesariamente, de modo que no es suficiente que la privación de libertad sea instrumental, procurada a tal fin por el autor, si la sustracción no lo exigía de modo necesario.

Pese a ello, la innecesariedad funcional de la privación de libertad para cometer el otro delito, cuya ejecución es realizable si no se hace uso de la privación de libertad, lleva a calificar los hechos como autónomos según alguna resolución como la STS 9-6-2006, n.º 622/2006, recurso n.º 1.795/2005.

Además, como se fundamenta en la STS 5-2-2007, n.º 71/2007, recurso n.º 857/2006, debe atenderse a la gravedad del ataque a la libertad, ya que los casos en que el robo y la detención concurren independientemente sin que se de claramente esa relación medial, existiendo dicha gravedad en relación al robo, o bien siendo innecesario prolongar el tiempo de privación ilícita de libertad, los hechos deben calificarse en la concurrencia de un concurso real de delitos.

Como acertadamente señala la STS 29-4-2009, n.º 430/2009, deviene necesario examinar las características y circunstancias de cada caso. En relación a ello la STS 12-3-2002, n.º 447/2002 estableció que en lo referente al robo con intimidación, resultando necesaria la privación de libertad, dicha detención queda absorbida. Así, estaríamos ante el concurso referido en el art. 77 CP si la detención ilegal es medio necesario e imprescindible para la comisión del robo, o se produce en el trascurso de la dinámica comisiva del mismo, como por ejemplo si se produce durante la fuga.

A contrario sensu, cuando la detención ilegal sobrepasa el tiempo imprescindible para la comisión del robo estaríamos ante un concurso real de delitos, según se fundamenta en las STS 12-3-2002, n.º 477/2002.

VIII. CONCLUSIONES

En el concurso aparente de normas hay una inicial coincidencia de dos o más normas en relación al hecho perpetrado, por lo que si bien inicialmente ninguna se desplazará hasta interpretar cuál es la aplicable, llegamos finalmente a que sólo se puede aplicar una de ellas, valorándose judicialmente el que sea más próximo al caso de los criterios previstos en el art. 8 CP, dando así satisfacción a la seguridad jurídica y al principio *non bis in ídem*, contemplando a modo de exclusión la referencia que dicho precepto hace a los concursos previstos en sus arts. 73 a 77.

Distintos son los concursos de delitos, que se plantean si se da lugar a varias infracciones como efecto de una o varias acciones u omisiones del sujeto activo, debiéndose distinguir dentro del concurso de delitos el concurso real (si varias acciones dan lugar a varias infracciones), el concurso ideal (una acción da lugar a varias infracciones), concurso medial (una infracción penal sirve de medio para la comisión de otra), y de forma próxima el delito masa y el delito continuado (cometer varias infracciones tipificadas, en ejecución de un plan anteriormente preconcebido, o aprovechando idéntica ocasión).

Sin perjuicio de ello la STS 21-5-2014 ha matizado que en delitos dolosos hay tantos hechos como resultados en los sujetos pasivos, de modo que habrá tantos delitos de homicidio o asesinato, bien consumados o bien intentados, como personas como consecuencia de ello hayan fallecido o hayan sido lesionadas.

Así, la unidad o pluralidad de acciones o de hechos constituye el elemento diferenciador de los posibles concursos, correspondiéndoles distintos criterios o normas en cuanto a la pena a imponer, pudiendo concluir que la unidad o pluralidad de hechos es lo que nos va a marcar el límite entre el concurso aparente de normas penales y el concurso de infracciones.

Conflictos diferentes son los que se producen entre disposiciones de distinto rango jerárquico que tratan igual materia, a resolver según el art. 9.3 CE desde el lógico principio de que la norma de rango superior prima sobre la de rango inferior, o los que se producen entre normas igual rango pero que se suceden temporalmente, que quedan resueltos con la máxima jurídica de que la norma posterior deroga a la anterior.

En el concurso de leyes los eventuales preceptos aplicables de forma recíproca se excluyen, debiéndose acudir al art. 8 CP en el que, una vez que define este concurso pasa a fijar los criterios aplicables para los supuestos no previstos en los arts. 73 a 77 CP, como reglas especiales para la aplicación de penas, excluyendo así lo aplicable para el concurso de delitos (real, concurso ideal, medial, delito continuado y delito masa).

Salvo la regla 4ª del art. 8 CP, por su propio contenido subsidiario, entiendo que del orden en que aparecen no se puede deducir que se haya de seguir una prelación, sino que se han de aplicar de forma preferente según el caso.

La regla 1ª o criterio de especialidad supone que la ley especial prevalece sobre la general, esto es, la ley que contempla más detalladamente, que recoge de forma más acabada, más específica y precisa el supuesto de hecho, por lo que ha de aplicarse prioritariamente la misma respecto a lo que se contempla de forma más genérica.

La regla 2ª o criterio de subsidiariedad es de aplicación cuando un mismo hecho puede subsumirse en dos preceptos entre los cuales existe una relación de subordinación. Una norma es principal y la otra subsidiaria, de tal modo que la norma subsidiaria sólo se aplicaría en defecto de la principal, subsidiariedad que conforme al art. 8 CP puede estar declarada expresamente en un precepto o puede deducirse de modo tácito.

La regla 3ª o criterio de consunción conlleva la absorción de un tipo penal por otro, de tal modo que un precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones que se consumen en el primero, que de modo más íntegro

contempla el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta.

La regla 4ª o criterio de altenatividad sencillamente supone que en defecto de poder aplicar los anteriores criterios, el precepto penal más grave ha de excluir los que castiguen el hecho con una pena menor, presumiendo la Ley que el tipo más gravemente penado expresa de manera global la reprobación del ordenamiento jurídico, dándose un único ataque al bien jurídico protegido.

Entre la casuística jurisprudencial más relevante, respecto a la denominada unidad natural de acción se ha pronunciado la STS 19-4-2010, señalando por ejemplo que en los casos de delitos contra la libertad sexual se da dicha unidad cuando los movimientos corporales típicos se repiten en un mismo espacio y tiempo estrecho, siendo el caso de que se produzcan por ejemplo dos o más penetraciones en el mismo contexto y situación.

Remitiéndome al resto de casuística plasmada en este trabajo, finalizo destacando el frecuente caso sobre posible concurso entre robo violento y detención ilegal, sobre el que la STS 29-4-2009 ya señaló que es necesario examinar las características y circunstancias de cada caso. En relación a ello la STS 12-3-2002, n.º 447/2002 estableció que en el robo con intimidación si la privación de libertad resulta necesaria quedaría absorbida, estando ante el concurso del art. 77 CP si la detención ilegal es medio necesario e imprescindible para cometer el robo, o se produce durante la dinámica comisiva del mismo. *A contrario sensu*, cuando la detención ilegal sobrepasa el tiempo imprescindible para cometer el robo estaríamos ante un concurso real de delitos (STS 12-3-2002).

IX. BIBLIOGRAFÍA

JARAMILLO RESTREPO, J., Método para la solución del concurso aparente una nueva aproximación, Universidad de los Andes, 2008.

LANDEVERDE, M., El concurso aparente de leyes, en Enfoque Jurídico, 2015, disponible en: https://enfoquejuridico.org/2015/03/24/el-concurso-aparente-de-leyes/. Última visita el 22 de agosto de 2020.

MATUS, J.P., El concurso (aparente) de leyes en la reforma penal latino americana, Revista Chilena de Derecho, vol. 24, n.º 3, 1997.

OBREGÓN GARCÍA, A., Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código Pena, ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 74, mayo-agosto 2008

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, Compendio de Derecho Penal Parte General, 8ª ed., Tirant lo Blanch, 2019.

QUINTANAR DÍEZ, M / LÓPEZ GÓMEZ, C / ORTIZ NAVARRO, J, Elementos de Derecho Penal Parte General, 3ª ed., Tirant lo Blanch, 2020.

VICENTE DE GREGORIO, M, Reglas generales y especiales para la aplicación de las penas (Arts. 61 a 79 CP), Madrid, 2019.

WHITMAN ABOGADOS, ¿Qué diferencia existe entre el concurso de leyes y el concurso de delitos?, en Whitman Abogados, 2017, disponible en: https://www.whitmanabogados.com/que-diferencia-existe-entre-el-concurso-de-leyes-y-el-concurso-de-delitos/. Última visita 22 de agosto 2020.

* * * * * *

Prof. Dr. Carlos Espino Bermell

Abogado y Profesor-Doctor de la Universidad de Córdoba, España. Licenciado en Antropología Social y Cultural. Socio de la FICP.

~Responsabilidad civil derivada del delito~

Sumario: I. Naturaleza. II. Normativa aplicable. III. Extensión de la responsabilidad civil. 1. Restitución. 2. Reparación. 3. Indemnización. IV. Compensación de culpas. V. Fijación de la cuantía. Mención especial al daño moral. VI. Fijación de la cuantía. Mención especial al daño moral. VII. Personas responsables civilmente. 1. Autores y cómplices. 2. Aseguradoras. 3. Exentos de la responsabilidad criminal. 4. Partícipe por título lucrativo de los efectos del delito. 5. Responsables civiles subsidiarios. *a) Supuestos del art. 120 CP. b) Supuestos del art. 121 CP: entes públicos.* VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

Resumen: Partiendo de la naturaleza civil de la responsabilidad tratada en este trabajo, se aborda su regulación mixta, civil y penal, así como toda la extensión de esta responsabilidad civil, tratándose aspectos concomitantes que se dan en la praxis judicial, como la compensación de culpas o la dificultad de fijar la cuantía, sobre todo cuando se exige por daño moral, concretando los parámetros subjetivos a los que se viene a atender por nuestros órganos judiciales para la determinación de su cuantía, ante la ausencia de reglas objetivas a las que acudir, para continuar analizando las personas que pueden resultar responsables como consecuencia del ilícito penal, estableciendo unas conclusiones finales, para finalizar con la referencia bibliográfica de las fuentes de las que se ha bebido fundamentalmente.

I. NATURALEZA

Dicho en pocas palabras, se trata de reparar o compensar las consecuencias o daños que el delito ha supuesto tanto para la víctima como para otros perjudicados.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC [1] señalan que la naturaleza civil o penal de esta responsabilidad fue tema sujeto a controversia, que en la actualidad queda más que resuelta desde el tenor del art. 1092 CC.

Asimismo, como vienen a señalar QUINTANAR DÍEZ/LÓPEZ GÓMEZ/ORTIZ NAVARRO [2] la conexión entre el delito y el daño civil ha sido discutida doctrinalmente, considerándose por parte de algunos autores que el daño civil está vinculado a la lesión penal de forma estrecha, mientras que para otros es el efecto o consecuencia de las que se pueden presentar o no con la comisión de un delito, mientras que un tercer sector doctrinal considera que existen delitos sin consecuencias civiles y otros que llevan de modo inherente el daño civil, siendo la postura defendida por los tres juristas citados en este párrafo.

[1] ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, Compendio de Derecho Penal Parte General, 8ª ed., 2019, p. 555.

[2] QUINTANAR DÍEZ, M / LÓPEZ GÓMEZ, C / ORTIZ NAVARRO, J, Elementos de Derecho Penal Parte General, 3ª ed.., 2020, p. 275.

Los mencionados autores continúan resaltando el hecho de que el sistema español difiera de otros sistemas europeos, considerando que en caso de ejercitarse conjuntamente la acción civil con la penal, sin perjuicio del derecho de la parte perjudicada a renunciar a la civil o reservarse su derecho para ejercitarlo en la jurisdicción civil, si se ejercitan ambas acciones en el proceso penal el juzgador ha de resolver en el mismo sobre ambas, siempre que lógicamente la civil sea consecuencia o dimane del delito, siendo la responsabilidad criminal personalísima, mientras que la civil puede extenderse a otras personas distintas del sujeto activo del delito.

En cualquier caso, podemos entender que la comisión de un delito no sólo acarrea la responsabilidad criminal, sino también -de existir- la responsabilidad civil *ex delicto,* si bien la naturaleza de una responsabilidad y otra es bien distinta. Respecto a la primera con la imposición de pena el condenado responde frente al Estado, mientras que con la segunda lo que principalmente se pretende es compensar las consecuencias que la comisión de dicho delito ha tenido tanto sobre la víctima como sobre los perjudicados del mismo, figuras no siempre coincidentes.

Partiendo de lo anterior podemos considerar que la responsabilidad civil es una consecuencia o efecto del delito, de tal modo que su naturaleza, bien civil o bien procesal, no ha sido inconveniente para que se regula dentro del Código Penal, precisamente por ser una de las consecuencias del delito.

A mayor abundamiento, hemos de entender que el principal motivo por el que esta institución se ubica en el Código Penal, pese a su naturaleza civil, es de índole práctico, habida cuenta que las resoluciones penales condenatorias pueden acarrear distintas sanciones dinerarias, y siendo la responsabilidad civil una consecuencia más de delito, en su caso, por razones de sistemática debe ser contemplada en nuestro texto sustantivo penal.

II. NORMATIVA APLICABLE

Una de las peculiaridades más destacables en relación a esta materia reside en su regulación legal mixta, en el sentido de que estamos ante una deuda de naturaleza civil que surge en el sedo de un proceso penal, por lo que su regulación la vamos a encontrar tanto en la normativa penal como en la civil.

La responsabilidad civil genérica está regulada en nuestro Código Civil, concretamente en su art. 1089, en el que se dispone que "*las obligaciones nacen de la*

ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia", precepto que está relacionado con su art. 1092[3] que dispone más concretamente sobre la materia objeto de este trabajo, al establecer que "*las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal"*, siendo por tanto nuestro propio texto sustantivo civil el que nos remite a su equivalente penal.

Partiendo de dicha remisión la responsabilidad civil *ex delicto* se regula en el art. 109 CP, estableciéndose en su apartado 1 que "*la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados,* dando al perjudicado en su apartado 2 la opción ya apuntada de poder *exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil".*

Continúa su art. 110 prescribiendo que "*la responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende la restitución, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios".*

Es este contexto resulta desarrollado y concretado el anterior precepto en sus arts. 111, 112 y 113 CP, haciendo en este trabajo un análisis de los mismos al tratar "*la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios"*, dentro de su apartado que lleva por título "*Extensión de la responsabilidad civil"*, sin perjuicio de ya precisar que podemos entender por daños los causados en las cosas, y por perjuicios el resto de los producidos por el ilícito penal.

La normativa que contempla la extensión de la responsabilidad civil, prevista en el Capítulo I del Titulo V del Libro I del Código Penal, se completa con sus arts. 114 y 115.

Sin perjuicio de que se incidirá más adelante en su contenido, en el primero se establece que "*Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.* Y en su art. 115 se prescribe que *"Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los*

[3] Pese a la reforma operada por la LO 1/2015 por la que se suprime del Código Penal las infracciones que son constitutivas de faltas, este art. 1092 aun no ha sido modificado en este sentido, por lo que de *lege ferenda* en rigor se requeriría dicha modificación elidiendo la locución "faltas", ya que en la expresión "delitos" se abarcan lógicamente todos, incluyendo los delitos leves que vendrían a sustituir a las anteriores faltas.

daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución".

Finalmente, la regulación de las personas civilmente responsables se trata en el Capítulo II del Titulo V del Libro I del Código Penal, quedando con ello así fundamentalmente regulado en dicho texto sustantivo la responsabilidad civil *ex delicto*, sin perjuicio de lo dispuesto en el mismo y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación a la ejecución de la responsabilidad civil que se deriva del delito, personas responsables civilmente que asimismo se irán analizando en este trabajo.

III. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Para la comprensión de la misma hemos de acudir primero al art. 109 CP, modificado su apartado por la Ley Orgánica 1/2015, que entró en vigor el 1 de julio de 2015:

> *"1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.*
>
> *2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil".*

Aún con mayor precisión el art 110 CP, que conserva su redacción original, establece:

> *"La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:*
>
> *1.º La restitución: 2.º La reparación del daño; 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales".*

En relación a ello de la STS Sala 2ª de 13 de octubre de 1990[4] podemos colegir con claridad que en primer lugar se trata de alcanzar la restitución de los efectos del ilícito penal, y si ello no puede llevarse a cabo, o si lo que se ha recuperado presenta un importante deterioro o devaluación, es cuando hemos de acudir bien a la reparación del daño o bien a la indemnización de los daños y perjuicios, estando obligado el juzgado a seguir dicho orden de preferencia.

1. Restitución

El art. 111 CP, reformado su apartado 1 por la Ley Orgánica 1/2015 y que entró en vigor el 1 de julio de 2015 dispone lo siguiente:

> *"1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar*

[4] TOL2.414.730. Fallo condenatorio. Ponente: Luis Vivas Marzal.

> *aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito.*
>
> *2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable".*

Así, cabe que en los ilícitos penales en los que pueda hablarse de que ha habido desplazamiento patrimonial, en los que el proceder a la restitución del daño podría conllevar la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico que se haya celebrado en virtud de dicho desplazamiento patrimonial.

La restitución es el concepto que presenta mayor claridad, si bien no puede aplicarse para todos los ilícitos penales, ya que se refiere a la devolución del mismo bien y no de otro equivalente, y ello no siempre es posible, de modo que cuando sí lo sea se hará mediante el pago equivalente a las potenciales depreciaciones que haya sufrido el bien, dentro de la discrecionalidad judicial.

Aun así, se prevé en el apartado 2 de este precepto que esta disposición no se puede aplicar a los casos en que la tercera persona haya hecho suya la cosa o el bien, de tal manera que conforme a la normativa aplicable a dicha adquisición le sea aplicable la institución de la irreivindicabilidad, de tal modo que en este último supuesto la restitución se transformará en indemnización, como de hecho también sucede, al menos parcialmente, cuando se trata de restituir un bien que se encuentra deteriorado o menoscabado.

2. Reparación

El concepto de reparación se regula en el art. 112 del CP, que conserva su redacción original, disponiendo lo siguiente:

> *"La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa".*

En materia de reparación del daño, por tanto, la discrecionalidad del juzgador es la que va a determinar la cuantía que ha de abonarse por el obligado a ello, como responsabilidad civil *ex delicto,* sin poderse recurrir esta parte de la sentencia en casación.

3. Indemnización

La indemnización de los perjuicios materiales y morales aparece regulada en el art. 113 CP, que asimismo conserva su redacción original, que dispone literalmente:

> *"La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros".*

La determinación de la indemnización de los perjuicios materiales es fácil de llevarla a cabo, ya que se pueden valorar sin dificultad por su propia naturaleza. Más problemática resulta la acreditación y valoración de los perjuicios morales, motivo por el que me detengo especialmente en este extremo.

Respecto a estos últimos debe atenderse a la gravedad de la lesión que se ha producido y a las circunstancias concretas del supuesto, por lo que la discrecionalidad judicial juega aquí un papel importante, por mucho que queramos acudir a las máximas de experiencia. Concretamente, en cuanto a su acreditación la jurisprudencia da importancia a la moderación en su exigencia.

En este sentido la STS Sala 2ª 589/2009, de 21 de abril de 1999[5] viene a dejar claro que estos daños son complicados de valorar de forma precisa y exacta, tratándose de indemnizar los sufrimientos personales que siente el perjudicado, considerándose la valoración social de los mismos en relación a lo que así se considera como dolor o sufrimiento de la víctima, hablándose de la zozobra o preocupación anímica.

En lo atinente a qué ha de calificarse como daño moral la STS Sala 1ª 583/2015, de 23 de octubre de 23-10-2015[6] concreta que serían todos los que dimanen del daño producido cuando no sea posible su evaluación patrimonial, pudiendo provenir de un menoscabo en el ámbito moral estricto o psicofísico del perjudicado, incluyéndose los sufrimientos o menoscabos que haya sufrido aunque no tengan una traducción económica, sin que sea necesaria su concreción en patologías físicas o psicológicas, como apunta en este último sentido la STS Sala 2ª 589/2009, de 21 de abril de 1999[7].

[5] TOL5.515.146. REC: 2299/1997. Fallo desestimatorio. Sección Primera. Ponente: Joaquín Martín Canivell.

[6] TOL5.534.775. Fallo desestimatorio. Sección Primera. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

[7] TOL5.515.146. REC: 2299/1997. Fallo desestimatorio. Sección Primera. Ponente: Joaquín Martín Canivell.

Así, en la valoración judicial para su establecimiento debe apreciarse la repercusión que el mismo ha tenido en la psique del perjudicado, según las pautas habituales del comportamiento humano que así han sido aceptadas socialmente.

Por todo ello, el órgano sentenciador tendrá que poner en parangón todas las circunstancias expuestas, así como las concurrentes en el caso concreto, esto es, la edad, salud, parentesco, dependencia económica o edad del perjudicado, que valoradas en su conjunto llevan a hacer uso óptimo de su discrecionalidad.

El perjuicio al que se está refiriendo este precepto hemos de considerarlo en su doble vertiente de daño emergente y lucro cesante, entendiendo por éste las ganancias dejadas de obtener por haberlas sufrido como consecuencia del ilícito penal, pero concretado en ganancias que se hubiesen obtenido con seguridad, y no sobre las que tengan carácter contingente.

En relación a este perjuicio moral debemos entenderlo en sentido estricto como simple dolor moral que acarrea un menoscabo en el ánimo de la persona acreedora del mismo, siendo distinto el caso del daño moral dimanante de la disminución de la actividad personal para poder obtener ganancias o riquezas, ya que la indemnización por este último concepto debe ser fijada conforme a las que determinan los perjuicios materiales.

En cuanto a la posibilidad de estimar una potencial indemnización por daños morales no sólo para la víctima y para su familia, sino también para los que acrediten tener una relación afín o análoga con aquella, se ha pronunciado sobre su admisión la STS Sala 2ª 1579/1997, de 19 de diciembre de 1997[8].

IV. COMPENSACIÓN DE CULPAS

Como vienen a precisar GÓMEZ POMAR/AGRAFOJO VÁZQUEZ[9] en lo atinente a la responsabilidad civil se está enjuiciando tanto la conducta del causante del daño o perjuicio como la acción de la víctima, evaluado en términos de culpa o negligencia, de tal modo que si la actuación de la propia víctima se puede considerar que ha sido negligente, el efecto consecuente será la reducción de su derecho indemnizatorio, y en consecuencia el *quantum* de su indemnización.

[8] TOL407.011. REC: 259/1997. Fallo condenatorio. Sección Única. Ponente: José Antonio Martín Pallín.

[9] GÓMEZ POMAR, F./AGRAFOJO VÁZQUEZ, I., Indret Revista para el análisis del derecho, 2004, p. 8.

Por lo tanto, la compensación de culpas consiste en establecer la proporción en que cada una de las conductas concurrentes han contribuido a la realización del resultado, si la víctima a contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, en cuyo caso el órgano sentenciador podrá moderar el importe de su reparación o indemnización, conforme a lo establecido en el art. 114 CP.

Es en los delitos imprudentes donde se da la mayor casuística en cuanto a la contribución de la víctima al resultado, supuestos en los que ha de valorarse el grado de cada una de las imprudencias, así como el marco de peligrosidad de cada una de las acciones u omisiones, y con ello decretarse proporcional y judicialmente el reparto indemnizatorio, que viene a expresarse de modo porcentual.

V. FIJACIÓN DE LA CUANTÍA. MENCIÓN ESPECIAL AL DAÑO MORAL

Más allá de la dificultad práctica de establecer parámetros fijos para su determinación, en lo que sobrepase la reparación de los daños materiales entiendo que el precepto que regula este extremo muestra suficiente claridad expositiva para servir de guía al órgano sentenciador a la hora de fijar su cuantía.

Así, **el art. 115 del CP dispone que** "*Los jueces y tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución".*

Respecto a esta materia la Sala 2ª de nuestro Tribunal Supremo ha fundamentado reiteradamente que la cuantificación de la indemnización por responsabilidad civil está vedada al prudente arbitrio de los órganos judiciales de instancia.

Sin perjuicio de ello el amplio margen de discrecionalidad que se concede a dicho órgano sentenciador no es impedimento, sin todo lo contrario, para que el juzgador motive razonadamente sobre su decisión y sobre las bases que ha tomado para establecer el *quantum* indemnizatorio, no sólo porque se desprende del citado art. 115 CP, sino porque se lo exige incluso el art. 120 CE imponiéndole la motivación de las resoluciones judiciales.

Por otra parte, desde el principio *restitutio in integrum* que nos sirve de clave para resolver este aspecto, hay general acuerdo entre la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la definición de daño moral.

En este sentido ROSSO PÉREZ[10] realiza un análisis de dicho daño moral como responsabilidad civil *ex delicto*, quien viene a resaltar que la jurisprudencia ya lo ha definido como el *precio del dolor*, desarrollándose esta locución como lo que sería el sufrimiento, la amargura, el pesar o la tristeza dimanante de haberse visto perjudicado por el delito, bien como víctima o como allegados a la misma, sin que se requiera necesariamente la acreditación de la alteración psiquiátrica o psicológica por un especialista, pudiendo traer causa incluso en la significación espiritual que el delito tiene para la víctima, y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital.

Continúa este autor resaltando que el daño moral puede englobar elementos tales como la vergüenza, la dignidad vejada, la pena, la ofensa, la privacidad violada, la disminución de la estima social o la credibilidad pública, y que son la salud, la libertad, la estima o la respetabilidad sexual, en parangón con alguno de los bienes jurídicos cuya pérdida o menoscabo se pretende resarcir.

El principal problema se ubica en cómo cuantificar dicho daño moral. Para ello hemos de partir de la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales, insertándose los morales en esta última categoría, de lo que se puede colegir que cualquier daño que no pueda incardinarse en los daños patrimoniales podría considerarse daño moral, si bien la consideración de daño no patrimonial engloba los supuestos en los que el daño a afecta a la persona como tal, al margen de que directa o indirectamente también se vea afectado su patrimonio, por producir efectos sobre el mismo, por ejemplo por la merma de facultades que impiden al perjudicado realizar óptimamente acciones que le producen un beneficio patrimonial.

Dicho lo anterior, si atendemos a la dificultad que entraña valorar económicamente un daño que afecta a la dignidad y que perturba el estado anímico, emocional o psicológico de la persona, deduciremos que a lo más que podemos llegar es a compensar económicamente esta alteración, que obviamente no podemos reducir a parámetros objetivos, por lo que cuantificar el daño moral es tarea ardua y compleja.

A mayor abundamiento, precisamente por la repercusión subjetiva que puede tener este daño dependiendo de la persona, unido a la dificultad probatoria de su existencia, todo ello redunda en la dificultad a la hora de cuantificarlo.

[10] ROSSO PÉREZ, M.E., en: Legal Today, 2019.

Una solución sería acudir por analogía a los parámetros orientadores de la Ley 35/2015. En su art. 104 se dispone que el régimen de valoración económica del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial con el daño moral ordinario que es inherente, así como del perjuicio estético se plasma en la Tabla 2.A.2, estableciéndose parámetros de cuantificación en función de la edad, correlacionándolo con la extensión e intensidad del perjuicio, así como con su duración, del daño moral quedaría recogido conjuntamente con el daño físico y orgánico por las lesiones permanentes que se lleguen a causar a la víctima, haciendo remisión al resto de lo contemplado en esta Ley para un estudio más detallado.

Al margen de los accidentes de circulación, en otros supuestos el perjudicado puede reclamar la indemnización que estime dentro de lo razonable, en cuyo caso tendrá que fundamentar prolijamente los motivos por lo que reclama determinada cantidad.

Otra vía para determinar el quantum indemnizatorio podría ser mediante la solicitud de un porcentaje sobre la cantidad que ha reclamado en concepto de daños materiales, conforme a lo que respecto a estos últimos se le conceda en la resolución judicial. Otra solución podría ser que los perjudicados soliciten al juzgador que sea quien determine la cuantía indemnizatoria de dichos daños morales, posibilidad que es reconocida no sólo por el Tribunal Supremos sino por algunas audiencias provinciales.

La conclusión a extraer de lo expresado es que hemos de movernos en un terreno subjetivo ante la ausencia de índices objetivos, si bien podemos partir de las circunstancias objetivas del caso, y desde ahí movernos en una razonable ponderación, valiéndonos de la equidad y todo ello dentro de un razonamiento inductivo, partiendo de pronunciamientos judiciales recaídos sobre esta materia.

VI. PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*

Como apunta UCELAY[11] el que pueda impulsarse de oficio la exigencia de esta responsabilidad nos lleva a la duda sobre si puede existir o no prescripción en relación a la exigencia de este tipo de responsabilidad, habida cuenta que no contamos con un precepto específico que se pronuncie en este sentido. Pese a ello, el principio de seguridad jurídica nos llevaría a que el obligado a su cumplimiento pueda acogerse a un determinado plazo desde que la misma puedo exigirse.

[11] UCELAY, P., en Legal Today, 2018.

Ante el silencio legal, en la búsqueda de preceptos que nos puedan llevar a una u otra postura, de los arts. 1930, 1932 y 1961 CC podemos inferir que los derechos y acciones de cualquier clase se extinguen por prescripción, por el transcurso del tiempo fijado en la Ley, por lo que podría aplicarse el plazo del art. 1964.2 CC, que apunta el plazo de 5 años para las acciones personales desde que pudo exigirse el cumplimiento de la obligación (hasta la modificación del precepto operada por la disp. Final 1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre era 15 años), debiéndose entender que pudo exigirse dicho cumplimiento desde la notificación de la firmeza de la sentencia penal al perjudicado.

La interrupción de dicha prescripción se produciría con cualquier acción procesal encaminada a exigir dicha responsabilidad civil, en línea con el art. 1973 CC, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones se produce una inactividad tanto por el perjudicado como por el mismo órgano judicial, más allá de las iniciales investigaciones patrimoniales para en su caso decretar la insolvencia del penado.

En base a ello comparto con la última autora citada que resulta complicado abogar por la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil considerando que la normativa ha previsto mecanismos para su exigencia dentro de un razonable plazo.

VII. PERSONAS RESPONSABLES CIVILMENTE

Hemos de partir del tenor del art. 116.1 del CP, en la redacción otorgada por la LO 1/2015 que ha eliminado la referencia a las faltas contenida en la redacción anterior del precepto, que dispone que "*toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno"*.

1. Autores y cómplices

Conforme al art. 116.2 **"***los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno"*.

A continuación se expresa en el apartado 3 de este precepto que "*la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos".*

De otro lado hemos de recordar que solidaridad es la regla contenida en el artículo 1137 del CC, estableciendo que "*la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria*".

2. Aseguradoras

Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este CP, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda, según se desprende del tenor del art. 117 CP.

Por otra parte, el art. 19 de la Ley 50/1980 de Contrato de seguro dispone que "*el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado*".

Esta última norma por tanto viene a excluir que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado con la mala fe por parte de éste, lo que no es impedimento para que el asegurador responda frente a terceros perjudicados en el supuesto de que el daño o perjuicio causado sea por conducta dolosa del asegurado, sin pejruicio de la facultad de repetición frente al mismo, conforme se establece en el art. 76 de la Ley de Contrato de seguro, precepto que habría que conectar con su art. 75.

De la anteriores preceptos podemos extraer que los perjudicados por una acción dolosa del sujeto activo en un proceso penal, como terceros que de hecho son, cuentan con acción directa para reclamar frente a la compañía aseguradora, quien ha de responder, salvando la excepción expuesta, de modo directo sobre el pago de las

cantidades establecidas en una sentencia como consecuencia de la responsabilidad civil ex delicto, lo que no impide que dicha aseguradora pueda ejercitar su derecho de repetición frente al responsable penal.

3. Exentos de la responsabilidad criminal

Para los casos de exención de responsabilidad penal por inimputabilidad, estado de necesidad, miedo insuperable y error, el art. 118 CP dispone lo siguiente:

> *"1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:*
>
> *1.ª En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.*
>
> *Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.*
>
> *2.ª Son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado en el supuesto del número 2.º*
>
> *3.ª En el caso del número 5.º serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio.*
>
> *Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales.*
>
> *4.ª En el caso del número 6.º, responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho.*
>
> *2. En el caso del artículo 14, serán responsables civiles los autores del hecho".*

Como señalan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN[12] en la mayoría de casos estamos ante ausencia de culpabilidad, quedando subsistente un hecho antijurídico (los inimputables y el miedo insuperable), con lo que el principio genérico es que únicamente las causas de justificación eliden la responsabilidad penal y la civil.

De este modo, cuando el hecho queda justificado, como en los supuestos de legítima defensa o de cumplimiento de un deber, no se generaría responsabilidad civil, al igual que subsiste la misma si lo que acaece es una causa de exculpación. Así, en los casos de estado de necesidad o error -de tipo y de prohibición- subsiste la

[12] MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal Parte General, 10ª ed., 2019, p. 593.

responsabilidad civil, en los que se pueden incluir los casos de inexistencia de injusto, casos de justificación y de exculpación.

Siguiendo a los últimos catedráticos citados, en cuanto al estado de necesidad apuntan que la mayor parte de la doctrina considera que la regla sobre la responsabilidad civil no implica obligación de entender que subsista en todo caso el ilícito penal, si bien lo que se pretende es que no haya enriquecimiento injusto por quien pueda resultar beneficiado por la aplicación de una eximente de estado de necesidad, por ejemplo.

Respecto al error señalan asimismo que aquellos supuestos en los que la inexistencia de dolo da lugar a la ausencia del injusto -error invencible de tipo- serían los únicos en los que subsiste la responsabilidad civil, aunque no exista ilícito penal, teniendo su explicación en el carácter objetivo que predomina en la responsabilidad como consecuencia del delito.

Por otra parte, respecto a los casos en que se pueda dar equivalencia con la fuerza irresistible y obediencia debida, pese a ser eximentes ya extinguidas de las eximentes contempladas en nuestro vigente Código Penal de 1995, podría ser responsable penal y civil directo quien ejerce dicha fuerza, o incluso quien llegue a dar la orden, pero exigiéndose que su comportamiento sea calificable como de autoría mediata, según lo previsto en el art. 28 CP.

Hemos de apuntar finalmente por tanto que los declarados exentos de responsabilidad criminal según los números 1 y 3 del art. 20 CP son personalmente responsables civiles, y ello además considerando la responsabilidad civil de las personas que los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, que también es directa pero condicionada a que haya habido responsabilidad civil por su parte culpa o negligencia, conforme a lo regulado en el art. 1.104 CC, que se refiere a la diligencia exigible a un buen padre de familia o según la naturaleza de la obligación, en conexión con las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

4. Partícipe por título lucrativo de los efectos del delito

Para analizar esta figura hemos de acudir al art. 122 CP, en el que se viene a establecer que el que por título lucrativo participa en los efectos del delito queda obligado a restituir la cosa o a resarcir el daño hasta donde alcance la cuantía de su

participación, precepto que podemos conectarlo con el art. 615 LECrim, que contiene una referencia a este partícipe a efectos de poder exigírsele fianza.

Por tanto, la responsabilidad civil del partícipe en estos casos es solidaria con el sujeto activo del delito, sin embargo lo será con el límite puesto en el enriquecimiento.

Podemos entender que no estamos realmente ante una responsabilidad civil *ex delicto* propiamente dicha, ya que no proviene de la comisión de la ilícito penal por este sujeto partícipe, sino más bien que éste llega a un enriquecimiento con causa ilícita que dimana de una acción reprochable penalmente que ha perpetrado otra persona, el sujeto activo, lo que no impide que podamos exigirle la responsabilidad civil derivada del delito tanto a uno como a otro, en base precisamente al tenor del art. 122.

El hecho de que se requiera que se trate de un enriquecimiento a título gratuito tiene dos consecuencias: la primera es que se excluyen los casos en los que ha habido algún tipo de contraprestación por el beneficiario, y segundo que la carga de la prueba la tiene este último, debiendo probar que lo que recibió no fue una dádiva, donación o regalo, sino que por el contrario lo que recibió del sujeto activo del delito fue a título oneroso.

Aunque el sentido común nos aperciba de ello, no está de más recordar que en lo supuestos en que llegue a probarse que el receptor de los efectos sustraídos conocía la procedencia ilícita de los mismos, habría que plantear la perpetración de tipos delictivos como la receptación o el blanqueo.

No es suficiente con que determinada persona haya salido beneficiada en el sentido expuesto, ya que el citado precepto de nuestro texto sustantivo sólo podrá aplicarse cuando no sea exigible la responsabilidad civil subsidiaria impuesta a entidades empresariales por delitos que hayan cometido sus apoderados, sus representantes o sus empleados.

5. Responsables civiles subsidiarios

a) Supuestos del art. 120 CP

Son los arts. 120 y 121 CP los que tratan determinados casos afectantes a estos responsables civiles subsidiarios, recayendo su responsabilidad en defecto de satisfacción por el responsable penal, entendiéndose por éste a efectos de

responsabilidad civil el que es realmente responsable criminal que no hace efectiva su responsabilidad civil.

El vigente art. 120 CP establece lo siguiente:

> *"Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:*
>
> *1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.*
>
> *2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212.*
>
> *3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.*
>
> *4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.*
>
> *5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas".*

De la lectura de este precepto se colige que se recogen cinco escenarios en los que procedería aplicar la responsabilidad civil subsidiaria, recogiéndose así entre dicha casuística la de los padres y tutores por hechos perpetrados por mayores de dieciocho años que aun estén sujetos a patria potestad o tutela, lo que ha dado lugar a mucha interpretación jurisprudencial, por ejemplo cuando dichos hijos usan el vehículo de sus progenitores.

La patria potestad a la que se hace mención en este precepto penal no es otra que la prorrogada en los términos referidos en el apartado 1 del art. 171 CC.

Ahondando aun más en el supuesto 1º de este art. 120, la determinación de la responsabilidad subsidiaria que nos ocupa se produce cuando por parte del tutor o progenitor hay culpa o negligencia, que es lo que se conoce como culpa *in vigilando.*

Por otra parte hemos de dejar claro que esta responsabilidad civil subsidiaria no se aplica de modo automático en el supuesto 3º contemplado del precepto para "*las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares",* en los que se haya podido perpetrarse el delito, y como efecto directo de la infracción de reglamentos de policía o disposiciones

de la autoridad por sus dependientes. En lo que el precepto silencia para estos casos la jurisprudencia considera la responsabilidad subsidiaria en la infracción del deber de diligencia, tanto por la denominada culpa *in eligendo*, al dimanar de la elección de dichos dependientes o empleados, como en la culpa *in vigilando*, por su deber de supervisar la actuación de sus dependientes,

b) Supuestos del art. 121 CP: entes públicos

El art. 121 CP regula de modo expreso y específico la responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos que cita, y ello por daños que causen sus empleados que puedan ser responsables del ilícito penal, pero siempre que la lesión sea efecto directo del funcionamiento de los servicios públicos.

Usándose en este precepto indistintamente los conceptos de daño y lesión podemos considerar que no se está aludiendo a ellos para hacer una conceptualización penal *strictu sensu*, sino que se deben más bien interpretar como perjuicio material o patrimonial en sentido amplio.

Entiendo que el espíritu de la norma es aplicarla para los casos en los que no se puede obtener o hacer efectiva la responsabilidad civil por verdadero el autor del delito, de modo que se reconduce la exigencia de dicha responsabilidad material por el funcionamiento no sólo normal, sino también anormal, de los servicios públicos, con remisión para ello a lo previsto para el procedimiento administrativo.

Por tanto, el Estado, las comunidades autónomas, las provincias, las islas, los municipios y demás entes públicos, pueden resultar responsables subsidiarios por daños causados por los que sean responsables penalmente por delitos, tanto dolosos como culposos, siempre que éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones, en los términos ya reseñados, si bien añadir que en ningún caso puede haber duplicidad de indemnizaciones.

Finalmente destacar de lo más relevante que, conforme al propio contenido del art. 121 CP, cuando se exige esta responsabilidad al autor del delito en el procedimiento penal, hay que exigirla conjunta o simultáneamente frente al ente público.

VIII. CONCLUSIONES

La comisión de un delito no sólo acarrea la responsabilidad criminal, sino también

la responsabilidad civil *ex delicto* cuando pueda ser exigible, aunque la naturaleza de una responsabilidad y otra difiera. Respecto a la primera con la imposición de pena el condenado responde frente al Estado, mientras que con la segunda lo que principalmente se pretende es compensar las consecuencias que la comisión de dicho delito ha tenido tanto sobre la víctima como sobre los perjudicados del mismo, figuras no siempre coincidentes.

Una de las peculiaridades más destacables en relación a esta materia reside en su regulación legal mixta, en el sentido de que estamos ante una deuda de naturaleza civil que surge en el seno de un proceso penal, por lo que su regulación la vamos a encontrar tanto en la normativa penal como en la civil.

Dentro de la extensión de la responsabilidad civil, la restitución podemos concluir que no puede aplicarse en todos los delitos, al no ser siempre posible la devolución del mismo bien, y cuando sí lo sea se hará abonando los deterioros que el juzgador determine. Respecto a la reparación su discrecionalidad es la que determina la cuantía. Y en cuanto a la indemnización se hará en su doble vertiente de daño emergente y lucro cesante, pero concretado en ganancias que se hubiesen obtenido con seguridad, y no sobre las que tengan carácter contingente.

La determinación de la indemnización por perjuicios materiales es fácil de realizar, siendo más problemática la valoración de los perjuicios morales, debiéndose atender a la gravedad de la lesión que se ha producido y las circunstancias concretas del supuesto, por lo que la discrecionalidad judicial vuelve a jugar un papel importante, debiendo valorarse la repercusión queque el daño ha tenido en la psique del perjudicado.

La compensación de culpas se da más en delitos imprudentes, en los que ha de valorarse el grado de cada una de las imprudencias y la peligrosidad de cada una de las acciones u omisiones, decretándose judicialmente el reparto indemnizatorio.

Desde el principio *restitutio in integrum* hay general acuerdo entre la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la definición de daño moral como el *precio del dolor*, desarrollándose esta locución como lo que sería el sufrimiento, la amargura, el pesar o la tristeza dimanante de haberse visto perjudicado por el delito, bien como víctima o como allegados a la misma, sin que se requiera que se acredite por un especialista la alteración psiquiátrica o psicológica, pudiendo traer causa incluso en la significación

espiritual que el delito tiene para la víctima, y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital.

En cuanto a su valoración del daño moral a lo más que podemos llegar es a compensar económicamente esta alteración, que obviamente no podemos reducir a parámetros objetivos, por lo que cuantificar el daño moral es tarea ardua y compleja. Una posible solución sería acudir a los parámetros orientadores de la Ley 35/2015, aunque el perjudicado también puede reclamar la cantidad que estime fundamentando los motivos. Otra vía sería solicitar un porcentaje sobre la cantidad que ha reclamado por daños materiales, o solicitar al juzgador que determine la indemnización, posibilidad que es reconocida jurisprudencialmente.

La conclusión final que podemos extraer de lo expresado en cuanto a la cuantificación de los daños morales es que hemos de movernos en un terreno subjetivo ante la ausencia de índices objetivos, si bien podemos partir de las circunstancias objetivas del caso, y desde ahí movernos en una razonable ponderación, valiéndonos de la equidad y todo ello dentro de un razonamiento inductivo, partiendo de pronunciamientos judiciales ya recaídos con anterioridad.

Resulta complicado abogar por la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil considerando que la normativa ha previsto mecanismos para su exigencia dentro de un razonable plazo.

En cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria se concluye que no se aplica siempre de modo automático. Respecto al supuesto 1º del art. 120 que la regula, la determinación de la responsabilidad subsidiaria se produce cuando por el tutor o progenitor hay culpa o negligencia, que es lo que se conoce como culpa *in vigilando*, y en lo que se refiere en el supuesto 3º la jurisprudencia la estima en la infracción del deber de diligencia, tanto por la denominada culpa *in eligendo,* al dimanar de la elección de dichos dependientes o empleados, como en la culpa *in vigilando*, por su deber de supervisar la actuación de sus dependientes,

Cuando dicha responsabilidad se exige a los entes públicos conforme a lo dispuesto en el art. 121 en ningún caso puede haber duplicidad de indemnizaciones, y cuando se exige esta responsabilidad al autor del delito en el procedimiento penal, hay que exigirla conjunta o simultáneamente frente al ente público.

IX. BIBLIOGRAFÍA

GÓMEZ POMAR, F./AGRAFOJO VÁZQUEZ, I., Culpa de la víctima y derecho sancionador, Indret Revista para el análisis del derecho, noviembre 2004.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal Parte General, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, Compendio de Derecho Penal Parte General, 8ª ed., Tirant lo Blanch, 2019.

QUINTANAR DÍEZ, M / LÓPEZ GÓMEZ, C / ORTIZ NAVARRO, J, Elementos de Derecho Penal Parte General, 3ª ed., Tirant lo Blanch, 2020.

ROSSO PÉREZ, M.E., Criterios de cuantificación del daño moral derivado de delito, en Legal Today, 2019, disponible en: https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/criterios-de-cuantificacion-del-dano-moral-derivado-de-delito-2019-10-23/. Última visita 25 de agosto de 2020.

UCELAY, P., ¿Prescribe la responsabilidad civil ´exdelicto`?, en Legal Today, 2018, disponible en: https://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/prescribe-la-responsabilidad-civil-ex-delicto-2018-08-08/. Última visita 25-8-2020.

* * * * * *

Asunción Estrada Álvarez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias, España. Licenciada en Criminología. Socia de la FICP.

~La responsabilidad civil del partícipe a título lucrativo en los efectos del delito~

Resumen.- El partícipe a título lucrativo no participa en el delito sino en los efectos del mismo. De ahí que no responda penalmente y sí civilmente. Su responsabilidad es solidaria con el responsable del delito, hasta el límite del beneficio o aprovechamiento que ha obtenido.

La responsabilidad civil del partícipe a título lucrativo se fundamenta en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita (artículo 1305 C.C.).

Para que se despliegue su responsabilidad civil, tiene que haber resultado absuelto en el proceso penal en el que fue acusado.

I. CONCEPTO DE RESPONSABLE CIVIL A TÍTULO LUCRATIVO

Dispone el artículo 122 del Código penal: "el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación".

De la redacción del artículo, se desprende que el partícipe a título lucrativo es aquella persona que no es penalmente responsable, si bien responde civilmente por haber obtenido un beneficio ilícito como consecuencia del comportamiento del delincuente.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala 2ª de 6 de abril de 2015 (EDJ/69487) define al "tercero a título lucrativo" como aquel que se ha beneficiado de los efectos del delito o falta sin haber participado en el mismo ni como autor ni como cómplice. Por tanto, "título lucrativo" se define por las siguientes notas:

a) Haberse beneficiado de los efectos de un delito o falta.

b) No haber tenido ninguna intervención en tal hecho delictivo, ni como autor o cómplice, pues en caso contrario sería de aplicación el artículo 116 del Código Penal y no el 122.

c) Que tal participación o aprovechamiento de los efectos del delito lo sea a título gratuito; es decir, sin contraprestación alguna.

d) No se trata de una responsabilidad *ex delicto,* sino que tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita.

e) Tal responsabilidad es solidaria junto con el autor material (o cómplice) del delito pero con el límite del importe de lo que se ha aprovechado. Por decirlo de otra forma, su responsabilidad es solidaria con el responsable penal hasta el límite del aprovechamiento/enriquecimiento lucrativo que haya tenido.

f) La acción civil contra el partícipe por título lucrativo del delito de apropiación al tratarse de una acción personal está sujeta a los plazos de prescripción de tales acciones y el día inicial para el cómputo coincide con el inicio de la causa.

1. Acción civil

La Sala 2ª del Tribunal Supremo ha declarado que: se trata de una obligación civil que no tiene su origen en la participación del delito, sino en la existencia de un beneficio a título gratuito, cuando se trata de un tercero, porque el conocimiento de la procedencia delictiva, junto con la recepción material, daría lugar a responsabilidades penales. El artículo 122 del Código Penal se refiere, exclusivamente, a una cuestión de naturaleza civil.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo 362/2003, de 14 de marzo (EDJ 2003/6666) se trata de una aplicación al proceso penal de la nulidad de los contratos que, cuando tiene causa ilícita, produce unos determinados efectos respecto de las partes que intervienen en el negocio, y para su concreción tiene en cuenta la posibilidad de que haya existido algún adquirente de buen fe y a título oneroso, y, cuya posición tras el contrato nulo mereciera ser respetada. No siendo pues, terceros a este proceso, sino verdaderos acusados absueltos.

Al no tratarse de un responsable penal, no se le aplicarán lo dispuesto en los artículos 116 y concordantes del Código Penal.

Existe una leve diferencia con la responsabilidad civil del autor de un delito (a la que se refiere el artículo 109 del Código Penal) que, por orden de prelación, comprende: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios.

Esta responsabilidad, según establece el artículo 109.2 del Código Penal, se puede exigir en la jurisdicción civil, por parte del perjudicado.

Aunque el artículo 122 del Código Penal, no contempla dicha posibilidad, el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la posibilidad de ejercitar la acción civil junto a la penal, pudiendo acudir el perjudicado al procedimiento civil.

Cuando es el Ministerio Fiscal el que ejercita la acción civil, ha de entablarla (según dispone el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) junto con la acción civil, con independencia de que exista o no acusación particular. Todo ello siempre que el perjudicado no renunciare, expresamente, a su derecho de restitución, reparación o indemnización.

En sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2019 (EDJ 2019/536793), se resolvió que: "a efectos de impedir el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, habría que equiparar la renuncia a dicha acción con su reserva para el proceso civil posterior, pero incluso cuando el ofendido decide actuar, la pretensión civil en el propio proceso penal se mantiene la obligación del Ministerio Fiscal de ejercitar, a su vez, la acción civil. No obstante, la renuncia debe ser expresa, y también la reserva del ejercicio de acciones."[1]

2. Especial referencia al "beneficio" o "aprovechamiento ilícito"

El aprovechamiento abarca cualquier tipo de utilidad que le reporte al partícipe a título lucrativo. La mera disponibilidad del objeto constituye ya un rendimiento (STS 30 de noviembre de 1992-EDJ 1992/11845).

La participación en los efectos del delito tiene que tener como causa un título lucrativo; es decir, que no sea un título oneroso, no ha de haber contraprestación alguna.

Según Juan AÑÓN CALVETE[2] debe tratarse de un verdadero aprovechamiento, no siendo suficiente la mera apariencia de beneficio. Este autor se refiere a las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero y 2 de junio de 2009 que, con cita de STS de 24 de septiembre de 2004 y de 9 de mayo de 2007, resolvieron: "…el ingreso en las cuentas no determina sin más el aprovechamiento lucrativo, ni hace su responsabilidad por el simple depósito del dinero en sus cuentas, no siendo absurdo que el paso del dinero en las cuentas tuviera una simple finalidad nominal o transitoria, al objeto de dificultar el descubrimiento del fraude".

[1] Esta sentencia cita a otra de la Sala del Tribunal Supremo 1125/2011 de 2 de noviembre de 2011, que señalaba: "la acción civil es contingente tanto en un sentido sustancial como procesal. Substancialmente porque, como es sabido, no todos los ilícitos penales producen un perjuicio evaluable económicamente a persona o personas determinadas. Procesalmente, porque el ejercicio de la acción civil en el proceso penal puede resultar exceptuado bien por la renuncia de su titular, bien por la reserva de las acciones correspondientes para ejercitarlas ante la jurisdicción civil".

[2] AÑÓN CALVETE, J., Partícipe por título lucrativo. Disponible en: http://noticias.jurídicas.com/conocimiento/artículos doctrinales/10678.Consultada el 16 de julio de 2019.

La Audiencia Provincial de Guadalajara, en sentencia de fecha 18 de abril de 2016, dictada por la Sección Primera (EDJ2016/145977) admitió que no era nula la disolución de una comunidad sobre una vivienda que se adjudica uno de los cónyuges a cambio de un precio porque la transmisión del bien no es a título gratuito.

Según José María TORRAS COLL[3] "no todo aprovechamiento de los efectos de un delito constituye participación lucrativa, pues se daría esta en el supuesto de que el responsable penal del ilícito nos convidara, por ejemplo, a comer en un restaurante con el producto obtenido de aquel. Es por ello que puede concluirse con que lo verdaderamente relevante, a tales efectos, es que haya un verdadero acto traslativo de dominio, esto es, que tenga lugar por pare del partícipe a título lucrativo una adquisición- beneficio o aprovechamiento-de tales efectos del ilícito penal".

Continúa el autor diciendo que el lucro no ha traducirse, necesariamente, en dinero, sino que puede consistir en la simple posesión de un bien, usualmente en delitos de blanqueo de capitales o vinculados al narcotráfico o delitos de naturaleza económico-financiera, malversación de caudales públicos, en delitos tales como el alzamiento o la insolvencia punible.

3. Diferencia con otras figuras:

a) Diferencias con el responsable civil subsidiario.

El Título V, del Libro I del Código Penal, regula la responsabilidad civil derivada de los delitos.

Dentro de dicho Título se ubica, dentro de su Capítulo I que lleva por título "De la responsabilidad civil y su extensión", el artículo 109, que en su apartado primero dispone: "*la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados".*

Dentro del mismo Título que el artículo 109, pero ubicados en el Capítulo II (cuyo título es "de las personas civilmente responsables"), se encuentran los artículos 116 y 120 del Código Penal.

[3] TORRAS COLL, J.M., El partícipe a título lucrativo en el proceso penal. Disponible en: http://elderecho.com. Consultada el 17 de julio de 2019.

Según Eduardo Muñoz Simó[4], para ser condenado como responsable civil directo o subsidiario es preciso:

1. Resultar condenado como un autor o cómplice de un delito.

2. Que la acción no haya quedado extinguida.

3. Que existan daños o perjuicios derivados del delito, puesto que si los mismos no existen no se puede reclamar nada.

Esta figura ha necesitado que el Tribunal Supremo mediante distintas sentencias perfile los requisitos para poder diferenciarla respecto a la de responsable civil subsidiario. Estos son:

1. Debe haberse beneficiado de los efectos de un delito.

2. No debe haber tenido ninguna intervención en tal hecho delictivo, ni como autor o cómplice.

3. Tal participación o aprovechamiento de los efectos del delito lo es a título gratuito, es decir, lo recibido no tuvo contraprestación alguna a cambio puesto que de lo contrario podría hablar de la comisión de un posible delito de receptación.

Por todo lo anterior, continúa el citado autor, ambas figuras jurídicas reguladas en nuestro Código Penal no son lo mismo. La clave está en que si eres conocedor del delito y por lo tanto autor o cómplice en su ejecución resultarás condenado penalmente y, en su virtud, como responsable civil. Si no has sido conocedor del mismo ni has participado en su ejecución, no podrás enriquecerte con la comisión de ese delito y no serás condenado penalmente, pero tendrá la obligación de devolver lo que recibiste.

Existe una clara relación entre el artículo 122 del Código Penal y el artículo 1305 del Código Civil, ya que, como apunta la doctrina, el origen de este precepto penal estaría en el artículo 1305 del Código Civil que menciona la nulidad de los contratos si el hecho del que prevenga es ilícito.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de abril de 2015 (EDJ 2015/69487), declaró que: "No se trata de una responsabilidad *ex delicto*, sino que tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita (artículo 1305 del Código Civil). Se trata de una manifestación aplicable al orden

[4] MUÑOZ SIMÓ, E., Responsabilidad civil subsidiaria vs partícipe a título lucrativo. Disponible en: http://www.simoymartinez.com. Consultada el día 17 de julio de 2019.

penal según el cual no cabe un enriquecimiento con causa ilícita". "…la gran ventaja que tiene el artículo 122 del Código Penal es la de permitir que, dentro del propio proceso penal, el perjudicado pueda obtener el resarcimiento de aquella parte en que haya participado en el delito, lo que dada la naturaleza civil y no penal de la causa, la restitución, de no existir tal precepto, le hubiera obligado a un proceso civil, con las consecuencias de tiempo y coste procesal que ello acarrea. Por el contrario, la responsabilidad civil subsidiaria:

a) Tiene su origen en el propio delito.

b) Se trata de una responsabilidad *ex delicto.*

c) La obligación de hacer frente a las consecuencias económicas del delito se amplía a personas que no participaron en él, a consecuencia de la especial relación que une al responsable penal con el responsable civil, en los términos y forma declarados en los artículos 120 y 121 del Código Penal, que se refiere a casos de *culpa in vigilando*, una situación de dependencia, una culpa *in eligendo*, un beneficio para el responsable civil de lo efectuado por el responsable de la infracción o un mal funcionamiento defectuoso de los servicios públicos.

d) Su extensión es coincidente con la declarada para el responsable penal.

b) Delito de receptación.

El artículo 298 del Código Penal castiga el delito de receptación, al disponer que: "El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene considerando que cuando se recupera lo adquirido por el receptador íntegramente queda cubierta la responsabilidad civil total del mismo, por lo que ni solidaria ni subsidiariamente debe responder de las cuotas fijadas por los autores, ya que su responsabilidad civil procedente del delito queda satisfecha con la restitución de la cosa objeto de la receptación con ánimo de lucro y así queda resarcida su participación con tal ánimo. Criterio mostrado en las sentencias SS 14 de febrero de 1983, 28 de diciembre de 1984 y 10 de abril de 1989.

Según la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de junio de 2011 (EDJ 2011/164134), todo ello conlleva el que los receptadores habrán de responder directamente hasta el límite de las cantidades por las que se lucraron fijadas en la sentencia de instancia, sin perjuicio de sus vínculos de solidaridad con los autores por dichas sumas, como indemnización de perjuicios.

De la comisión del delito de receptación se deriva la responsabilidad civil directa. A diferencia de esto, el partícipe a título lucrativo responde solidariamente, como ya se ha comentado.

El artículo 122 del Código Penal se refiere a lo que la doctrina denomina "receptación civil".

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo 362/2003, de 14 de marzo (EDJ 2003/6666), es receptador civil aquel que ha resultado beneficiado de los efectos del delito, siempre que ese beneficio haya sido obtenido en virtud de un título lucrativo.

La diferencia entre el receptador penal y el civil, radica en la ajenidad al hecho criminal. Quiere decir que el receptador penal sabe que los efectos proceden de una infracción penal, y el partícipe a título lucrativo ignora la existencia del ilícito penal.

c) Delito doloso de blanqueo de capitales.

El artículo 301 del Código Penal castiga al que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, teniendo en cuenta que, al igual que la receptación, se admite tanto el dolo directo como el dolo eventual.

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/3150639) señaló que: "No obstante, la sentencia, después de reflejar en parte la acusación del Ministerio Fiscal e imputarle la obtención de pingües beneficios, hace una minuciosa y exhaustiva comprobación de los bienes y acuerda "el comiso de los bienes inmuebles y de las cuentas bancarias", resolución que es una consecuencia lógica del delito de tráfico de drogas por el que se condena al marido de la recurrente. Añade que a los efectos del comiso, se declara la condición de responsable como partícipe a título lucrativo de la representación de la actividad delictiva desarrollada por el marido a la

esposa". En consecuencia, es innegable que los bienes proceden del tráfico de drogas, resultando indiferente cuál sea la condición que ostente la recurrente respecto de los mismos".

d) Encubrimiento.

El artículo 451.1º del Código Penal castiga al que "con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio".

Por tanto, las notas, diferenciador as de esta figura y la del partícipe a título lucrativo son: el conocimiento (desconocimiento en el caso del partícipe) de la comisión de la infracción penal, el auxilio a los autores o cómplices (ausente en el caso del partícipe) y el ánimo de lucro del partícipe a título lucrativo (ausente en el encubridor).

e) Comiso.

Se regula en el artículo 127 del Código penal. Dicho precepto (en su redacción anterior a la vigente y redactado conforme a la L.O. 1/2015, de 30 de marzo), en su apartado primero, disponía: "toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente".

Seguía, el apartado quinto: "los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán".

Según Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ, el comiso se excluía en el caso de que los efectos y ganancias pertenecieran a "un tercero de buena fe que los hubiera adquirido legalmente". El comiso, conforme a una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, tenía un carácter sancionador; lo que conlleva que el comiso deba acordarse con respeto a los principios acusatorio, de inmediación y contradicción o de proporcionalidad; diferenciándose del comiso de la responsabilidad civil, donde sí estaría englobado el partícipe a título lucrativo.

El actual artículo 127, según el mencionado autor, recoge varias modalidades de decomiso: el decomiso ampliado, que obliga al juez a decomisar los bienes que, fundamentalmente, provengan de una actividad delictiva aunque no se haya podido probar que, concretamente, lo hicieran del delito objeto de condena. Este decomiso se limita a las condenas por determinados delitos (artículo 127 bis). La segunda modalidad es el decomiso sin condena (artículo 127 ter). La tercera modalidad es el decomiso de bienes, efectos o ganancias transferidos a terceras personas (artículo 127 quater). En cuarto lugar, se encuentra el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de una actividad delictiva previa continuada del condenado (artículo 127 quinquies y sexsies).

Si ese tercero de buena fe, obtuvo los bienes a título lucrativo, podrá aplicarse el artículo 122 del Código Penal. Si fue a título oneroso, se excluirá la posibilidad de decomisar bienes del tercero y quedará el recurso a la fórmula del artículo 127.3 del Código Penal para garantizar el decomiso, haciéndolo recaer sobre bienes de valor equivalente propiedad del condenado penalmente.

Tras las reformas del artículo 127 y del artículo 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el sujeto que ha participado a título lucrativo de los efectos de un delito deberá hacer frente a la presunción que en su contra establece el artículo 127 quater; es decir se presume su mala fe o que conocía o podía sospechar el origen delictivo de sus bienes, los cuales serían, por tanto, decomisables.

II. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD DEL PARTÍCIPE A TÍTULO LUCRATIVO

La responsabilidad civil *ex delicto* comprende la restitución, la reparación y la indemnización de perjuicios materiales y morales (artículo 110 del Código Penal).

La restitución consiste en la devolución del bien y la indemnización de los daños y menoscabos (según dispone el artículo 11.1 del Código Penal).

La reparación, como dispone el artículo 112 del Código Penal, puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer, según sea la naturaleza del daño y las condiciones personales y patrimoniales del culpable. Esta obligación de reparar, no debe confundirse con la atenuante prevista en el artículo 21.5ª del Código Penal (que consiste en la reparación, por parte del culpable, del daño ocasionado a la víctima o en la disminución de sus efectos).

En el caso de la atenuante, el término "reparación" tiene un sentido más amplio que el previsto en el artículo 110 del Código Penal, pues este precepto se refiere, exclusivamente, a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante [Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 19 de marzo de 2014 (EDJ 2014/37323)].

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3ª, en sentencia de 14 de enero de 2019 (EDJ 2019/543001), tras recordar los requisitos jurisprudenciales para la aplicación del artículo 122 del Código Penal, declaró (amparándose en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo y 14 de junio de 2000, 14 de junio de 2002, 25 de febrero de 2003, 24 de septiembre de 2004, 28 de noviembre y 7 de diciembre de 2006, 29 de mayo y 11 de septiembre de 2007, 11 de febrero, 2 de junio y 11 de febrero de 2009, 1 de abril y 8 de noviembre de 2016) que la obligación de restituir, reparar o indemnizar no se produce como si se tratara de un responsable penal-la del artículo 116 del Código Penal, con el contenido de los artículos 109 y siguientes del Código Penal- sino con un fundamento diferente que tiene como causa el mencionado enriquecimiento ilícito y como límite la cuantía de su propio beneficio.

Sin embargo, el artículo 122 solo habla de reparar y restituir omitiendo la obligación (que sí menciona el artículo 110 del Código Penal) de indemnizar por los perjuicios materiales y morales.

III. SITUACIÓN PROCESAL DEL PARTÍCIPE A TÍTULO LUCRATIVO

Para que el partícipe a título lucrativo pueda ser obligado, como impone el artículo 122 del Código Penal, a restituir la cosa o resarcir el daño hasta el límite de su participación, tiene que ser llamado al proceso penal.

El Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 26 de marzo de 2019 (EDJ 2019/536793) ha declarado que sobre esta modalidad de responsabilidad civil, que no penal ya se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 447/2016 de 25 de mayo de 2016, señalando que:

a.- Tiene responsabilidad civil, no penal: "El partícipe a título lucrativo no es un responsable penal. No puede ser, por tanto, condenado. Su responsabilidad es exclusivamente civil y como tal ha de ser declarada, por más que se ventile en un proceso penal. A esta conclusión no se opone el hecho de que esa responsabilidad, de carácter civil, se derive de una acción delictiva ejecutada por otro.

La responsabilidad como partícipe a título lucrativo es una responsabilidad civil directa, declarada en sentencia constitutiva, pero cuya existencia en nada puede confundirse con la responsabilidad criminal, pese a que su declaración se verifique en un mismo proceso. No existe una igualdad axiológica entre el responsable penal y el partícipe a título lucrativo. La responsabilidad de este no debe estar expuesta al mismo juicio de reproche que sirve de fundamento a la declaración de culpabilidad penal.

Desde este punto de vista, existe una desconexión con el delito objeto de enjuiciamiento, tanto en relación a su autoría y participación, como respecto a la eventual posibilidad de comisión por un tercero de un delito de encubrimiento.

El partícipe a título lucrativo, por definición, no puede tener conocimiento alguno del hecho típico ejecutado por otro y del que se derivan sus activos patrimoniales. Dicho con otras palabras, el partícipe a título lucrativo participa de los efectos del delito, esto es, participa del delito, pero no en el delito. De ahí que su llamada al proceso no tenga otro objeto que la interdicción del enriquecimiento ilícito. Su exigencia en el proceso penal no puede perder de vista la naturaleza que le es propia. Estamos ante un ejemplo más que evidente de acumulación heterogénea en el objeto del proceso. Y esta consideración afecta, no sólo a la ubicación física del responsable en el escenario del juicio oral, sino a las normas que disciplinan su citación para el plenario. De ahí que su comparecencia sea una carga procesal, más que una obligación".

b.- Requisitos de la derivación de responsabilidad del partícipe a título lucrativo:

En palabras de esta Sala, decíamos en la STS 57/2009, 2 de febrero (EDJ 2009/16834) que el art. 122 del CP (EDL 1995/16398) recoge el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado criminalmente al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita, y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil (SSTS 532/2000, 30 de marzo (EDJ 2000/4629), 59/1993, 21 de enero y 1257/1995, 15 de diciembre (EDJ 1995/7657)).

Para ello es indispensable:

1º) que exista una persona, física o jurídica que hubiere participado de los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo,

por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica;

2º) el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del "crimen receptationis" en concepto de autor, cómplices y encubridor;

3º) la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico, y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (STS 532/2000, 30 de marzo (EDJ 2000/4629) y las que en ella se citan).

c.- Se trata de la "receptación civil":

Como señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 362/2003 de 14 de marzo de 2003, Recurso 2047/2000:

"Se trata de la llamada receptación civil: aquel que no ha intervenido en el delito como autor o cómplice y tampoco puede ser responsable penal por receptación puede resultar obligado a la restitución de la cosa o al correspondiente resarcimiento si ha resultado beneficiado de los efectos del delito, siempre que ese beneficio haya sido obtenido a virtud de un "título lucrativo".

No basta, pues, que una persona haya resultado beneficiada.

No se trata de un caso de responsabilidad civil "ex delicto", a la que se refieren los artículos anteriores de este art. 108 (ó 122), sino de una aplicación al proceso penal de la nulidad de los contratos que, cuando tienen causa ilícita, produce unos determinados efectos respecto de las partes que intervinieron en el negocio, y para su concreción tiene en cuenta la posibilidad de que haya existido algún adquirente de buena fe y a título oneroso cuya posición tras el contrato nulo mereciera ser respetada".

La responsabilidad civil del artículo 122 del Código Penal es solidaria y no acumulativa. No es que el tercero responsable civil tenga que pagar una cantidad adicional a sumar a la correspondiente al responsable penal principal. Sencillamente, responde solidariamente y de manera conjunta con el responsable penal del importe de su beneficio [STS Sala 2, S 13 de marzo de 2014 (EDJ 2014/42841)].

Según Jesús María BARRIENTOS[5] se puede solicitar la responsabilidad civil a título lucrativo ya desde el inicio de la instrucción y hasta el Auto de apertura de Juicio Oral, esto es, solicitándolo por primera vez en el escrito de acusación y en el apartado relativo a la responsabilidad civil.

Aunque el partícipe lucrativo no ha podido participar de la instrucción, siendo requerido por primera vez a fin de que presente el escrito de defensa a título de partícipe lucrativo, no se considera que se ha producido indefensión alguna.

Dicho Autor cita de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2006, dictada para resolver un caso en que la pretensión del artículo 122 del Código Penal no fue introducida por la acusación particular sino en su escrito de conclusiones definitivas, sin que fuera precisado el alcance de la supuesta participación.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de octubre de 2014, señaló que: "La vigencia de los principios que rigen el enjuiciamiento de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada del delito exige que para su declaración medie el previo ejercicio de acción penal y en su caso de la responsabilidad civil por los títulos que establecen esa exigencia en el Código Penal y en la articulación prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No es procedente, según la mencionada sentencia, que quien haya sido absuelto de la acción ejercitada, en este caso la responsabilidad penal y la civil, por su participación en un hecho delictivo, sea condenado sin mediar esa acusación como partícipe lucrativo en la instancia revisora del pronunciamiento absolutorio".

No recoge el artículo 122 del Código Penal la posibilidad de que el partícipe a título lucrativo pueda disponer de un derecho de repetición frente al autor del delito.

Según José María TORRAS COLL[6] un sector doctrinal mantiene que existe tal posibilidad "por cuanto al desconocer la procedencia ilícita mantendrá intacto ese derecho. Otros discurren en la intelección de que no resulta hacedero el ejercicio de ese derecho de repetición, pues su adquisición se realizó a título lucrativo y, por ende, no tendrá el predicamento de perjudicado".

[5] BARRIENTOS PACHO, J.M., Partícipe lucrativo en el proceso penal. Disponible en: https://2019.vlex.com. Consultada el 16 de julio de 2019.

[6] AÑÓN CALVETE, J., Partícipe por título lucrativo. Disponible en: http://noticias.jurídicas.com/conocimiento/artículos doctrinales/10678.Consultada el 16 de julio de 2019.

Según Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ[7], el estatuto procesal del partícipe a título lucrativo es una cuestión polémica.

El artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone: "cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal, o por haber participado alguno por título lucrativo de los efectos del delito, el Juez, a instancia del actor civil, exigirá fianza a la persona contra quien resulte la responsabilidad. Si no se prestase, el Letrado de la Administración de Justicia embargará con arreglo a lo dispuesto en el Título IX de este libro los bienes que sean necesarios."

Establece el artículo 616 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que: "La persona a quien se exigiere la fianza o cuyos bienes fueren embargados podrá, durante el sumario, manifestar por escrito las razones que tenga para que no se la considere civilmente responsable y las pruebas que pueda ofrecer para el mismo objeto".

Según Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ[8], el partícipe a título lucrativo tiene reconocida la condición de parte en el proceso y puede participar en él asistido de Letrado y Procurador. Aunque no sea un testigo, y por ello no le sean aplicables las previsiones y apercibimientos de los artículos 410 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ello no implica que ostente, exactamente, la condición de investigado o encausado.

Así se explica que sea posible llamar al proceso al partícipe a título lucrativo por primera vez, al presentar las acusaciones sus escritos de conclusiones provisionales (que operan respecto de él como equivalentes funcionales de la demanda en el proceso civil), extremo que resultaría inviable de atribuirle a esa persona una indiciaria responsabilidad penal.

Desde el punto procesal, el partícipe a título lucrativo puede participar en el proceso desde la fase de instrucción y podrá ser llamado al mismo en fase intermedia, si la acusación particular o el Ministerio Fiscal le incluyen en su escrito de conclusiones provisionales.

Su participación habrá de ceñirse a exponer las razones por las cuales no ha de ser considerado responsable civil y la supuesta existencia de tal responsabilidad civil se

[7] DÍAZ LÓPEZ, J.A., El partícipe a título lucrativo tras las reformas del decomiso. Disponible en: http:diariolaley.laley.es. Consultada el 17 de julio de 2019.

[8] DÍAZ LÓPEZ, J.A., El partícipe a título lucrativo tras las reformas del decomiso. Disponible en: http:diariolaley.laley.es. Consultada el 17 de julio de 2019.

dilucidará en juicio, junto con la de las indiciarias responsabilidades penales que hubieren dado lugar a la incoación del proceso.

IV. CONCLUSIONES

1.-El partícipe a título lucrativo es un responsable civil, no penal; pues él no participa en el delito, sino que se beneficia- sin contraprestación alguna- de los efectos del mismo. El aprovechamiento abarca a cualquier tipo de utilidad que se obtenga.

2.- El partícipe a título lucrativo no puede ser condenado, dada su irresponsabilidad penal; se trata de un verdadero acusado que ha resultado absuelto.

3.- La responsabilidad civil del partícipe a título lucrativo, tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita.

4.- La responsabilidad civil, a título lucrativo se puede solicitar desde el inicio de la instrucción hasta la apertura del Juicio Oral.

5.-Su responsabilidad, de carácter civil, es solidaria con el responsable penal hasta el límite del beneficio o aprovechamiento que haya obtenido. Su responsabilidad se ciñe a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación; pero no responde de los perjuicios morales y materiales.

6.-Se diferencia de la receptación penal, del blanquero de capitales y del encubrimiento en que estos tres casos sí se tiene conocimiento de la comisión de un delito.

BIBLIOGRAFÍA

AÑÓN CALVETE, J., Partícipe por título lucrativo. Diponible en: http://noticias.jurídicas.com/conocimiento/artículos doctrinales/10678. Consultada el 16 de julio de 2019.

BARRIENTOS PACHO, J.M, Partícipe lucrativo en el proceso penal. Disponible en: https://2019.vlex.com. Consultada el 16 de julio de 2019.

DÍAZ LÓPEZ, J.A., El partícipe a título lucrativo tras las reformas del decomiso. Disponible en: http://diariolaley.laley.es. Consultada el 17 de julio de 2019.

MUÑOZ SIMÓ, E., Responsabilidad civil subsidiaria vs partícipe a título lucrativo. Disponible en: http://www.simoymartinez.com.Consultada el día 17 de julio de 2019.

TORRAS COLL, J.M., El partícipe a título lucrativo en el proceso penal. Disponible en: http://elderecho.com. Consultada el 17 de julio de 2019.

* * * * * *

Asunción Estrada Álvarez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias, España. Licenciada en Criminología. Socia de la FICP.

~Sistema asistencial víctimas violencia género. Visión general del sistema de protección y ayuda a nivel estatal, autonómico y municipal~

Sumario.- I.- Sistema estatal de protección y ayuda a las víctimas de violencia de género. II.- Sistema autonómico de protección y ayuda a las víctimas de violencia de género. III.- Sistema local de protección y ayuda a las víctimas de violencia de género. IV.- Conclusiones.

Resumen.- Es la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la norma básica dictada para prevenir, castigar y combatir la violencia de género. Para ello, reconoce a las víctimas derechos tan importantes como la asistencia social integral, el derecho a los servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral.

Corresponde a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales la incorporación de los mencionados servicios.

Todas las Comunidades Autónomas han elaborado, en sus respectivos sistemas jurídicos, una ley para prevenir y proteger a las víctimas de violencia de género.

La normativa local, básicamente, está orientada al cumplimiento de tareas informativas y de gestión de las ayudas ya aprobadas en la legislación estatal o autonómica.

I. SISTEMA ESTATAL DE PROTECCIÓN Y AYUDA A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En primer lugar, conviene empezar por la descripción o el concepto de "violencia de género". Fernando de la Fuente Honrubia y Leopoldo Puente Segura[1], entienden que "como característica específica, la violencia de género es una manifestación de menoscabo y minusvaloración del género femenino, generalmente por ataques a bienes jurídicos personales de la víctima por quien es o ha sido su pareja sentimental".

Por orden cronológico, expondré aquellos aspectos más importantes de las leyes que regulan la materia objeto de este primer epígrafe:

– **La ley 27/2003, de 31 de julio** reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica, se aprobó para dar una respuesta integral frente a la violencia de género. Esta ley creó un nuevo instrumento (denominado *orden de protección*) para las víctimas de violencia doméstica.

  La orden de protección, es un procedimiento judicial, rápido y sencillo, que se tramita ante el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia; que otorga a la

[1] DE LA FUENTE HONRUBIA, F./PUENTE SEGURA, L. Violencia de género. Aspectos jurídico-penales fundamentales, 2019.

víctima un estatuto integral de protección y concentra una acción cautelar civil y penal.

El elemento innovador de la orden de protección, según la Exposición de Motivos de la referida ley, supondría que los distintas Administraciones públicas (estatal, autonómica y local) activaran, inmediatamente, los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos.

Dispone el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su apartado 5, que la orden de protección comprenderá medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico.

– **La ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre**, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Según su Exposición de Motivos, la Organización de Naciones Unidas, en la IV Conferencia Mundial de 1995, definió la violencia contra las mujeres como *una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre las mujeres y hombres*. Se refiere, dicha Exposición de Motivos, a los avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género, tales como la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, o la ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; además de las leyes aprobadas por diversas Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial.

En cuanto a su finalidad, se expone que:

> "Para garantizar a las víctimas de violencia de género que carezcan de recursos económicos unas ayudas sociales en aquellos supuestos en que se estime que la víctima, debido a su edad, falta de reparación general especializada y circunstancias sociales no va a mejorar de forma sustancial su empleabilidad, se prevé su incorporación al programa de acción específico creado al efecto para su inserción profesional. Estas ayudas tienen como objetivo fundamental facilitarle unos recursos mínimos de subsistencia que le permitan independizarse del agresor; dichas ayudas serán compatibles con las previstas en la ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual".

> Según su artículo 1.3, la violencia de género comprende "todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad".

El apartado segundo del artículo 1 (modificado por la ley orgánica 8/2015, de 22 de julio) establece que: "por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia".

El artículo 17.2 recoge, entre otros, el derecho a la asistencia social integral a las víctimas de Violencia de Género.

El artículo 19 dispone que las mujeres víctimas de la Violencia de Género tienen derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral. La organización de estos servicios corresponde a las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales.

En cuanto a los derechos que reconoce esta ley, encontramos un resumen en la "Guía de derechos de las mujeres víctimas de violencia de género"[2]. Dichos derechos son[3]:

- Derecho a la información.
- Derecho a la asistencia social integral.
- Derecho a la asistencia jurídica gratuita, inmediata y especializada.
- Derechos laborales.
- Derechos en materia de Seguridad Social.
- Derechos en materia de empleo y para la inserción laboral.
- Derechos de las funcionarias públicas.
- Derechos económicos (que se estudiarán más adelante).
- Derechos a la escolarización inmediata.

[2] Elaborada por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. Editada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e igualdad y actualizada a junio de 2016. Nipo en línea: 680-16-010-X. www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es.

[3] Además de estos derechos, se citan los de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, y derechos de las mujeres españolas víctimas de violencia de género fuera del territorio nacional.

La referida Guía, también recoge los derechos laborales de las víctimas (cuya finalidad es evitar que las víctimas abandonen el mercado laboral y conseguir la conciliación del trabajo con su situación de violencia de género; así como la de garantizar su protección si se ven obligadas a abandonar-temporal o definitivamente-su trabajo, y conseguir su inserción laboral si están desempleadas).

Dichos derechos [reconocidos en los artículos 37, 40, 45, 48, 49, 53, 53 y 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre)] los resume, la citada Guía, de la forma siguiente:

- Reducción de jornadas y adaptación del horario laboral.
- Derecho a la movilidad geográfica. Derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo (del mismo grupo o categoría profesional) que la empresa tenga vacante en otro centro de trabajo. Reserva del puesto de trabajo por seis meses.
- Derecho a la suspensión del contrato de trabajo, si lo decide la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo, con reserva del puesto de trabajo.
- Derecho a la extinción del contrato de trabajo, si lo decide la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como víctima de Violencia de Género.
- Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo, motivadas por la situación psicológica derivada de la Violencia de Género, se considerarán justificadas.
- Nulidad de la decisión extintiva del contrato por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos del Estatuto de los Trabajadores.
- Nulidad del despido disciplinario en el supuesto de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio

de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

Respecto a los derechos de las trabajadoras autónomas económicamente dependientes (Ley 20/2007, de 20 de julio, reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo) se recogen los derechos siguientes:

- Derecho a la adaptación del horario de la actividad.
- Derecho a la extinción de la relación contractual.
- Se considerará causa justificada de interrupción de la actividad por parte de la trabajadora la situación de violencia de género.

Respecto a los derechos en materia de prestaciones de la Seguridad Social, se citan los siguientes:

- A los efectos de las prestaciones por maternidad y por paternidad, se considerarán situaciones asimiladas a la de alta los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género (Derecho reconocido en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural).
- Derecho a la pensión de jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador de las mujeres que extingan su contrato de trabajo como consecuencia de ser víctimas de violencia de género, y reúnan los requisitos exigidos (Artículo 207 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).
- Derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial de las mujeres víctimas de violencia de género que, aunque no sean acreedoras de la pensión compensatoria, acrediten los requisitos exigidos (según el artículo 220 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

- Impedimento para ser beneficiario de la pensión de viudedad a quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la víctima fuera su cónyuge o ex cónyuge, o pareja o ex pareja de hecho (Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; artículo 231 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).
- Incremento de la pensión de orfandad de los huérfanos, en los términos de los supuestos de orfandad absoluta, cuando el condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas no pudiese adquirir la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, o la hubiese perdido (artículo 233 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).
- Para tener derecho a la prestación por desempleo, además de reunir los requisitos exigidos, se considera que la trabajadora por cuenta ajena se encuentra en situación legal de desempleo cuando extinga o suspenda su contrato de trabajo de manera voluntaria como consecuencia de ser víctima de violencia de género. (artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; artículo 267 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).
- Para tener derecho a la protección por cese de actividad, además de reunir los requisitos exigidos, se considera que la trabajadora autónoma se encuentra en situación legal de cese de actividad, cuando cese en el ejercicio de su actividad, de manera temporal o definitiva, por causa de la violencia de género (artículo 331 y 332 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).
- Para tener derecho a la protección por cese de actividad, además de reunir los requisitos exigidos, se considera que las socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado se encuentran en situación legal de cese de

actividad, cuando cesen, con carácter definitivo o temporal, en la prestación de trabajo, por causa de la violencia de género (artículo 334 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

El programa de inserción socio-laboral para mujeres víctimas de violencia de género, inscritas como demandantes de empleo en los Servicios Públicos de Empleo, incluye las siguientes medidas[4]:

- Itinerario de inserción socio-laboral, individualizado y realizado por personal especializado.
- Programa formativo específico para favorecer la inserción socio-laboral por cuenta ajena.
- Incentivos para favorecer el inicio de una nueva actividad propia. Incentivos para las empresas que contraten a víctimas de violencia de género. Incentivos para facilitar la movilidad geográfica. Incentivos para compensar diferencias salariales.
- Convenios con empresas para facilitar la contratación de mujeres víctimas de violencia de género y su movilidad geográfica.

En cuanto a los derechos de las funcionarias públicas[5], se les reconocen los mismos derechos antes citados (sobre las faltas de asistencia, reducción de jornada y movilidad) y además el derecho a solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma.

Los derechos económicos son los siguientes:

1) En cuanto a la ayuda económica[6], se abona en un único pago, y su importe, calculado en función de un número de mensualidades del subsidio por

[4]Al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; y del Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción socio-laboral para mujeres víctimas de violencia de género.

[5]Al amparo de lo dispuesto en los artículos 24 a 26 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

[6] Según lo dispuesto en el artículo 27de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; y al Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, que lo desarrolla.

desempleo correspondiente, depende de si la mujer tiene o no familiares a su cargo, y de si la propia mujer y/o los familiares a su cargo tienen reconocido un grado de discapacidad. Para la tramitación de la ayuda, se seguirán los trámites previstos en la normativa que haya aprobado cada Comunidad Autónoma.

2) Renta activa de inserción[7]. Para ser incluida en el programa de renta activa de inserción y ser beneficiaria de esta ayuda económica, la mujer víctima de violencia de género deberá cumplir, entre otros, los siguientes requisitos:

- Estar inscrita como demandante de empleo.
- No convivir con su agresor.
- Ser menor de 65 años, pero no se le exige tener 45 ó más años de edad.
- Carecer de rentas propias, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional vigente, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.
- Puede ser beneficiaria de un nuevo programa de renta activa de inserción, aunque hubiera sido beneficiaria de otro programa dentro de los 365 días anteriores a la fecha de la solicitud. La cuantía de la renta activa de inserción es del 80% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual vigente en cada momento.

Además, incluye una ayuda suplementaria de pago único si la mujer se ha visto obligada a cambiar de residencia por sus circunstancias de violencia de género en los 12 meses anteriores a la solicitud de admisión al programa o durante su permanencia en éste, de cuantía equivalente al importe de tres meses de la renta activa de inserción.

3) Anticipos por impago de pensiones alimenticias[8].

A través del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos se garantiza el pago de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en procesos de separación,

[7] Programa regulado en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre.

[8] Regulado en el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, filiación o alimentos, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo.

Las personas beneficiarias tienen que tener unos ingresos económicos en cómputo anual y por todos sus conceptos) que no superen la cantidad resultante de multiplicar la cuantía anual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), vigente en el momento de la solicitud del anticipo, por el coeficiente que corresponda en función del número de hijos menores que integren la unidad familiar.

El importe tiene como límite 100 euros y el plazo máximo es de dieciocho meses.

En el supuesto en que la persona que ostente la guarda y custodia de los menores (que es quien solicita y percibe el anticipo) sea víctima violencia de género, se entiende que existe una situación de urgente necesidad para reconocer los anticipos del Fondo, por lo que se tramitará el procedimiento de urgencia.

4) Prioridad en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores[9].

Esta prioridad se traduce en las siguientes prerrogativas:

Posibilidad de acogerse a la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales, acordados en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria.

Posibilidad de acceder al Fondo Social de Viviendas en Alquiler.

Tienen la consideración de "sector preferente" a los efectos de las ayudas previstas en el Plan Estatal orientadas a fomentar el acceso a la vivienda en régimen de alquiler a sectores con dificultades económicas.

– **La ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo**, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, define el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y contempla medidas de protección frente a dichas conductas discriminatorias.

[9] Artículo 28 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016.

– **El Convenio de Estambul, de 11 de mayo de 2011**, sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia de género (cuyo Instrumento de ratificación se publicó en el B.O.E de 6 de junio de 2014) contempla como delito todas las formas de violencia contra la mujer: la violencia física, psicológica, sexual, incluida la violación; la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso, el aborto forzado y la esterilización forzada. Todo ello "aspirando a crear una Europa libre de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica", según reza su Preámbulo.

Su artículo 3 define la violencia de género como "una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada".

El Artículo 5.2 dispone que las Partes tomarán las medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales.

Según su Artículo 8, las Partes dedicarán recursos financieros y humanos adecuados para la correcta aplicación de políticas integradas, medidas y programas dirigidos a prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio, incluidos los que realicen las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil.

Las Partes, dispone el artículo 20.1, tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que las víctimas tengan acceso a servicios que faciliten su restablecimiento. Estas medidas deberían incluir, en caso necesario, servicios como el asesoramiento jurídico y psicológico, la asistencia financiera, los servicios de alojamiento, la educación, la formación y la asistencia en materia de búsqueda de empleo.

El Artículo 30.2 establece que el Estado debería conceder una indemnización adecuada a quienes hayan sufrido graves daños contra su integridad física o a la salud, en la medida en que el perjuicio no esté cubierto por otras fuentes, en

particular por el autor del delito, los seguros o los servicios sociales y médicos financiados por el Estado. Esto no impide a las Partes requerir al autor del delito el reembolso de la indemnización concedida, siempre que la seguridad de la víctima se tenga en cuenta de manera adecuada.

II. SISTEMA AUTONÓMICO DE PROTECCIÓN Y AYUDA A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Respecto a este sistema, se destacarán, sobre todo, las ayudas económicas que cada ley contemple.

Las leyes autonómicas[10] que sean ido elaborado sobre la materia, son las que se exponen, por orden alfabético respecto del nombre de la Comunidad Autonómica, a continuación:

1. Andalucía. La ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y protección Integral contra la Violencia de Género.

En su Exposición de Motivos, hace alusión al artículo 73.2 del Estatuto, según el cual: "corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en materia de lucha contra la violencia de género, la planificación de actuaciones y la capacidad de evaluación y propuesta ante la Administración central".

En el Título III se recogen las "medidas para la recuperación integral", debiendo destacar las disposiciones en materia de vivienda, del Capítulo II, que se podrán adoptar para proteger a las mujeres víctimas de violencia de género. Tales medidas pueden ir desde la elaboración de un "cupo de reserva" en la adjudicación o cesión de viviendas protegidas (en régimen de alquiler o propiedad) mediante la elaboración de convenios con las Administraciones competentes. También se contempla la consideración de

[10] Según el "Estudio sobre el tiempo que tardan las mujeres víctimas de violencia de género en verbalizar su situación"(editado por el Ministerio de la presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad): " la mayoría de estas leyes autonómicas han legislado en materia de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género, en la mayor parte con leyes específicas, en otros casos mediante leyes que regulan la combinación sobre la igualdad y sobre la violencia de género, como en la Región de Murcia, Principado de Asturias y Extremadura, País Vasco e Islas Baleares".

Sin embargo, en el "Análisis Comparativo de la de la Legislación Estatal y Autonómica sobre Violencia de Género: concepto, objeto, sujetos, Derechos y Servicios" ["Máster en Igualdad y Género en el ámbito Público y Privado"(tutora Asunción Ventura Franch y alumna María Dolores Estévez Crespo] se hace otra diferenciación entre estas leyes, distinguiendo:

Por un lado, las leyes específicas de prevención, protección y atención a víctimas de violencia de género (Castilla ala Mancha, Navarra, Canarias, Cantabria, Madrid, Aragón, Galicia, Andalucía, Castilla y León, La Rioja, Extremadura y Asturias), por otro lado, leyes dirigidas a la igualdad de oportunidades, que contienen un capítulo dedicado a la violencia de género (Valencia, País Vasco y Madrid).

"colectivo" preferente a las mujeres mayores y con discapacidad que sean víctimas de violencia de género, a efectos del acceso a las residencias públicas. Se reconoce la posibilidad de autorizar permutas de las viviendas protegidas.

2. Aragón. Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón.

En el Capítulo IV se incluyen los centros de protección y apoyo como centros de emergencia, casas de acogida, pisos tutelados, alojamientos alternativos específicos y puntos de encuentro. Se contempla la posibilidad de reservar viviendas protegidas (en alquiler o precario) a las víctimas de violencia doméstica (este artículo 29 de la ley se refiere a las mujeres víctimas de violencia doméstica)[11].

3. Canarias. Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres Contra la Violencia de Género de Canarias.

Su artículo 24 (Capítulo II) dispone:

"Los servicios y centros que integran el sistema asistencial se clasifican en:
1. Dispositivos de Emergencia para Mujeres Agredidas (DEMA).
2. Centros de Acogida Inmediata (CAI).
3. Casas de Acogida (CA).
4. Pisos Tutelados (PT)".

El Capítulo III contempla otros medios de atención y asistencia, debiendo destacar el acceso a la vivienda, el Fondo de Emergencia (destinado a ayudas que tengan por finalidad atender de modo inmediato situaciones de emergencia social en que se encuentren las mujeres víctimas de violencia de género que carezcan de medios económicos).

3. Dichas ayudas estarán gestionadas por las corporaciones locales.

4. Cantabria. Ley 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la Violencia Contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas.

Según su Exposición de Motivos, el Estatuto de Autonomía para Cantabria, en el apartado 22 de su artículo 24, reconoce la competencia exclusiva de la Comunidad

[11] Ya que esta ley se elaboró no solo para proteger a las mujeres víctimas de violencia de género. Según su Exposición de Motivos: "… más allá del concepto legal de violencia de género que se establece en la Ley Orgánica 1/2004, y pretende otorgar una protección más completa y general frente a cualquier tipo de violencia de la que es o puede ser víctima una mujer, potenciando los servicios y programas que ya existían y poniendo en marcha nuevas actuaciones que implican a los poderes públicos y a la sociedad en un compromiso solidario contra cualquier forma de violencia contra las mujeres".

Autónoma de Cantabria en las materias de "asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario, incluida la política juvenil, para las personas mayores y de promoción de la igualdad de la mujer", entre las que se incluye indudablemente a la mujer víctima de violencia de género.

Además de contemplarse, como ayudas, los centros de emergencia y el alojamiento provisional gratuito; se re cogen otras prestaciones económicas como la renta de inserción.

5. Castilla- La Mancha. Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha.

La Exposición de Motivos hace referencia a la iniciativa legislativa de la Comunidad Autónoma, así se recoge que: "Con la aprobación de la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas, Castilla-La Mancha se puso a la vanguardia de la lucha contra la violencia de género".

En cuanto a los recursos para la atención, asistencia, protección, recuperación y reparación de las víctimas, se contemplan: Centros de Atención Urgente (que ofrezcan alojamiento y protección), Casas de Acogida, Viviendas Tuteladas. Se reconoce el acceso a la vivienda.

Como ayudas económicas, se reconocen el pago único a " las mujeres que sufran lesiones, secuelas o daños físicos o psicológicos graves como consecuencia de la violencia" y ayudas al arrendamiento de la vivienda.

6. Castilla y León. Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León.

Como recursos de atención y protección se mencionan los Centros de Emergencia y las Casas de Acogida; así como el acceso a la vivienda.

7. Cataluña. Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

A nivel local, según la Exposición de Motivos, algunos municipios de Cataluña han elaborado planes o programas específicos contra la violencia machista. Por su parte, ayuntamientos y consejos comarcales han firmado acuerdos con entidades e instituciones para alcanzar circuitos eficientes de actuación contra la violencia machista.

Además, en el artículo 153, del Estatuto, aborda las políticas de género disponiendo que corresponde a la Generalidad la competencia exclusiva de la regulación de las medidas y los instrumentos para la sensibilización sobre la violencia de género y para su detección y prevención, así como la regulación de servicios y recursos propios destinados a conseguir una protección integral de las mujeres que han sufrido o sufren este tipo de violencia.

Esta ley regula la concesión de ayudas para el acceso a la vivienda, residencias públicas y ayudas a la adaptación funcional del hogar. Se contemplan los servicios de acogida de urgencia y de acogida sustitutoria del hogar.

Como ayudas económicas se establecen: la renta mínima de inserción e indemnizaciones por las secuelas físicas o psíquicas de carácter grave.

También se recoge el derecho a obtener las prestaciones del Fondo de garantía de pensiones y prestaciones. Según el artículo 52.2 "Sin perjuicio del derecho de repetición, las personas beneficiarias del Fondo de garantía de pensiones y prestaciones tienen la obligación de continuar los trámites del procedimiento de ejecución del título judicial que reconoce el derecho a percibir la pensión de alimentos y la pensión compensatoria. En el caso de que se obtenga el cobro de las pensiones impagadas, la beneficiaria del Fondo tiene la obligación de devolver las cantidades cobradas con cargo al Fondo".

8. Comunidad de Madrid. Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid.

De su Exposición de Motivos, cabe destacar la mención que se hace a la iniciativa legislativa de esta Comunidad: "… puede afirmarse que ésta ha sido pionera en la lucha contra la Violencia de Género, implantando los servicios necesarios de atención ya desde el año 1984, momento en el que se inauguró la primera Casa de Acogida".

Se regulan todos los recursos de acogida de las víctimas, ya sea mediante centros de emergencia, de acogida o pisos tutelados, así como el acceso a viviendas con protección pública. Como ayuda económica se regula el pago único.

9. Comunidad Foral de Navarra. Ley Foral 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres.

Como recursos de atención y protección se recogen: Centros de urgencia, recursos

de acogida, pisos residencia.

Se contemplan ayudas de emergencia y renta de inclusión social y medidas para el acceso a la vivienda.

10. Comunidad valenciana. Ley 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana.

Se regula el acceso a la vivienda, Centros de emergencia y viviendas tuteladas. Como ayudas, se contemplan el derecho a una indemnización por causa de gran invalidez o de incapacidad permanente absoluta. También, ayudas económicas inmediatas de pago único a estas mujeres para atender sus necesidades más urgentes en casos de emergencia.

11. Extremadura. Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura.

Su Artículo 31 regula las ayudas y subvenciones:

> "1. La Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura incorporará a las bases reguladoras de las subvenciones públicas la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad de género por parte de las entidades solicitantes, salvo en aquellos casos en que, por la naturaleza de la subvención o de las entidades solicitantes, esté debidamente justificada su no incorporación. 2. En los términos establecidos en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la Administración de la Comunidad Autónoma acordará la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y la exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses, a aquellas empresas sancionadas por resolución administrativa firme por acciones u omisiones de discriminación tipificadas en la indicada ley".

12. Galicia. Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.

Como recursos de atención se contemplan centros de acogida y el acceso a la vivienda.

Como medidas de carácter económico, se establece una prestación periódica para mujeres que sufren violencia de género. También, indemnizaciones de un solo pago.

13. Islas Baleares. Ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres.

Se refiere a los Centros de acogida y servicios de urgencia y a las prestaciones económicas para cubrir gastos de urgencia social administraciones. Las mujeres

víctimas de violencia de género serán consideradas sector preferente en el acceso a viviendas protegidas de promoción pública.

14. La Rioja. Ley 3/2011, de 1 de marzo, de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia en La Rioja.

Además de las actuaciones protegidas previstas en los planes de vivienda, las víctimas de violencia podrán ser beneficiarias de programas especiales y ayudas para facilitar el acceso a la vivienda en régimen de compra y alquiler.

15. País Vasco. Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

Su artículo 58 regula las prestaciones económicas:

> "1. De conformidad con lo establecido en la disposición final sexta de esta ley, por un lado, las víctimas de maltrato doméstico quedan exentas de la aplicación del límite mínimo de edad previsto legalmente para la percepción de la renta básica, y, por otro lado, las personas que tengan que abandonar su domicilio habitual y se integren en el de otras personas como consecuencia de una situación de maltrato doméstico tienen derecho a percibir la renta básica, tanto si quienes las acogen son familiares como si no, siempre que cumplan el resto de los requisitos exigidos para su percepción. 2. Asimismo, y a efectos de promover su autonomía económica y facilitar su vuelta a la vida normalizada, las víctimas de maltrato doméstico que estén acogidas en pisos o centros de acogida temporal, siempre que cumplan el resto de los requisitos exigidos para su obtención, tienen derecho a percibir la renta básica, aun cuando su manutención básica sea cubierta por dichos pisos o centros. 3. Los servicios sociales dispondrán de una partida presupuestaria destinada a prestaciones económicas de urgencia que tengan como objeto hacer frente de una manera inmediata a las necesidades básicas de supervivencia de las víctimas de maltrato doméstico, mientras se tramita la concesión del resto de prestaciones económicas a las que puedan tener derecho. 4. En las condiciones que se establezcan reglamentariamente, el Gobierno Vasco puede conceder ayudas extraordinarias a las víctimas de maltrato doméstico y agresiones sexuales para paliar situaciones de necesidad personal que sean evaluables y verificables, siempre que se haya observado por los órganos competentes la inexistencia o insuficiencia del montante de las ayudas ordinarias para cubrir estos supuestos".

16. Principado de Asturias. Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género.

17. Murcia. Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia.

Como medidas de atención y protección, se regula el acceso a la vivienda y se crea un Fondo de emergencia, para atender las necesidades inmediatas de las víctimas

de violencia de género, que será gestionado por el Instituto de la Mujer de la Región de Murcia.

III. SISTEMA LOCAL DE PROTECCIÓN Y AYUDA A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

No todas las leyes autonómicas comentadas, hacen alusión a las competencias municipales en la materia. Se exponen aquellas menciones que se hacen a las competencias locales:

Según el artículo 41.1de **la ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y protección Integral contra la Violencia de Género (de Andalucía):**

> **"**corresponde a los municipios:
>
> a) Colaborar con la Administración de la Junta de Andalucía en la atención e información a las mujeres.
>
> b) Crear las unidades de información y atención a mujeres víctimas de cualquier tipo de violencia de género.
>
> c) Derivar a los servicios especializados todos los casos de violencia de género de los que tenga conocimiento y no puedan ser atendidos por la entidad local".

Dispone la Disposición Adicional sexta de **la ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón** que:

> "El Instituto Aragonés de la Mujer, según la Disposición Adicional sexta, fomentará la colaboración con los ayuntamientos de Huesca, Teruel y Zaragoza, mediante programas de actuación conjunta con las respectivas casas de la mujer o entidades similares dependientes de los citados municipios".

La **Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres Contra la Violencia de Género de Canarias,** establece que las ayudas, contempladas en el Capítulo III, serán gestionadas por las corporaciones locales. Según el artículo 46.1:

> "1. Son competencias de los municipios:
>
> a) La colaboración con los cabildos insulares en la adscripción de medios personales o materiales y en la gestión de aquellos servicios y centros cuya gestión asuman, en régimen de colaboración con los cabildos insulares.
>
> b) La prestación de servicios y asistencia, a través de los servicios sociales y de igualdad de la mujer dependientes de los municipios, que les sean requeridos por los cabildos insulares.
>
> c) Las demás que les sean atribuidas por la Comunidad Autónoma o por los cabildos insulares".

La ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León, establece en su artículo 6:

> "Sin perjuicio de las competencias propias de las Entidades Locales y de su obligación como poderes públicos de luchar contra la violencia de género como lacra social, será, en todo caso, competencia de las provincias y de los municipios con población superior a 20.000 habitantes:
>
> a) Aprobar y ejecutar en su respectivo ámbito instrumentos de planificación contra la violencia de género, que, en todo caso, deberán guardar la debida coherencia con las directrices que para erradicar la violencia de género haya aprobado la Comunidad de Castilla y León.
>
> b) Prestar aquellos programas y servicios que les sean propios, conforme a la legislación de régimen local, garantizando su mantenimiento".

La **ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (Cataluña),** en su artículo 83, establece:

> **"**1. Corresponde a los municipios: a) Programar, prestar y gestionar los servicios de información y atención a las mujeres y efectuar la derivación a los diferentes servicios en los términos especificados por esta ley. b) Prestar o gestionar otros servicios de la Red de Atención y Recuperación Integral, de acuerdo con lo que se establezca mediante un convenio con la Administración de la Generalidad. c) Colaborar en la gestión de las prestaciones económicas y las subvenciones que esta ley establece. d) Cumplir todas las demás funciones establecidas por esta ley que, en razón de las competencias respectivas, les corresponda asumir con relación a las mujeres que sufren o han sufrido violencia machista. e) Cumplir las demás competencias atribuidas por disposición legal. 2. Los municipios con una población inferior a 20.000 habitantes pueden delegar sus competencias a una Artículo 86. Participación y fomento de los entes locales. 1. La Administración de la Generalidad, en sus políticas de erradicación de la violencia machista, debe contar con la participación de los entes locales. 2. Los programas y las actuaciones que se deriven de la aplicación de esta ley deben establecer medidas de fomento de los entes locales para desarrollar programas y actividades encaminados a erradicar la violencia machista o a paliar sus efectos".

El artículo 33 de la **Comunidad de Madrid. Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid:**

> "La Comunidad de Madrid y las entidades locales ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos. 2. La Comunidad de Madrid y las entidades locales deberán facilitarse la información sobre la propia gestión de los asuntos que sea relevante para el adecuado desarrollo por éstas de los cometidos regulados en la presente Ley. 3. Asimismo, la Comunidad de Madrid podrá recabar de las entidades locales la asistencia activa que precise para el mejor cumplimiento de las actuaciones reguladas en la presente Ley, pudiendo transferir, delegar o encomendar la gestión de dichas actuaciones a las Administraciones e Instituciones citadas. 4. Se faculta al Gobierno de la Comunidad de Madrid para la aprobación, con la participación de las Entidades Locales interesadas, de planes o programas sectoriales o instrucciones generales de actuación con relación a las medidas, actividades o servicios adoptados en la presente Ley".

La l**ey 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres (Islas Baleares),** en su artículo 15 dispone:

> "Competencias que pueden ejercer los ayuntamientos. Sin perjuicio de las competencias propias de los municipios con respecto a la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social a la que hace referencia el artículo 25.2.e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, en las materias de promoción de la igualdad de oportunidades y de prevención de la violencia machista a las que se refiere esta ley, los municipios pueden ejercer competencias delegadas o competencias diferentes a las delegadas siempre que, en el primer caso, les sean delegadas por la administración titular de la competencia en el marco de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, o, en el segundo, se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 7.4 de la misma Ley reguladora de las bases del régimen local".

La **ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres** (País Vasco), en su artículo 7, regula las funciones que, en materia de igualdad de mujeres y hombres, corresponden a los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Euskadi, individualmente o a través de las mancomunidades.

La l**ey 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia,** dispone que las entidades locales, sin perjuicio de lo previsto en la legislación de régimen local y en coordinación con la planificación regional, en el ámbito de sus competencias, han de remover los obstáculos que impiden o dificultan el respeto al principio de igualdad de mujeres y hombres en su ámbito territorial.

IV. CONCLUSIONES:

– Es la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la que establece el marco general en materia de protección y ayuda a las víctimas.

– Las leyes autonómicas que cada Comunidad ha ido elaborando, unas con competencia exclusiva y otras como compartida (según la propia Exposición de Motivos de algunas de ellas), no reconocen otros derechos diferentes a los contemplados en la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. La mayoría de ellas se refieren a los derechos siguientes:

  - Derecho a la información.
  - Derecho a la asistencia social integral.
  - Derecho a la asistencia jurídica gratuita, inmediata y especializada.

- Derechos laborales.
- Derechos en materia de Seguridad Social.
- Derechos en materia de empleo y para la inserción laboral.
- Derechos de las funcionarias públicas.
- Derechos económicos
- Derechos a la escolarización inmediata.

– Las competencias de la Administraciones Locales, básicamente, se limitan a la tarea de facilitar información a las víctimas, y a gestionar algún tipo de ayudas; cuando así se prevea en las leyes autonómicas.

BIBLIOGRAFÍA

DE LA FUENTE HONRUBIA, F./PUENTE SEGURA, L. Violencia de género. Aspectos jurídico-penales fundamentales, Centro de estudios financieros, 2019.

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, Guía de derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e igualdad, actualizada a junio de 2016. Nipo: 680-16-010-X. www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es. Consultada el día 29 de agosto de 2019.

ESTÉVEZ CRESPO, M.ª DOLORES, Análisis Comparativo de la de la Legislación Estatal y Autonómica sobre Violencia de Género: concepto, objeto, sujetos, Derechos y Servicios, TFM, Máster en Igualdad y Género en el ámbito Público y Privado, Ventura Franch (tutora), 2012. http://repositori.uji.es/TFM-2012. Consultada el día 28 de agosto de 2019.

GÓMEZ PLAZA, A. (COORDINADORA)/VILLAJOS POZUELO, S./CANDEIRA DE ANDRÉS, L./HERNÁNDEZ GÓMEZ, A. Estudio sobre el tiempo que tardan las mujeres víctimas de violencia de género en verbalizar su situación, Ministerio de la presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad). Nipo:04219036X. www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es./investigaciones2019. Consultada el día 29 de agosto de 2019.

* * * * * *

Isabel Fanconi Villar

Fiscal sustituta, Madrid. Socia de la FICP.

~Más Convenio de Estambul contra la violencia de género~

Sumario.- I.-Introducción.- II.- El convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. 1.- Génesis y principios del Convenio de Estambul 2.- Obligaciones generales y medidas específicas relativas a la protección de las víctimas. III.- El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español. IV.-Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Poco a poco la sociedad se va acostumbrando a los discursos emotivos e indignados sobre la violencia contra la mujer, pero en esta comunicación quiero hablar de soluciones; así, para poder afrontar un problema lo primero que hay que hacer es ponerle nombre y visibilizarlo. El universalmente acordado es violencia de genero. Y hay que establecer un plan de acción para solucionarlo. Un plan con acciones, fechas, recursos asignados y objetivos definidos, que incluya indicadores para asegurar si esos objetivos se están cumpliendo a lo largo del camino.

Nunca agradeceremos lo suficiente al Consejo de Europa que pusiera en marcha el Convenio de Estambul, y que lograra convertirlo en la primera herramienta legalmente vinculante que aborda de manera integral la violencia de género e intrafamiliar. La primera que no se queda en la prevención de la violencia y la protección de las víctimas, sino que pone el foco, con toda la luz posible, en la persecución y el castigo a los agresores. Su entrada en vigor el 1 de agosto de 2014 fue un extraordinario aliento de cambio. De manera clara e inequívoca, se establecía que no es aceptable ninguna forma de violencia contra las mujeres. Ninguna. Y que la ley debe perseguirla cuando se produce.

Al ratificar el Convenio —y así lo hizo España ya en 2014—, los Gobiernos se obligan a cambiar sus leyes, a introducir medidas efectivas y a destinar recursos para prevenirlas y combatirlas de forma efectiva. Es un hito histórico en la lucha para erradicar la violencia contra las mujeres, porque compromete a cada Estado que lo ratifica a detectar, prevenir y eliminar la violencia contra niñas y mujeres en todas sus manifestaciones.

Casi cuatro años después, hemos logrado un avance significativo: la UE como institución ha ratificado el Convenio de Estambul. Solo falta la última decisión formal

del Consejo. Esto tiene un gran valor, porque crea un marco común para Europa que obliga a los Estados a perseguir no solo la violencia contra la mujer, sino toda clase de violencia intrafamiliar. Su importancia será mayor en aquellos países con legislaciones más insuficientes al respecto.

II. EL CONVENIO SOBRE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

1. Génesis y principios del Convenio de Estambul

En paralelo a la actividad jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo, el Consejo de Europa ha dado muestras, de forma más intensa en lo que llevamos de este siglo, de su compromiso con la erradicación de la violencia de género en todas sus formas[1].

Ello no obstante, las iniciativas más destacadas, que tomaron forma de recomendaciones específicas, en especial la REC (2002) 5, sobre la protección de la mujer contra la violencia, orientada a lograr una armonización de las legislaciones y políticas estatales, así como la campaña paneuropea Stop Domestic Violence Against Women (2006-2008) pusieron en relieve que los Estados todavía estaban lejos de alcanzar los estándares mínimos de actuación relativos especialmente a los tres ámbitos de intervención principal, es decir, la prevención de la violencia contra la mujer, la protección de las víctimas que padecen esta violencia y la persecución y punición de los agresores. Así, la recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1847 (2008) apuntaba la necesidad de una norma marco internacional aglutinadora del bagaje normativo y jurisprudencial del Consejo de Europa y jurídicamente vinculante sobre violencia de género.

Dos años y medio más tarde, el 11 de mayo de 2011, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó en Estambul el Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (en adelante, Convenio de Estambul), el primer tratado en el ámbito de los derechos humanos, con carácter vinculante, sobre violencia contra las mujeres en cualquiera de sus formas, que aspira a convertirse en un referente universal, de modo que podrá ser ratificado por todo estado que lo desee.

[1] ALIJA FERNÁNDEZ, La violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de derechos humanos en el marco del Consejo de Europa, Revista General de Derecho Europeo, 24, 2011, pp. 22-24.

El Convenio establece un marco integral de actuación sobre la base de los principios de igualdad y no discriminación de un lado y de diligencia debida de otro lado, y se articula alrededor de las denominadas "3P" (Prevención, Protección y Persecución/Punición), a la que se añade una cuarta relativa a las Políticas integradas. El Convenio incorpora, por primera vez en Europa, normas jurídicamente vinculantes para prevenir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, proteger a las víctimas y sancionar a los agresores y cubre, de esta forma, una laguna en la protección de los derechos de las mujeres.

De esta manera, y en combinación con las obligaciones específicas que incumben a los estados establecidas a lo largo del texto, el Convenio consigue definir un estándar mínimo de actuación en el ámbito de la violencia de género.

2. Obligaciones generales y medidas específicas relativas a la protección de las víctimas

La definición del conjunto de compromisos que los estados asumen al ratificar el tratado europeo, y que tienden finalmente a realizar una Europa libre de violencia contra las mujeres, esencia de la Convención, se realiza en dos tiempos: a través de la concreción, de un lado, de las obligaciones generales relativas a la adopción de medidas legislativas o de otro tipo necesarias para poner en práctica los objetivos del Convenio[2]; y, de otro lado, de las obligaciones específicas que adquieren múltiples formas pero que se refieren, en definitiva, a las medidas concretas de ejecución necesarias para hacer efectivas las políticas estatales sobre violencia de género.

Pues bien, una vez definida la obligación general de protección de la indemnidad de las víctimas de violencia de género, el Convenio de Estambul da un paso más e indica, con un grado de concreción desconocido hasta el momento por el Derecho internacional, qué tipo de medidas deberán articularse a nivel nacional para conseguir la máxima eficacia en la consecución de este objetivo. Y lo hace sin predeterminar la naturaleza —civil, penal o administrativa— de las medidas ni el alcance de las mismas, pero fijando un estándar mínimo a partir de ciertos elementos que se pretenden, en principio, comunes y prescriptivos para todos los estados parte.

[2] Los artículos 12, 18 y 49 del Convenio de Estambul prescriben estas obligaciones generales en el ámbito de los objetivos de Prevención (Capítulo III), Protección (Capítulo IV)) y de Investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección (Capítulo VI), respectivamente. Sin embargo, a lo largo del texto se establecen otras obligaciones de alcance general que se suman a las contenidas en los artículos precitados.

Llegando al análisis de las medias concretas que deberán articularse por parte de las autoridades nacionales competentes, el Convenio de Estambul dispone, en sus artículos 52 y 53, dos tipos de decisiones que deberán implementarse en razón de la inmediatez del peligro que corre la víctima y del tipo de violencia que padece o puede padecer. Así, en primer lugar, los estados deberán dotarse de órdenes urgentes de protección que se utilizarán para dar una respuesta rápida a situaciones de riesgo inminente para la víctima que conviva con el agresor en el mismo domicilio. Por tanto, estas medidas, que se aplican en los casos de violencia doméstica, disponen la facultad de ordenar al agresor el abandono de la residencia por un periodo de tiempo determinado o de prohibirle su entrada a la misma o el contacto con la víctima y persiguen, en definitiva, la distancia física entre agresor y víctima. A partir de estos criterios predefinidos, se deja un margen de apreciación a los estados para que puedan valorar la inmediatez del peligro y concretar la duración exacta de la prohibición, que en cualquier caso deberá ser suficiente para garantizar la protección efectiva de la víctima, y para identificar, de acuerdo con sus sistemas jurídicos, la autoridad competente para adoptarla y el procedimiento aplicable y para atribuirles los poderes necesarios.

En segundo lugar, los ordenamientos nacionales deberán también prever mandamientos u órdenes de protección en favor de las víctimas de todo tipo de violencia amparada por el Convenio.

Con un ámbito de aplicación temporal mucho más amplio que las anteriores, aunque sería posible su imposición sucesiva como complemento de aquéllas, estas medidas que pueden acordarse en el ámbito civil, penal o administrativo, según disponga cada Estado, deberán según el artículo 53.2 del Convenio:

– Ofrecer una protección inmediata que no dependa o esté precedida de un largo proceso judicial;

– No deben suponer una carga económica o administrativa excesiva para la víctima de tal suerte que ejerzan el efecto disuasorio respecto a su solicitud ante las autoridades competentes;

– Tener efecto por un período determinado de vigencia o hasta su modificación o su revocación, conforme al principio de seguridad jurídica;

– Si es necesario, dictarse sin audiencia a la otra parte y con efecto inmediato. En este caso, deberán respetarse los derechos de defensa y la exigencia de un proceso equitativo e imparcial, prescritos por el artículo 6 del CEDH;

– Adoptarse de forma independiente o acumulable a otros procedimientos judiciales, de manera que la víctima no esté obligada a iniciar una investigación criminal y, en su caso, un proceso penal contra el agresor, ni tampoco se haga depender su adopción de otras medidas de tipo civil, como pueden ser el procedimiento de divorcio o el régimen de visitas de los hijos;

– Poder introducirse en otros procesos judiciales subsiguientes contra el mismo autor, de forma que todos los órganos judiciales que intervengan posteriormente conozcan la orden emitid contra él. Finalmente, los Estados parte deberán establecer sanciones legales, efectivas, proporcionadas y disuasorias para los casos de quebrantamiento de las medidas de protección adoptadas.

III. EL CONVENIO DE ESTAMBUL. SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Una vez esbozados los presupuestos que sostienen el Convenio, podría afirmarse que, puestos en relación con nuestro sistema normativo de lucha frente a la violencia contra la mujer, en modo alguno resultan ajenos, no ya al espíritu, sino al tenor literal de muchas de las leyes que, en nuestro ordenamiento jurídico, habían afrontado el problema durante los últimos veinte años, y en el marco que conformó nuestra Constitución, al sancionar los derechos fundamentales de la persona, tales como la vida, la libertad, la seguridad, la dignidad o la igualdad.

El Convenio de Estambul, resulta ser el primer Tratado que incorpora ya, expresamente, una definición de «género», entendiendo por tal «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres».

Y ello es verdaderamente trascendente, no solo a nivel internacional, sino dentro de nuestras fronteras, frente a las reticencias de algunos sectores de la sociedad civil, en manejar e incluir tales postulados, pese a que nuestro Tribunal Constitucional, ya desde su Sentencia 59/2008, de 14 de Mayo, al tratar la cuestión de la desigualdad entre las sanciones del art. 153.1o y 153.2o CP, desentrañaba dicha categoría al explicar, cómo: «el término "género" que titula la Ley y que se utiliza en su articulado (...) no se trata de

una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo - el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad» (...) «el legislador quiere sancionar más unas agresiones que entiende "que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien, de un modo constitucionalmente intolerable, ostenta una posición subordinada».

Sin duda es, en puntos como este, donde el «amplio espectro» que se predica del Convenio de Estambul, adquiere su pleno significado cuando se contrasta, por ejemplo, lo que se entiende «por "violencia contra la mujer (...) que son (...) todos los actos de violencia basados en el género"; o se define la "violencia doméstica" a la que va referida el Convenio y que se trata de "todos los actos de violencia - física, sexual, psicológica o económica - que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho, antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima".

Repasando nuestra normativa, si la sistemática seguida por el Convenio bien recuerda a la del legislador español de la LO 1/2004, que también en su art. 1 definía la violencia objeto de su regulación, es lo cierto que el concepto ofrecido por la Convención, no coincide con el que recoge el precepto citado, al que trasciende (…).

Si en la Ley española, la violencia contra la mujer se considera -como en el Convenio, - «una manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres», se diferencia ésta, de la definición que ofrece aquél, en que -según reza la LO 1/04, «se ejerce (...) por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». En la definición del Convenio, la mayor amplitud del concepto del que parte, viene determinada porque la

violencia doméstica, se considera como una forma de violencia contra la mujer, y ésta no ha de infligirse por quien tenga la relación conyugal o análoga del derecho español.

Si por otro lado -y según nuestro ordenamiento- la violencia sobre hombres, niños y ancianos se califica como violencia doméstica, la Convención -que asume efectivamente, que aquéllos pueden ser objeto de violencia- simplemente «alienta» a los Estados parte (art.2) a la adopción de las medidas que entiendan oportunas para su solución; pero recalca en forma imperativa, que «prestarán especial atención a las mujeres víctimas de violencia basada en el género» (...) con clara indicación de la inclusión de la perspectiva de género en todas sus políticas (art.6).

Y de la importancia de éstas, trata el Convenio, a las que denomina «políticas integradas», en orden a la Prevención.

Ahora bien, si hemos visto que el elemento clave de la lucha contra la violencia se halla en la consecución de la igualdad, y así -entre otras medidas- se exige a los Estados parte, en el art.4 del Convenio, la derogación de todas las leyes y prácticas que discriminan a la mujer, la originalidad del Convenio de Estambul, en su Capítulo 2 es que aborda las que denomina «Políticas integradas» donde se materializa la idea de que sólo podrá acometerse la lucha frente al problema de la violencia contra la mujer, mediante una acción concertada de numerosos actores, de los que busca el compromiso.

Por ello, se insta a los Estados parte a poner en práctica políticas globales y coordinadas con los organismos públicos, para el sistema judicial, las fuerzas del orden, los Parlamentos y los poderes locales/regionales/ nacionales; las organizaciones no gubernamentales (...) pero también -y ahí la novedad y la importancia del Convenio, fundamentalmente con la sociedad civil (...) al considerar que cada hombre, cada mujer, cada niño y cada niña que la conforman, han de tener un papel particular a la hora de afrontar el problema, y han de desarrollar su personalidad y sus vivencias, con la certeza de que la violencia contra la mujer, ni es la solución a ningún problema, ni será tolerada por la sociedad.

De la misma manera que se ordena a los Estados la respuesta para la protección de sus víctimas, y la persecución de los autores (...) uno de los puntos más destacados del Convenio es el de «la prevención» (...) que «salva vidas y disminuirá los sufrimientos humanos» y de la que se ocupa el Capítulo III del Convenio, desgranándose en los art.12 s.

Pues bien, de tales medidas de prevención que deberán adoptar los gobiernos, podemos decir que, todas ellas, ya se habían recogido en nuestra LO 1/2004; así, la amplia difusión entre el público en general, de las campañas o programas de sensibilización, y de especial trascendencia - como tarea indisolublemente unida a tal visibilización del problema- la «recogida de datos», que ordena el Convenio, en el art.11 -EDL 2011/393212-, consciente de que los episodios violentos deben ser contabilizados, para constatar su magnitud y actuar en consecuencia.

La naturaleza «pública» de la violencia contra la mujer, impone esa necesidad de contrastar numéricamente sus manifestaciones; y a tal fin el Convenio impone el doble compromiso de las Partes para:

> *«a) recoger los datos estadísticos detallados pertinentes, a intervalos regulares, sobre los asuntos relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio; b) Apoyar la investigación en los ámbitos relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio, con el fin de estudiar sus causas profundas y sus efectos, su frecuencia y los índices de condena, así como la eficacia de las medidas tomadas para aplicar el presente Convenio».*

Ya en nuestro ordenamiento jurídico, la LO 1/04 previó en el marco de la llamada Tutela institucional, la creación de organismos cruciales, a tal fin, a saber el Observatorio Estatal de violencia sobre la mujer o la Delegación del Gobierno para la violencia de género; que tiene entre sus funciones coordinar la recogida de tales datos estadísticos e incluirlos en el Plan Estadístico Nacional, ordenador de la actividad estadística de la Administración del Estado, previo dictamen favorable de la Comisión Permanente del Consejo Superior de Estadística.

Dispone por último el Convenio, que «Las Partes se esforzarán por realizar encuestas basadas en la población, a intervalos regulares, para evaluar la amplitud y las tendencias de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio» y también en este particular, por parte de los diversos organismos estatales, dependientes de las CCAA, y locales, vienen efectuándose numerosas encuestas que enfocan la realidad desde diversos puntos de vista.

Mención especial requiere la tarea del Observatorio del Consejo General del Poder Judicial, cuya estadística trimestral recoge todos datos referidos a la actividad judicial de los juzgados con competencia en esta materia, y a través de su grupo de Expertos- condición que ostento en la actualidad- emite informes sobre la evolución de

las denuncias, renuncias al procedimiento, órdenes de protección, sentencias y demás actuaciones jurisdiccionales... con la publicación para su difusión, en su página web.

Específicamente referido en el Convenio, el tratamiento de la «Educación» que se exige en su art.14 (...) que parece reproducir el capítulo I de la LO 1/04, específicamente referido al ámbito educativo, y sus art. 4 a 9 describiendo las obligaciones del sistema (...) con todo un elenco de medidas, puestas en práctica a la fecha.

Medida esencial resulta ser igualmente la que acoge el art.15 del Convenio, que se refiere a la formación de los profesionales que estén en contacto estrecho con las víctimas; que tiene su precepto homólogo en la Ley Integral, en el aptdo. j) del art. 2 de la citada LO al ordenar «la especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas» (...) Precepto que además fue especialmente desarrollado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, «del Estatuto de la víctima del delito», cuyo Preámbulo insiste en «el fomento de oficinas especializadas, de la formación técnica, inicial y continuada del personal». Idéntica invocación al mencionado «Estatuto (...)» puede hacerse, a la vista del contenido de los artículos que integran el Capítulo IV del Convenio de Estambul, bajo la rúbrica «protección y apoyo», destinados a las víctimas, y que se relacionan en los art.21 s., a saber, servicios de apoyo especializado, casas de acogida, o guardia telefónica de ayuda 24/7 (...) que en nuestro país, ya con anterioridad a la aprobación del «Estatuto de la Víctima», se materializó, a modo de ejemplo, con el funcionamiento de los servicios telefónicos de atención y protección para Víctimas de Violencia de Género, o el servicio telefónico permanente (016) de Información y asesoramiento jurídico en materia de violencia de género, etc.

A día de hoy, el recién nombrado ministro del Interior, Fernando GRANDE-MARLASKA ha anunciado en el Congreso que aplicará el Convenio de Estambul del Consejo de Europa, tratado que pone el foco en la persecución y el castigo de los agresores y que considera violencia de género cualquier violencia contra la mujer.

IV. CONCLUSIONES

1.- La violencia de género es un atentado contra la integridad, dignidad y libertad de la mujer, dando lugar a una posición de subordinación y vulnerabilidad de las mujeres y, en consecuencia, creando una relación desigual de poder del hombre frente a

la mujer. Ello, se puede presentar de numerosas formas, como malos tratos físicos, psicológicos, sexuales, económicos, entre otros muchos.

2.- Europa cuenta por fin con un instrumento internacional vinculante sobre violencia contra las mujeres. El camino no ha sido sencillo e incluso la última fase, la específica gestación del Convenio de Estambul, ha estado sometida a debates sobre la naturaleza misma del fenómeno. Con todo, los derechos humanos de las mujeres y en particular la protección y la prevención de la violencia dirigida contra ellas por motivos de género siguen firmemente anclados en los principios de diligencia debida y no discriminación. La combinación de ambos, junto con la especial atención a las políticas integradas y la fortaleza de las previsiones penales y procesales hacen de este instrumento el más completo en la materia.

3.- Por último, me gustaría terminar el trabajo con una reflexión que formuló la escritora y jurista española Concepción ARENAL, vinculada al pionero movimiento feminista de finales del siglo XIX. He de resaltar que el pensamiento que vamos a citar data de 1869 y lo que nos sorprende es que podría haber sido escrito incluso hoy en día. Así, la citada escritora señala que:

> *«Día vendrá en que los hombres eminentes que hoy sostienen la incapacidad intelectual de la mujer serán citados como prueba del tributo que a veces pagan a su época las grandes inteligencias, y se leerán sus escritos con el asombro y el desconsuelo que causa ver en los de Platón y Aristóteles la defensa de la esclavitud».*[3]

Espero que llegue el día en que las palabras de Concepción ARENAL se cumplan. Y deseo que llegue pronto.

* * * * * *

[3] ARENAL, C. La educación de la mujer, 1892.

Mónica Fernández Salgado
Juez sustituta, Orense. Socia de la FICP.

~Estado de necesidad: ¿Se puede esterilizar a un delincuente sexual para que no siga cometiendo delitos?~

I. ESTADO DE NECESIDAD

El Código Penal, dentro del Capítulo II, del Título I, del Libro I prevé, como causa que excluye la antijuridicidad, el estado de necesidad[1], aplicable para aquellos supuestos en que un hecho constitutivo de delito o falta no será sancionado penalmente, bien porque el hecho en cuestión está justificado bien porque el autor no puede ser declarado culpable. Su aplicación es subsidiaria y ha de haber una imposibilidad de acudir a otros medios para remediar la situación que padece el sujeto[2].

Se exige que concurran los siguientes requisitos:

a) que exista un mal como lesión de un interés protegido por el derecho, sin que sea exigible su tipificación penal, bastando únicamente que tenga reconocimiento en la Constitución o en cualquier sector del ordenamiento jurídico[3].

Ese mal, que no ha de ser mayor que el que se trate de evitar, debe ser real, efectivo, grave e inminente.[4] La ponderación de los males supone la ponderación de los intereses lesionados y los que el sujeto quería salvaguardar. Hay que distinguir si estamos ante un conflicto de intereses desiguales o iguales.

La ponderación de los intereses y de los males debe realizarse con un criterio objetivo con arreglo a las valoraciones del Derecho teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos en conflicto, si han sido lesionados o puestos únicamente en peligro, la gravedad de su lesión o su reparabilidad[5].

Así en supuestos de tráfico de drogas no se estiman consideraciones basadas en ausencia de culpabilidad por estado de necesidad, alegando una situación económica precaria

[1] Artículo 20.5 del Código Penal LO 10/95, de 23 de noviembre.
[2] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1995. Auto del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1996.
[3] LUZÓN PEÑA, D.M., Aspectos Esenciales de la Legítima defensa, Barcelona Edit. Bosch 1978, p. 529.
[4] Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983.
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1994.
Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1995.
[5] ANTÓN ONECA, Derecho Penal, Parte General, Madrid, 1949, pp. 264-265.

que obligaría a transportar cocaína. No se ha admite la inocencia del delito porque son graves las consecuencias que originan los delitos contra la salud pública y que se pueden buscar otras vías que sean legales para pasar las dificultades económicas distintas al tráfico de drogas[6].

La jurisprudencia mantiene que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo la eximente debe ser aplicada de modo completo, si esa balanza se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse como eximente incompleta y si la diferencia es muy evidente no se aplicaría[7].

b) que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, no puede existir en el sujeto activo dolo ni siquiera eventual. Sí serían compatibles, situaciones de necesidad por acciones fortuitas o culposas del sujeto.

c) que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse por una obligación jurídica, por contrato o por ley.

El estado de necesidad justificaría la utilización de medios, no permitidos en situaciones generales, para supuestos en los que se trate de evitar un mal mayor, así en relación con la comunicación que desarrollamos se trataría de permitir procedimientos de castración química o esterilización de delincuentes sexuales para contribuir a que no cometan esas conductas delictivas.

II. ESTERILIZACIÓN DELINCUENTE SEXUAL

La libertad sexual es un bien personal de alta relevancia, como muestra la gravedad de las penas con las que se amenazan los delitos que la atacan. Se encuentra claramente identificado en la realidad social y conecta de modo directo con elementos básicos de la construcción de la esfera del ciudadano en el sistema constitucional como son la libertad general, la integridad moral o la intimidad. Se ha de proteger la autodeterminación, preservando la libertad de negarse a un contacto sexual y a consentir en todos ellos.

La ampliación del ámbito de la iniciativa procesal pública en este ámbito debe valorarse de modo positivo. La referencia al principio de oportunidad contenida en la

[6] Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero 2000. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo 2009. Sentencia del Tribunal Supremo, 22 de mayo 2018.

[7] Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2009. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2017.

instrucción de ponderación dirigida al Ministerio Fiscal basta para tener en cuenta los intereses de la víctima.

En los delitos de agresiones sexuales la resistencia de la víctima no es elemento del delito[8], sino que lo es la violencia o intimidación del autor. De este modo, se rompe con posiciones anteriores de la jurisprudencia que primero exigió una resistencia considerable, para pasar luego a una resistencia razonable, mientras que ahora se contenta con la constatación de la voluntad contraria de la víctima. Esta no ha de manifestarse necesariamente de modo especialmente contundente -como a través de resistencia física o manifestaciones verbales evidentes-, o, dicho de otro modo, existe un deber de cuidado en el sujeto que actúa para comprobar que la otra persona, efectivamente, ha consentido válidamente -en casos en los que pueda haber dudas sobre las condiciones en las que la posible víctima se encuentra-, o que el consentimiento efectivamente obtenido en un momento anterior sigue siendo actual.

Es posible que la intimidación se manifieste de modo concluyente por parte del agresor y sin que haya ninguna clase de reacción por parte de la víctima, como, por ejemplo, cuando la víctima intimidada con un objeto punzante en el cuello simplemente cede a las pretensiones del agresor, o cuando la víctima, paralizada por una agresión sorpresiva, se somete a los agresores que la han acorralado, como en el «*caso La Manada*». Aquí cobra sentido la interpretación intersubjetiva del significado social objetivo del comportamiento de intimidación (cinco varones que acorralan a la víctima en un espacio muy limitado comiencen sin más a ejecutar directamente los actos sexuales en un evidente contexto de imposición física).

La existencia de pruebas físicas de resistencia por parte de la víctima también supone un elemento de prueba muy relevante de que no hubo consentimiento y sí violencia[9].

En el momento actual nunca puede asumirse por parte de un varón que el «*no*» de la mujer, con independencia de cómo de avanzado esté el acercamiento entre ellos, significa algo distinto a una negativa. Se reduce muy considerablemente la posibilidad de afirmar en estos casos un error. Lo importante en la violación es conocer la intencionalidad decidida del violador y los medios empleados en su ataque físico o moral. Ya se ha abandonado la antigua doctrina que exigía que la resistencia fuera trascendente, o al menos razonable.

[8] Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1994.

[9] Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2016.

Incluso se llega a prescindir por completo de las características de una actitud defensiva que, sin otra eficacia jurídica, solo puede hacer peligrar incluso la vida misma[10].

Con independencia de los problemas de prueba que produce el hecho de que en estas infracciones en muchos casos el único elemento incriminador es el testimonio de la propia víctima, quedan superados tiempos en los que se convertía en objeto fundamental del debate probatorio las lesiones que hubiera producido el sujeto activo al pasivo[11]. Para demostrar que hubo resistencia, el hecho de que el encausado no emplease fuerza contra ella, de forma que le causara lesiones visibles, no es un elemento que cuestione su resistencia ante el agresor[12] [13].

El tema que abordamos relativo a la posible esterilización de delincuentes sexuales viene determinado, por desgracia, por el incremento de atentados contra la libertad sexual, que, en muchos casos, son reiterados y parece, a simple vista, que no existe posibilidad de reinserción alguna para sus autores a pesar de cumplir condenas, algunas de larga duración.

El movimiento "*me too*" o el conocido caso de la Manada[14] han puesto en el punto de mira de la sociedad un problema existente que, en numerosas ocasiones, se silenciaba bien por vergüenza o para evitar un humillante y largo camino judicial.

La delincuencia de todo tipo tiene una presencia mayoritaria de hombres jóvenes. Pero en el caso de la violencia sexual los responsables son en un 97% del género masculino. Solo el 3% está perpetrada por mujeres. Respecto al riesgo de re-incidencia es mayor cuando el agresor ha abusado de personas extrañas, le sigue cuando el abuso es con personas conocidas y el que presenta un riesgo relativamente menor es el que ha abusado dentro de la familia. Además, es más alto cuando el agresor abusa de víctimas del género masculino. Ser testigo de violencia doméstica es un factor de riesgo muy significativo para ser agresor de violencia sexual[15].

Los delincuentes sexuales, normalmente no se ven a sí mismos como insensibles, crueles y dañinos, ya que mantienen muchos de los estereotipos del interés pro social y la

[10] Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1995.
[11] http://www.rubenfigari.com.ar/los-delitos-de-indole-sexual-y-su-formulacion-en-el-anteproyecto-de-reforma-al-codigo-penal/
[12] Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1995.
[13] Memento Penal. https://online.elderecho.com.
[14] Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2019.
[15] El abuso sexual infantil. una realidad compleja que interpela a toda la sociedad. Donostia-Universidad País Vasco. San Sebastián. Palacio Miramar 5-6 julio, 2018

respetabilidad. Se engañan a sí mismos y a los demás, no se consideran delincuentes sexuales y puede que incluso los demás tampoco.

En muchos, el interés sexual desviado puede conceptualizarse como un auténtico proceso de adicción. La literatura científica ha observado que los delincuentes sexuales presentan un período de reincidencia considerablemente más largo que los delincuentes contra la propiedad; es decir, estos sujetos son susceptibles de volver a cometer más agresiones sexuales, de forma más espaciada en el tiempo.

Por consiguiente, el análisis de la gravedad, la frecuencia e intensidad de las agresiones sexuales mostradas en la carrera delictiva del sujeto, es una de las tareas básicas en la predicción de la peligrosidad.

Los factores que están relacionados con la probabilidad de reincidencia son violencia en la realización del delito, acciones excéntricas, rituales, fantasías desviadas abundantes y pornografía, haber cometido otro u otros delitos sexuales previos, evidencia de psicopatología (especialmente psicosis o deficiencia orgánica), negar ser responsable del delito, o bien racionalizarlo, no querer ser tratado o participar en programas sin motivación, pobres recursos personales (baja competencia social: aislamiento social, pobreza extrema, falta de habilidades de relación interpersonal), poca capacidad verbal, incapacidad para aprender de la experiencia, no tener ningún control sobre la conducta desviada (alta excitación ante estímulos desviados), baja excitación sexual ante estímulos adecuados, actitudes negativas hacia las mujeres y favorecedoras de la violencia, no vivir con la víctima, desconocer a la víctima, presentar varias parafilias, antecedentes laborales inestables o historia de relaciones personales inestables.

Todos esos factores de riesgo aumentan la posibilidad de la reincidencia de la agresión sexual como una adicción. Resulta ingenuo pensar que tal adicción pueda superarse de forma general, por la mera estancia en la prisión, o por el paso del tiempo. Sin un tratamiento adecuado, el delincuente sexual reincidirá ante cualquier factor de riesgo[16].

La esterilización quirúrgica por medio de intervención no está permitida, sus efectos son dañinos y poco avalados pero se impone la posibilidad de realizar una intervención química, castración, que consiste en la administración de medicamentos que reducen la

[16] RIVERA GONZÁLEZ, Guadalupe/ROMERO QUINTANA, María Concepción/LABRADOR MUÑOZ, Miguel Ángel/SERRANO SÁIZ, Jesús. El control de la agresión sexual:Programa de intervención en el medio penitenciario. Ministerio del Interior, Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo. Taller de Artes Gráficas del Centro Penitenciario de Madrid III (Valdemoro) 2006.

libido y se aplica con el objetivo de impedir que los violadores, pederastas y otros delincuentes sexuales reincidan. Existen países en donde es una medida obligatoria (Indonesia, algunos estados de EEUU, Polonia, Rusia, Moldavia, Estonia, Corea del Sur) y en otros voluntaria (Reino Unido, Australia, España, Francia)[17].

La administración de la sustancia conocida como acetato de ciproterona se considera incluida dentro de la castración química e intenta inhibir la unión de los andrógenos a los receptores de la glándula sebácea anulando el paso de testosterona a dihidrotestosterona disminuyendo así la producción del deseo sexual.

Estas medidas sí tienen efectos secundarios como que su uso prolongado puede alterar la tolerancia a algunos estupefacientes, aumento de peso, sofocos o debilitamiento de la masa ósea, disminución de la actividad y potencia sexual. No obstante estos cambios son reversibles una vez suspendido el tratamiento.

Nuestros tribunales en alguna ocasión negaron su aplicación en un supuesto en que "*la defensa del acusado solicitó por medio del otrosí digo séptimo de su escrito de calificación provisional que se adoptaran medidas jurídico legales y médicas para proceder a la castración química del acusado, solicitud que ya no se recoge en las conclusiones definitivas de la defensa lo que, en principio, haría innecesario realizar ningún comentario al respecto. Ello no obstante y habiéndolo pedido asimismo el propio acusado al hacer uso de su derecho a pronunciar la última palabra, el Tribunal abordará esta cuestión a fin de despejar cualquier duda que pudiera existir acerca de la posibilidad legal de lo solicitado. Así, debe recordarse en este sentido que el artículo 3.2 del Código Penal dice que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto, rigiendo, por lo tanto, en la ejecución de las penas la estricta observancia del principio de legalidad. De este modo y siendo así que no se contempla en el Código Penal la castración química de un agresor sexual ni como pena, ni como medida de seguridad, inaplicable en cualquier caso al no haber declarado ninguna alteración psíquica o sensorial del acusado que influya en su responsabilidad criminal, deviene jurídicamente imposible atender dicha petición."* [18]

[17] https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/tiene-que-solicitarla-el-preso-y-es-irreversible-asi-se-aplica-la-castracion-quimica-en-espana_201805055aedc84a0cf288e92b80852c.html

[18] Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 28 de abril 2005.

En las prisiones del Estado español los presos condenados por delitos contra la libertad sexual tienen que someterse a un tratamiento de rehabilitación a cargo de los psicólogos, trabajadores y educadores sociales del centro con el fin de evitar el alto grado de reincidencia que acompaña siempre a estos delitos[19].

La administración penitenciaria permite realizar programas específicos por delitos contra la libertad sexual[20]. Existen programas especializados de control de la agresión sexual como el "SAC", que se desarrolla para reinsertar y evitar la reincidencia del delincuente sexual buscando mejorar sus aptitudes psicosociales.

ATURA'T es un proyecto de evaluación y tratamiento de adolescentes financiado por el Gobierno de Baleares, es un programa de evaluación y tratamiento de agresores sexuales que intenta que se reconozcan en parte los hechos, se hable de nueva vida, se hable con detalle sobre el abuso, se reconozca el sufrimiento de la víctima, se hable de actitudes ante el sexo y se prepare un plan de prevención de recaídas. La gran mayoría de los sujetos ha respondido positivamente a la intervención. Se conoce un caso que abandonó prematuramente el tratamiento y reincidió con un delito grave. En dos otros casos habían recaídas leve. Sin embargo, actualmente se está diseñando la investigación sobre seguimiento de los casos a mayor escala[21].

Desde 2010 se aplica en nuestro país de forma voluntaria la castración química aunque debe ser el preso quien solicita la medida. Las cárceles catalanas anunciaron hace nueve años su aplicación para violadores que tras cumplir sus condenas no están rehabilitados y presentan altos grados de reincidencia.

El primer preso en solicitarla fue Alejandro Martínez Singul, conocido como el segundo violador de l'Eixample, violador reincidente condenado en 1993 a 65 años de cárcel por diez violaciones y otros cuatro intentos a menores de entre diez y quince años, a las que siempre asaltaba en los rellanos o en el ascensor de sus viviendas del distrito del Eixample barcelonés.

Tras la condena salió de prisión en 2007 sin que se le considerara rehabilitado después de cumplir el máximo de 16 años de pena que le correspondían de acuerdo con el antiguo Código Penal. Protagonizó nuevas agresiones sexuales y en junio de 2008 fue detenido de

[19] http://www.eljurista.eu/2013/07/18/la-rehabilitacion-de-los-delincuentes-sexuales/

[20] Artículo 116 Reglamento Penitenciario Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

[21] ARRANZ, M. J/CALLEA FONT, M./CARRERO SÁNCHEZ, M./GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E./JIMÉNEZ FERRER, A./RIBAS GALUMBO, E./SEGUI CIFRE, C. Programa ATURA'T: Evaluación y tratamiento para agresores sexuales adolescentes en las Islas Baleares. Infancia Juventud y Ley. (2014), pp. 40-46.

nuevo y extraditado a Perpinyà, donde cumplió nueve meses de prisión por exhibicionismo ante una escolar en esa población francesa. En junio de 2010, la Audiencia de Barcelona le condenó a tres años y nueve meses de cárcel por su último intento de violación a una niña de 12 años, cometido mientras estaba en libertad provisional.

Alejandro Martínez Singul salió en libertad en julio de 2013 después de cumplir tres años de cárcel y tras someterse a un programa psicosocial y a tratamiento farmacológico de inhibición del deseo sexual, la denominada castración química[22].

Se trata de una medida irreversible y los expertos defensores de esta medida aseguran que es un método que reduce drásticamente la reincidencia. Se sometió —no se puede aplicar de forma obligatoria— al tratamiento de castración química con la administración de unos fármacos inhibidores del deseo sexual. Con esta medicación, el paciente tiene menos posibilidades de cometer de nuevo delitos de carácter sexual, aunque se suele criticar que cuando el paciente deja de tomar la medicación su efecto desaparece[23].

III. CONCLUSIONES

Las agresiones sexuales constituyen un grave problema en nuestra sociedad y su prevención y detección continúa siendo un reto.

No parece que el sistema actual esté funcionando en cuanto a la hora de conseguir que los condenados por delitos sexuales alcancen a desarrollar empatía suficiente que les permita observar el daño causado a las víctimas, ni arrepentimiento o simplemente la convicción de no repetir sus acciones.

La esterilización directa supone una huida de la sociedad y una dejación de responsabilidad ya que el condenado en vez de recibir ayuda para integrarse, en la medida de sus posibilidades, en la vida social, en un acompañamiento vigilante, es abandonado a su propia soledad e, incluso, estimulado a vivir de antinatural.

El derecho a la sexualidad se convierte en la fácil excusa para un grave abandono a la suerte sexual del agresor y una renuncia de la sociedad a atender subsidiariamente su necesidad de integración, con la excusa de bienestar social.

[22] https://www.elperiodico.com/es/sucesos-y-tribunales/20180211/detenido-el-segundo-violador-del-eixample-por-una-pelea-familiar-6617004

[23] http://www.eljurista.eu/2013/07/18/la-rehabilitacion-de-los-delincuentes-sexuales/.

Hemos de tener en cuenta además que el impulso violento se mantiene pese a la disminución de la testosterona provocada por los tratamientos lo que puede favorecer la realización de conductas si cabe más lesivas.

Las noticias sobre violadores reincidentes son numerosas, es necesario un estudio profundo de toda la sociedad para conseguir que el sistema penal y penitenciario rehabilite a estos delincuentes de manera que se valoren de forma individualizada y, siempre que no presenten enfermedades mentales y sí deseos genuinos y verdaderos de cambiar, empaticen con la víctima, se cree un apoyo social, que les permita vivir en sociedad y al mismo tiempo es un deber que se impone y se debería exigir para garantizar el derecho a vivir sin la posibilidad de sufrir este tipo de ataques.

* * * * * *

Juan Antonio Flecha Muñoz

Abogado, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Socio de la FICP.

~Cooperación internacional en materia de violencia de género. especialidades (con exclusión de la orden europea de protección)~

Sumario.- I. Introducción. II. La cooperación juridica internacional en el ámbito normativo de la legislación española. III. La cooperación jurídica internacional en el ámbito europeo. 1. El Consejo de Europa. 2. Schengen. 3. La Unión Europea. IV. La cooperación jurídica internacional aplicada específicamente a la violencia de género. 1. La igualdad de género en las normas comunitarias. a) El Derecho Originario. b) El Derecho Derivado. 2. La cooperación jurídica en la prevención y lucha contra la violencia de género. 3. Una breve referencia a la cooperación internacional en el ámbito iberoamericano. IberRed y el Tratado sobre Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

La cooperación jurídica internacional, entendida como la colaboración entre Estados dirigida a la articulación de mecanismos jurídicos dotados de entidad sustancial, suficiente e idónea para responder, tanto desde la perspectiva meramente adjetiva -a través de fórmulas de asistencia que faculten una ágil satisfacción de los actos procesales que integran la tramitación de los procedimientos judiciales en ámbitos territoriales ajenos a los que son propios del lugar en que habrían de producirse naturalmente por aplicación de los criterios de jurisdicción patrios- como incluso desde una proyección sustantiva -mediante el reconocimiento de la validez y eficacia de las resoluciones dictadas por un país extranjero, con las consecuencias anudadas a un pronunciamiento de dicho orden no sólo de naturaleza ejecutiva sino en cuanto aptas para crear otros efectos posteriores integrados ya en el ordenamiento jurídico propio de ese país extraño a su origen- supone no sólo un reto ante la existencia de una sociedad globalizada en la que los bienes tutelados por las normas penales, personales y materiales, se localizan con cada vez mayor asiduidad en distintos Estados dotados de sus propias singularidades normativas, sino también una expresión de la necesidad de universalizar su garantía de protección que, si bien no ha de llegar al extremo de exigir la renuncia a la soberanía jurisdiccional interna, sí que se ha de traducir en la extensión práctica y eficaz de esta, soslayándose con ello el conjunto de suspicacias, dudas, sospechas y prevenciones que consuetudinariamente se ha asociado a todo lo que “viene de fuera” o, en el camino inverso, escapa de nuestras fronteras.

Tal proyección colaboradora, de indudable trascendencia en el orden jurisdiccional penal, no puede ser ajena a la tutela de aquellos bienes jurídicos a cuya

protección responden las normas que tipifican los llamados delitos de violencia de género o contra la mujer en los que la principal exigencia de protección integral que conllevan para la víctima obliga a pergeñar los mecanismos necesarios para que esta no quede determinada, en su eficacia, por el trazado de una frontera. Máxime cuando las consecuencias anudadas a dicha protección no son meramente penales -basadas en la represión de los hechos y el castigo de sus culpables- sino que se extienden a ámbitos de naturaleza civil en los que se ven implicados terceros ajenos, aunque inexorablemente vinculados a la relación entre el sujeto activo y el pasivo, como pueden ser los hijos y las personas dependientes de aquellos. A estos efectos y dejando a un lado el análisis de la legislación que aborda la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección[1], tras una somera visión de las disposiciones aplicables en nuestro Derecho, nos centraremos en el análisis tanto del marco general normativo en materia de cooperación jurídica internacional en el espacio europeo como del particular contenido en el Reglamento (UE) 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil[2] y en el Convenio del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conocido como Convenio de Estambul[3].

II. LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO NORMATIVO DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

En el marco del derecho interno, la normativa en la materia se circunscribe a la contemplada en cuatro cuerpos: la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), el Reglamento 1/2018, de 27 de septiembre, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional[4] y la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea[5].

Por lo que se refiere al primero de ellos, el definido en la LOPJ, los artículos 276 a 278 contemplan dos tipos de cooperación. Por un lado, aquella que sitúa a un órgano

[1] Diario Oficial de la Unión Europea 2011-L 338/2.
[2] Diario Oficial de la Unión Europea 2013 181-4.
[3] www.coe.int/conventionviolence.
[4] BOE nº. 249, de 15 de octubre de 2018.
[5] BOE nº. 282, de 13 de diciembre de 2018.

jurisdiccional español como demandante de ayuda ante las autoridades judiciales extranjeras (art. 276) con una remisión genérica a las disposiciones contenidas en *"los tratados internacionales, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas que resulten de aplicación"* y, por otro, la que, en un recorrido inverso, convierte al órgano jurisdiccional patrio en deudor de la solicitada por otro extranjero, respecto de la que los artículos 277 y 278 someten toda actuación a las pautas incardinadas en las mismas normas internacionales y contempla su denegación en una serie de supuestos que se concretan en razones, residenciadas en la solicitud, basadas en cuestiones de orden público, falta de competencia e irregularidades materiales y formales para su tramitación.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, por su parte, contiene referencias muy generales a la materia analizada en sus artículos 177, 193 y 194 en los que fija los criterios rectores en materia de actos de comunicación como aquellos recogidos en los tratados internacionales de los que España sea parte y, en todo caso, el derivado de la aplicación del principio de reciprocidad.

Por su parte, el Reglamento 1/2018, de 27 de septiembre, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional, fija como marco normativo rector en las acciones de ayuda mutua en las que España sea parte, el elenco normativo ya expuesto, incluidos los Tratados y Convenios internacionales suscritos por España y las normas de la Unión Europea. En el plano de la cooperación, tanto activa como pasiva, el Consejo General del Poder Judicial se pone a disposición de los órganos jurisdiccionales españoles para servir como entidad de referencia a la hora de ofrecer una correcta tramitación de las peticiones incardinadas en esa esfera, a través de su Servicio de Relaciones Internacionales. Este órgano se enmarca, a su vez, en una estructura conectiva con otras Redes Internaciones de Cooperación creadas no sólo en distintos órdenes jurisdiccionales, como el penal, civil y mercantil sino, a su vez, en distintos estadios supranacionales que no sólo quedan circunscritos al propio de la Unión Europea, a través, entre otras, de la Red Judicial Europea en los referidos órdenes o en otras materias específicas como ciberdelincuencia ó Eurojust, sino que alcanza el territorio iberoamericano (IberRed) e incluso internacional, con organismos como la Red para la Investigación y Persecución del Genocidio, Delitos contra la Humanidad y Crímenes de Guerra ó de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya. El Reglamento contempla el régimen de adscripción de los miembros que han de

integrar cada una de las Redes y la atribución de funciones a cada una de ellas. Como herramienta práctica de actuación para los órganos jurisdiccionales españoles, la Norma crea lo que da en llamar un *"Prontuario de Auxilio Judicial Internacional"* a través del cual se documentan los trámites en que se traduce la cooperación jurídica en la que se ven implicados los Juzgados y Tribunales españoles y diseña, no sólo un sistema de intervención para favorecer la asistencia en cooperación jurídica internacional activa y pasiva sino que, además, regula el método de desplazamiento de jueces y magistrados cuando este sea preciso para la realización de actuaciones procesales que requerirá la autorización expresa de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial ante la que, concluida la actuación, habrá de rendirse información sobre su resultado. Finalmente, recoge disposiciones definidas para el registro y reparto de las solicitudes de cooperación judicial internacional pasiva y constriñe a los juzgados y tribunales a incluir en la estadística trimestral que han de presentar, representativa del desarrollo de sus actuaciones, las derivadas de las de la naturaleza objeto del Reglamento.

Finalmente, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, supone la trasposición y adaptación del marco legislativo nacional a las disposiciones así emanadas de las instituciones europeas recogiendo un cambio de criterio conforme al cual se aboga por la comunicación directa entre las autoridades judiciales de los Estados miembros, se suprime el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos -entre los que no se define, como tal, la violencia de género aunque sí conductas tangenciales esta, como la trata de seres humanos- y se tasan los motivos de denegación que convierten en una decisión excepcional la de rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución. Por demás, el reconocimiento se hace viable en toda fase procesal penal, incluso una vez se hubiera dictado una sentencia condenatoria. La Ley, recogiendo las directivas comunitarias, preceptúa como instrumentos de reconocimiento mutuo las órdenes de detención y entrega y de protección y las resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad, las de resolución de libertad vigilada, de vigilancia de la libertad provisional, de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas, de resolución de decomiso y de imposición de sanciones pecuniarias.

III. LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO EUROPEO.

Siguiendo a PALOMO DEL ARCO[6] no se puede hablar de un solo ámbito europeo sino de una diversidad de normas dentro de dicho espacio territorial que han venido a configurar círculos de intervención superpuestos y en los que los actores soberanos han sido también diferentes según su integración o no en cada uno de ellos. Así:

1. El Consejo de Europa.

En Europa la norma precursora de la cooperación judicial penal hay que encontrarla en la que sirvió para sentar las bases de la creación del Consejo de Europa, esto es, el Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949 al que se adhirió España, a través del oportuno Instrumento, en fecha 21 de febrero de 1978,[7] en el que quedaron integrados todos los países europeos, con la única excepción de Bielorrusia. Dentro de ese paraguas, han surgido diversas normas en forma de Convenios, como el Convenio sobre Extradición, hecho en París en 1957[8], el Convenio de 1959 sobre Asistencia Judicial en Materia Penal[9] y sus sucesivos protocolos adicionales, el segundo, hecho en Estrasburgo en 2001[10] y, los más recientes, Convenio

[6] PALOMO DEL ARCO, A., Cuadernos digitales de formación 19, 2015.

[7] BOE nº 51/1978, de 1 de marzo.

[8] Instrumento de ratificación por España de 21 de abril de 1982. BOE nº 136, de 08/06/1982. Con carácter general y como normas más relevantes, se acuerda la extradición por hechos castigados, tanto en el Estado requirente como requerido, con pena o medida de seguridad privativas de libertad superior a un año de duración, excluyéndose los delitos calificados como políticos, militares y fiscales, reservándose cada uno de los Estados parte la facultad de denegar la extradición de sus nacionales, así como la de aquellos hechos que se hubieran podido cometer en su territorio o parte del mismo, aquellos que pudieran resultar afectados por la aplicación del principio "non bis in idem", en los que pudiera apreciarse litispendencia o considerarse prescritos y en aquellos en que siendo la pena imponible la de muerte no se aporten garantías por parte del Estado requirente de que esta no se llegará a ejecutar.

[9] Instrumento de ratificación por España de 14 de julio de 1982. BOE nº 223, de 17/09/1982. Con carácter general y comprometiéndose los Estados firmantes a prestarse mutuamente la asistencia judicial más amplia posible en los procedimientos relativos a infracciones cuya represión, en el momento de pedir la asistencia, sea de la competencia de las autoridades judiciales de la parte requirente, se regula: la práctica de las comisiones rogatorias, incluyéndose en ellas las normas sobre el sistema de notificación de resoluciones judiciales y de citaciones a testigos, peritos y procesados, la obligación de comunicación de antecedentes penales, el concreto procedimiento para la solicitud de asistencia judicial que deberá contener siempre la mención de la autoridad que la formula, su objeto y motivo, la identidad y nacionalidad del sujeto afectado y el nombre y dirección del destinatario; las denuncias a los fines procesales y el intercambio de información sobre condenas judiciales.

[10] Instrumento de ratificación por España de 22 de mayo de 2018. BOE nº 133, de 01/06/2018. Este surge para reforzar los anteriores previendo ya la presencia de autoridades de la parte requirente; el traslado temporal de personas detenidas al territorio de la parte requirente o requerida; la posibilidad de realizar audiencias a través de sistemas remotos de comunicación como videoconferencia; la de llevar a cabo una colaboración para la ejecución de entregas vigiladas, investigaciones encubiertas y desarrollar equipos de investigación conjunta y otras prevenciones en materia de responsabilidad civil y penal respecto de los funcionarios actuantes fuera del Estado donde se desarrolla la operación, así como en materia de protección de testigos.

sobre Cibercriminalidad de 2001[11] y Convenio para la prevención del terrorismo de 2005[12].

Ninguna de las referidas normas contiene una referencia concreta a delitos de violencia de género o contra la mujer.

2. Schengen.

Constituye un ámbito territorial creado merced al Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985[13] cuya peculiaridad radica en la creación de un espacio interior entre los países miembros en el que se haga cierta la existencia de una auténtica libre circulación de personas y mercancías concretándose, de ese modo, en un hecho real el objetivo programático así plasmado en el Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, completado por el Acta Única Europea. De esa forma, la única frontera objeto de una exhaustiva acción de vigilancia y control de entrada y salida de personas y bienes es la frontera exterior respecto de la que las Partes contratantes se obligan a prestar una cooperación estrecha y permanente para efectuar de forma eficaz su control y vigilancia.

En la actualidad la normativa ha quedado incorporada al marco de la propia Unión Europea merced a la firma del Tratado de Ámsterdam,[14] cuya observancia resulta obligada para todos los Estados miembros de la Unión. Este concreto Tratado contiene algunas referencias a la violencia de género que serán objeto de una particular exposición.

---

[11] Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. BOE nº 226, de 17/09/2010. Surgido en respuesta a la "necesidad de una cooperación entre los Estados y el sector privado en la lucha contra la ciberdelincuencia, así como (…) de proteger los legítimos intereses en la utilización y el desarrollo de las tecnologías de la información".

[12] Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Convenio nº 196 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. BOE nº 250, de 16/10/2009. Instaura actuaciones de cooperación en materia de prevención de la comisión de delitos terroristas y contiene el compromiso de los Estados firmantes de adoptar medidas para evitar actos de provocación pública, reclutamiento y adiestramiento con tales fines así como de protección, indemnización y ayuda a las víctimas y, de manera específica, se regula la cooperación en materia penal mediante la aplicación de los tratados internacionales o, en su defecto, mediante las disposiciones que en dicho orden se contengan en la legislación interna de cada Estado, considerando que estos delitos constituyen casos de extradición salvo que respondan a móviles políticos o a causas de discriminación.

[13] Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España firmado el 22 de marzo de 1994. BOE nº 81, de 05/04/1994. Respecto del mismo, España introdujo dos declaraciones particulares en relación con las persecuciones de agentes autorizados en territorio francés y portugués. En ambos casos, se excluía la posibilidad por parte de aquellos de interrogar al sujeto seguido; se limitaba la entrada de los agentes en dichos territorios soberanos hasta un máximo de 50 kilómetros desde la frontera española en el caso de Portugal y de 10 en el caso de Francia y se constreñía la habilitación para dicha persecución a determinados delitos (asesinato, homicidio, violación, secuestro, tráfico de seres humanos, etc). Entre estos no se hacía constancia particular a los relacionados con la violencia de género.

[14] Instrumento de Ratificación por parte de España del Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997. BOE nº 109, de 07/05/1999.

3. La Unión Europea.

La creación de un espacio único, con una pretensión de máxima integración en las políticas de los Estados que sucesivamente se han venido incorporando a la Unión Europea mediante la renuncia a parcelas propias de soberanía en pos de una común constituida por los intereses aglutinados de todos ellos, con unas instituciones propias y unas directrices propias en materia de política exterior, tuvo su origen en el Tratado de Roma firmado el 25 de marzo de 1957[15]. Las líneas de cooperación judicial dentro de esta Norma quedaron completamente ignoradas en favor del objetivo económico que definía el origen y la esencia de ese Tratado.

Las sucesivas modificaciones que del Tratado indicado se fueron sucediendo al albur de una más ambiciosa integración entre los Estados Miembros fundacionales y los que, después, se fueron incorporando al mismo, en cuyas normas y aunque el interés económico siguió y sigue constituyendo un elemento aglutinador de máxima importancia, se ha ido haciendo hueco obligado a la necesidad de arbitrar otros consensos en materias de muy diversa índole, incorporaron pautas para la regulación de una cooperación judicial que, a último venía impuesta por las exigencias del principio de libre circulación de personas y mercaderías.

Así, y aunque el Acta Única Europea de 1987[16] soslayó cualquier mínima mención en torno a la cooperación jurídica, el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992[17] ya enunció de interés común para los Estados Miembros, en su artículo K.1. apartado 6), *"la cooperación judicial en materia civil"* y apartado 7) *"la cooperación judicial en materia penal"*, así como la unidad de lucha y colaboración en la persecución de determinados delitos entre los que, en ningún caso, se contemplaban los relativos a la violencia de género.

Con ese precedente, el antes citado Tratado de Ámsterdam de 1997, desarrolló aquellas líneas abstractas concretando ciertas políticas de cooperación que, en sede penal, se iniciaba con la de carácter policial permitiendo el intercambio de información y participación en actividades conjuntas de investigación por parte de agentes atribuyéndose mayores capacidades a Europol (arts. K. 1 y 2) y concluía con reglas en

[15] El Tratado de Roma, en realidad implicó la firma de dos Tratados: por un lado, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) y, por otro, el Tratado Constitutivo de la Energía Atómica (CEEA o Euratom). https://eur-lex.europa.eu>legalcontent.

[16] Instrumento de ratificación del Acta Única Europea. BOE nº 158, de 03/07/1987.

[17] Instrumento de Ratificación del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. BOE nº 11, de 13/01/1994.

materia estrictamente de cooperación penal imponiendo la necesidad de establecer cauces más ágiles de ayuda entre las autoridades judiciales en relación con la tramitación de las causas, la ejecución de resoluciones y la concesión de extradiciones, aspirando a la armonización de normas y abogando por la prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros, auspiciando además el establecimiento de normas mínimas de configuración de elementos y penas en relación con algunos delitos como los relacionados con la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas.

El Tratado de Niza de 2001[18], manteniendo las disposiciones relacionadas en el de Ámsterdam, modifica el artículo 31 del Tratado de la Unión Europea a los efectos de asegurar el fomento de la cooperación penal mediante Eurojust a la que se capacita para que contribuya a una adecuada coordinación entre las autoridades nacionales de los Estados miembros encargadas de la persecución del delito y se impulsa su colaboración en las investigaciones relativas a asuntos de delincuencia transfronteriza grave, especialmente en casos de delincuencia organizada, así como con la Red Judicial Europea de facilitar la ejecución de las comisiones rogatorias y de las solicitudes de extradición.

En este devenir de cambios normativos impuestos por el imparable propósito integrador en una política común de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, se llega al último gran hito, la firma del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007[19] conforme al cual la cooperación judicial en materia penal queda conformada con arreglo a una serie de disposiciones que no son sino desarrollo de las contenidas en el Tratado de Niza con las siguientes novedades (artículo 69, apartados A) a D)): en primer lugar, se sienta como base de dicha cooperación el respeto al principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales para cuya consagración práctica se arbitra la necesidad de establecer normas para regular la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros, los derechos de las personas durante el procedimiento penal y los derechos de las víctimas de los delitos; en segundo lugar, se faculta al Parlamento Europeo y al Consejo a configurar normas

[18] Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el día 26 de febrero de 2001. BOE nº 267, de 07/11/2001.

[19] Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. BOE nº 286, de 27/11/2009.

mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad, enumerándose como tales el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada; en tercer lugar, se concretan las competencias que podría asumir Eurojust como: las concernientes al inicio de diligencias de investigación penal, así como la propuesta de incoación de procedimientos penales por las autoridades nacionales competentes, en particular los relativos a infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión y la coordinación de las investigaciones y los procedimientos derivados de aquellas y, por último, la intensificación de la cooperación judicial, entre otras cosas mediante la resolución de conflictos de jurisdicción y una estrecha cooperación con la Red Judicial Europea y, en cuarto y último lugar, a partir de Eurojust se legitima la creación de una Fiscalía Europea que, en colaboración con Europol, sería competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos, ejerciendo ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones.

IV. LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL APLICADA ESPECÍFICAMENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

En el ámbito espacial e institucional en el que la cooperación jurídica que afecta a España resulta más profunda y vasta conforme a las consideraciones efectuadas en el expositivo precedente, cual es el propio de Europa, bien en su consideración territorial más extensa bien en la que se limita a los territorios propios de los Estados miembros de la Unión Europea, se han de destacar dos realidades distintas: por un lado, la apreciada en el derecho originario integrado por el conjunto de normas compuesto por los tratados constitutivos de la Unión Europea, incluidos sus protocolos, anexos y declaraciones y por todas aquellas normas que los han modificado en los que no existe referencia expresa a los delitos de violencia de género pero sí a la aspiración de garantizar el principio de igualdad entre el hombre y la mujer como uno de los valores propios de las sociedades democráticas en que se organizan los Estados que la integran y, por otro lado, la constatada en el derecho derivado formado por las normas derivadas de las instituciones europeas con sujeción a lo previsto en el derecho originario y en las que,

por una parte, se observará una concreción, en distintos ámbitos políticos, del desarrollo de ese principio de igualdad y, por otra, la creación de normas que específicamente aportan unas pautas y reglas de cooperación en consideración a la realidad de los delitos de violencia de género de las que son buena muestra el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE de 6 de junio de 2014), también conocido como Convenio de Estambul; la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo y el Reglamento (UE) n.º 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

1. La igualdad de género en las normas comunitarias.

a) El Derecho Originario.

Los Tratados constitutivos primigenios limitaron todo pronunciamiento relativo a la igualdad entre hombres y mujeres a su contemplación desde una perspectiva economicista y, fundamentalmente vinculada al mercado laboral. Así, el Tratado de Roma de 1957, estableció en su artículo 119 la exigencia de una garantía de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo cuya significación venía dada por el efecto directo que se derivaba del precepto y que implicaba la posibilidad de que los justiciables pudieran hacer invocación del mismo tanto contra el Estado (efecto directo vertical) como contra otros particulares (efecto directo horizontal)[20].

El Tratado de Maastricht, de 1992, no vino a alterar la regulación ofrecida por el de Roma en el artículo citado, pero sí añadió un protocolo que garantizaba, a partir del mes de mayo de 1990, el reconocimiento de una pensión y una cobertura de riesgo igual para ambos sexos.

El Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, por vez primera en los textos constitutivos, proclama en su artículo 2.2 la obligación, por parte de la Comunidad, de

[20] El reconocimiento jurisdiccional de ese efecto directo se ha puesto de manifiesto a través de distintas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como fueron, entre otras, las que respondieron al caso Gabrielle Defrenne contra Sabena, de 22 de abril de 1976 ó al de María Kowalska contra Freie und Handestadt Hamburgm, de fecha 17 de junio de 1990.

promover la igualdad entre el hombre y la mujer, añadiendo, además, un apartado al artículo 3 del Tratado Constitutivo por el que se dispone cómo *"la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad"* en todo el conjunto de actividades que definen su estrategia de política común. De esa manera, las prédicas de igualdad abandonan el contorno limitado de la actividad laboral de las personas y se extiende a campos de la investigación, el desarrollo, el medio ambiente, salud o enseñanza, entre otros. Y se sigue desarrollando la promoción de la igualdad en el ámbito laboral, tanto en lo que respecta a las oportunidades de acceso a tal mercado, de trato y de retribución, donde el principio de igualdad no se limita a la propia de un igual trabajo, sino que abarca aquellos trabajos que, aún diferentes, tengan el mismo valor. Finalmente, se sanciona el principio de discriminación positiva cuando contempla la posibilidad de adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales y de emprender acciones adecuadas en la lucha contra la discriminación por motivos de sexo.

Siguiendo con el análisis de este conjunto de normas fundamentales, el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, no constituye ningún referente en el refuerzo de la igualdad entre sexos y, manteniendo las disposiciones referidas, articula un mecanismo que capacita al Consejo para la promoción de medidas comunitarias de incentivación y apoyo de las acciones antidiscriminatorias emprendidas por los Estados miembros.

Por último, el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, por fin hace inclusión del principio analizado entre los valores y objetivos de la Unión al sustituir la redacción del artículo 2 hasta entonces vigente en el Tratado de la Unión Europea por otra conforme a la cual se afirma que *"La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres"*, añadiendo el artículo siguiente *que La Unión combatirá (…) la discriminación y fomentará (…) la igualdad entre mujeres y hombres…"*.

En el Título dedicado a la reforma del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que junto con el propio Tratado de la Unión Europea se describen como los cuerpos normativos sobre los que se fundamenta esta, los artículos 8 y 10, como disposiciones de aplicación general, alzan, como objetivo de aquella, el de *"eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad"* e informan del propósito de *"de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual"*. En materia de política social mantiene una línea continuista en relación con constituciones precedentes, al asegurar el apoyo de la Unión a los Estados miembros para conseguir *"la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo"* (artículo 153.1.i)) y la adopción de medidas por El Parlamento Europeo y el Consejo, *"para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor"* (artículo 157.3).

La culminación de esta legislación reformadora en pos de la consecución de una efectiva igualdad entre géneros y la inescindible relación que la misma tiene con los delitos de violencia sobre la mujer, se halla en el contenido de la Declaración n.º 19 ínsita en el Tratado que se reproduce en su integridad: *"19.* ***Declaración relativa al artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*** *La Conferencia conviene en que, en su empeño general por eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre, la Unión tratará en sus distintas políticas de combatir la violencia doméstica en todas sus formas. Es preciso que los Estados miembros adopten todas las medidas necesarias para prevenir y castigar estos actos delictivos y para prestar apoyo y protección a las víctimas."*

Finalmente, no puede obviarse, por su inserción en el Derecho Originario comunitario, el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2007,[21] cuyo artículo 23, además de reconocer entre el elenco de derechos y libertades que proclama, el de igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, admite sin cortapisas el recurso a la discriminación positiva como instrumento legítimo para la consecución de aquella al establecer que *"el principio de igualdad no*

[21] DOUE nº. 83, de 30 de marzo de 2010.

impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado".

b) El Derecho Derivado.

La producción legislativa más relevante surgida de aquellas instituciones europeas con dicha competencia, en desarrollo de las normas fundamentales que, conforme lo indicado en el apartado precedente, han tenido por objeto la promoción del principio de igualdad de género, se puede constreñir a las que seguidamente se indican[22]:

1. Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social[23]. Amén de la garantía de tal principio, incide en la eliminación de toda discriminación por razón de sexo, en especial con relación al estado matrimonial o familiar y estatuye que su respeto no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.

2. Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia[24]. Contiene normas relativas a aspectos tan concretos como la exposición de las mujeres en tal estado a riesgos para su seguridad o salud, el trabajo nocturno, los permisos para exámenes prenatales y maternidad y la salvaguarda de sus derechos laborales, aunque, en este caso, con sujeción a las particulares propias de las leyes nacionales.

3. Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro[25]. Incide especialmente en la obligación de evitar toda discriminación sexual, directa (la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en una situación comparable, por razón de sexo) o indirecta (la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los

[22] SCHONARD MARTINA. Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Abril de 2019.
[23] DOCE nº. 6, de 10 de enero de 1979.
[24] DOCE nº. 348, de 28 de noviembre de 1992
[25] DOUE nº. 373, de 21 de diciembre de 2004.

medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios) así como el acoso, incluido el sexual, que define como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

4. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.[26]Refundición de varias normas, no difiere del objetivo programático fijado por estas.

5. Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por Businesseurope, la Ueapme, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE[27].

6. Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo[28]. Responde a la necesidad de mejorar la situación de los cónyuges y parejas de hecho de los trabajadores autónomos, siempre que participen habitualmente en las actividades de la empresa en las condiciones establecidas por el Derecho nacional.

2. La cooperación jurídica en la prevención y lucha contra la violencia de género.

Como quedó anunciado en la exposición introductoria a este apartado, la sobrevenida contemplación por parte del Consejo de Europa, de la Unión Europea y sus instituciones y de sus respectivos Estados miembros de una realidad delictual como es la propia de aquellos actos de violencia que, cometidos por hombres, encuentran a las mujeres como sus destinatarias y responden a un ideario de inveterada dominación sobre estas en consideración exclusivamente a su condición sexual y que, conforme a los datos reflejados en el informe de la Unión Europea sobre violencia de género del año 2014[29], se tradujo en la contabilización de trece millones de mujeres en todo su territorio que, en algún momento, han experimentado algún tipo de violencia física (el 7

[26] DOUE nº. 204, de 26 de julio de 2006.
[27] DOUE nº. 68, de 18 de marzo de 2010.
[28] DOUE nº. 180, de 15 de julio de 2010.
[29] *European Union Agency for Fundamental Rights* (http://fra.europa.eu/ sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-factsheet_es.pdf.)

% de mujeres con edades de entre 18-74 años en la UE), en tanto más de tres millones y medio la sufrieron de carácter sexual (cifra equivalente a un 2 % de mujeres con edades de entre 18-74 años en la UE), han obligado a pergeñar una serie de actuaciones normativas en las que la se ha puesto de relieve la necesidad de una inexcusable cooperación judicial entre dichos Estados.

a) El Convenio de Estambul. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho el 11 de mayo de 2011[30].

Esta norma que, aunque surgida en el seno del Consejo de Europa ha quedado en la práctica incluida en el acervo propio de la Unión Europea al haber sido ratificada por todos sus Estados miembros, se erige como el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y las niñas a escala internacional. En ella, se distingue entre la violencia contra la mujer, admitiéndose la realidad de una serie de circunstancias que conducen a ella como manifestación de un desequilibrio histórico entre el hombre y la mujer que ha llevado a la dominación de esta y su discriminación por parte de aquel siendo el empleo de dicha violencia por el hombre un medio hábil para mantener la subordinación a él de la mujer y la violencia doméstica, que toma como referente para su definición su fuente de generación como propia de la familia o el hogar y que, por ello, afecta no sólo a mujeres, sino también a hombres y a los niños.

Aunque el Convenio sólo dedica su Capítulo VIII a disponer los mecanismos de cooperación internacional, por su importancia con la materia objeto de estudio, merece la pena exponer, las líneas normativas esenciales del Texto. De este modo y tomando como base los reconocimientos anticipados, el Convenio obliga a las partes a adoptar las medidas legislativas precisas para preservar a la mujer de toda forma de violencia y para prevenir toda discriminación que pueda afectarles, promoviendo y aplicando, de manera efectiva, políticas de igualdad entre mujeres y hombres y el empoderamiento de las mujeres. Para ello y partiendo de una necesaria investigación demoscópica, tornea las siguientes líneas políticas de actuación:

a) Preventivas, que, a su vez, se traducen, con carácter general, en la promoción de cambios en los comportamientos socioculturales que permitan el abandono de la idea

[30] Instrumento de ratificación por España en BOE nº. 137, de 6 de junio de 2014.

de inferioridad de la mujer, animando a todos los miembros de la sociedad a contribuir activamente a la prevención de las formas de violencia y, con carácter particular, al desarrollo de labores de sensibilización, educación y formación específica y especializada con la creación o el apoyo a programas de intervención y tratamiento sobre las personas que ejercen ese tipo de violencia, haciendo partícipes al sector privado y a los medios de comunicación de la importancia de su intervención directa en la consecución de tales objetivos.

b) De protección y apoyo de las víctimas, con la adopción de medidas normativas por parte de los Estados que facilite la cooperación entre las autoridades judiciales, fiscales, fuerzas y cuerpos de seguridad y entidades públicas y privadas que aseguren una protección integral de aquellas, basadas en la prestación de una información adecuada, el acceso a su restablecimiento mediante su asistencia jurídica, social, sanitaria, educativa y laboral, así como la salvaguarda de los menores expuestos a esa violencia.

c) De derecho material, traducidas en: 1. La posibilidad por parte de las víctimas de solicitar indemnizaciones estatales sin perjuicio de aquellas a las que resulten obligados los autores del daño; 2. La valoración de la incidencia de la violencia en la regulación normativa de las opciones de custodia y del régimen de visitas de los menores; 3. La obligación de tipificar como delito todo hecho que revele el ejercicio de violencia física y psíquica, acoso o que atente contra la libertad sexual; que obligue a la mujer a contraer matrimonio contra su voluntad o que afecte a la integridad física de aquella, como ocurre con la mutilación genital, el aborto y la esterilización forzosos.

Para la persecución de todas esas formas delictivas se establecen unas normas que definen la competencia territorial de cada Estado, obligan a tipificar como agravantes de la responsabilidad del autor la concurrencia de ciertas circunstancias como, por ejemplo, la reincidencia en la comisión de la conducta, la gravedad, el uso de armas, la presencia en la escena de menores y otras y prohíben el recurso a la mediación y la conciliación como formas de resolución de los conflictos nacidos del ejercicio de esa violencia.

Amén de imponer a los Estados la reglamentación de medidas de protección para las víctimas y de prohibición y vigilancia para los responsables de tales ilícitos y la necesidad de regular procedimientos de urgencia para su establecimiento, es en su Capítulo VIII, como se aventuró, donde plasma, a través de apenas cuatro artículos (62 a 65) una serie de normas en materia de cooperación internacional. A saber:

a) Como principios generales, exhorta a las partes a celebrar acuerdos con los siguientes fines: la prevención y persecución de toda clase de violencia como la definida a lo largo del Convenio; la protección y asistencia a las víctimas; la asunción de mecanismos de investigación y la articulación de procedimientos en relación con los delitos de esa naturaleza y con la aplicación de las sentencias civiles y penales pertinentes dictadas por las autoridades judiciales de las Partes, incluidas las órdenes de protección.

Para su efectividad, se habrá de garantizar a las víctimas su derecho a presentar denuncia en su Estado de residencia cuando los hechos hayan sido cometidos en el territorio de otro parte en el Convenio.

b) De modo particular, se ampara la transmisión de información entre Estados sobre aquellas situaciones de riesgo que puedan afectar a una persona para asegurarse de la adopción, por el Estado informado, de las medidas precisas para la protección del damnificado en su seguridad y se advierte del deber de la parte requerida de informar a la requirente del resultado final de la acción ejercida o, en su caso, de las circunstancias que puedan impedir o retrasar la acción contemplada. En todo caso, se impone la necesidad de que la parte receptora de la información la transmita sin dilación a las autoridades competentes para que por estas se valore el inicio de los oportunos procedimientos civiles o penales o, en su caso, la incidencia que aquella pueda tener en los que se encuentren en tramitación. Finalmente, se garantiza la protección de los datos personales.

b) La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.[31]

Esta Directiva, constituida como un mínimo normativo en el que se contemplan una serie de derechos para las víctimas de delitos que podrá siempre ser ampliado por los Estados miembros, expresamente invoca entre aquellos que justifican su necesidad, los de violencia contra la mujer, tomando como habilitación legislativa para regular la materia la derivada de dos Resoluciones del Parlamento Europeo: por un lado, la fechada el 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la

[31] DOUE, L 315/57, de 14/11/2012.

mujer que instó a los Estados miembros a la mejora de sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer y a la Unión a garantizar el derecho de asistencia y ayuda a todas las víctimas de la violencia y, por otro lado, la datada el día 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión para combatir la violencia contra las mujeres, que propuso una estrategia para combatir la violencia contra las mujeres, la violencia doméstica y la mutilación genital femenina como base para futuros instrumentos legislativos de Derecho penal de lucha contra la violencia de género, incluido un marco para combatir la violencia contra las mujeres (política, prevención, protección, persecución, previsión y asociación) seguido de un plan de acción de la Unión.

La misma Norma entiende como violencia por motivos de género toda aquella dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado y que puede causar a las víctimas lesiones corporales o sexuales, daños emocionales o psicológicos, o perjuicios económicos. La violencia por motivos de género se entiende como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima.

Con tales antecedentes y bajo las premisas de otorgar a las víctimas un tratamiento en el que no tenga cabida discriminación alguna, protegerlas de la victimización secundaria y reiterada y haciendo prevalecer en aquellos delitos que afecten a menores su primordial interés, así como asegurando a las personas con discapacidad una aplicación, en plena igualdad, de los derechos que en ella se pudieran contener, la Directiva se encarga de precisar cómo su aplicación quedará circunscrita a los delitos penales cometidos en la Unión y a los procesos penales que tienen lugar dentro de ella, otorgando derechos a las víctimas de infracciones extraterritoriales únicamente en relación con estos procesos penales. Por ello, aquellas denuncias que fueran presentadas ante autoridades competentes situadas fuera de la Unión, como por ejemplo las embajadas, no podrán generar las obligaciones recogidas en la Norma.

La Directiva obliga a los Estados a la adopción de una serie de medidas comunes que garanticen a las víctimas los siguientes derechos:

1) Derecho a entender y ser entendidos. Conlleva la obligación de asegurar una comunicación con las víctimas que permita la comprensión, oral y escrita, de las comunicaciones que les afecten y que habrá de adaptarse a sus características personales

pudiendo ser acompañadas de una persona a tales efectos cuando no perjudique sus intereses o el curso del procedimiento.

2) Derecho a la información. Engloba los siguientes particulares: obtención de asistencia médica y de alojamiento; procedimientos para la interposición de denuncias y la tramitación de las solicitudes de medidas de protección; asesoramiento jurídico, traducción e interpretación y acceso a indemnizaciones. En el caso de que residan en un Estado miembro distinto al de su residencia, se añade la información relativa a los específicos procedimientos aplicables en aquel para la defensa de sus intereses, así como los medios de impugnación de aquellas resoluciones que no respeten sus derechos.

3) Derechos en relación con la interposición de denuncias, que habrán de constar por escrito con copia traducida para la víctima en la que consten los elementos básicos de la infracción penal comunicada a las autoridades.

4) Derecho a recibir información sobre la causa, debiendo ser informadas de los trámites procesales más significativos como los que afectan a la decisión de incoar o no acciones penales contra el presunto autor de los hechos denunciados, señalamientos de vistas y medidas que afecten a la situación personal de aquel. Del mismo modo, se habrá de garantizar la notificación de las resoluciones que se dicten en tales trámites.

5) Derecho de acceso a los servicios de apoyo, que se traducirán, como mínimo, en el que sea preciso para su información sobre su papel en la tramitación del procedimiento penal en que sean parte, para la obtención de asistencia médica y psicológica y sobre cuestiones financieras e incluso la dotación de un alojamiento provisional en caso de riesgo.

En el ámbito concreto de la participación de las víctimas en el proceso penal, las garantías se extienden al reconocimiento de los siguientes derechos:

1) Derecho a ser oídas y a hacer aportación de los elementos de prueba que consideren precisos para acreditar la realidad de los hechos denunciados.

2) Derecho a la revisión de toda resolución que acuerde la no continuación del procedimiento.

3) Derecho a participar, siempre y cuando medie el consentimiento expreso de las perjudicadas y previa información de sus elementos esenciales, en procesos de justicia

reparadora sólo admisibles cuando el infractor haya reconocido los elementos fácticos de la imputación.

4) Derecho a la justicia gratuita.

5) Derecho al reembolso de los gastos que hubieran podido afrontar por su participación activa en los procesos penales.

6) Derecho a la más pronta restitución de aquellos bienes que les pudieran haber sido incautados a resultas del proceso penal.

7) Derecho a obtener un pronunciamiento expreso sobre la indemnización por parte del infractor que, de estimarse concurrente, deberá ir acompañada de las medidas necesarias para asegurar su efectividad.

Al margen de dichos derechos, la Directiva regula, con autonomía, la exigencia de que los Estados establezcan un conjunto de medidas que atiendan a la protección de las víctimas frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos y de su dignidad durante la toma de declaración y cuando testifiquen. De modo concreto se establecen:

1) Derecho a evitar el contacto con el agresor.

2) Derecho a que las declaraciones prestadas por aquellas se efectúen sin dilaciones indebidas, con la menor de las reiteraciones posibles, y acompañadas, de no resultar contrario a las normas procesales, de su representante legal o de una persona de su confianza.

3) Derecho a que se proteja su intimidad, impidiendo o limitando la difusión de imágenes y compatibilizando la información derivada de los procesos con las libertades de expresión e información de los medios de comunicación.

4) Derecho a una individualización de la situación en que pudiera encontrarse cada víctima que permita determinar las condiciones particulares de protección y asistencia que precisa, reforzándose las garantías que, a tales efectos, tengan como destinatarias a personas con necesidades especiales de protección.

5) Derecho a la protección de las víctimas menores de edad, procurándose la grabación por medios audiovisuales de las declaraciones que puedan afectarles y adoptándose las disposiciones necesarias para proporcionarles una adecuada defensa en

aquellos supuestos en que pudiera apreciarse un conflicto de intereses entre aquellos y los titulares de su patria potestad.

Finalmente, el artículo 26 de dicha Norma es manifestación de un precepto expresamente relacionado con la cooperación jurídica entre los Estados miembros, al exigir la adopción de aquellas medidas normativas que permitan dar cumplimiento a los siguientes objetivos en tal materia. A saber: a) el intercambio de mejores prácticas; b) la consulta en casos individuales, y c) la asistencia a las redes europeas que trabajan sobre aspectos relacionados directamente con los derechos de las víctimas. Añade la obligación que les compete de tomar las medidas adecuadas, incluso a través de Internet, encaminadas a concienciar sobre los derechos antes destacados, reducir el riesgo de victimización y minimizar la incidencia negativa de la delincuencia, y los riesgos de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias, centrándose en particular en los grupos de riesgo, como los menores de edad y las víctimas de violencia de género y de violencia en el marco de las relaciones personales. Estas acciones podrán consistir en campañas de información y concienciación, así como en programas de investigación y educación, en su caso en cooperación con organizaciones pertinentes de la sociedad civil y otros interesados.

c) El Reglamento (UE) n.º 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

La violencia de género, considerada desde su perspectiva penal, no sólo es susceptible de generar actuaciones incardinadas, desde un punto de vista estricto, en ese orden jurisdiccional, sino que también incide en materias propias del orden jurisdiccional civil en la medida en que influye en las decisiones que han de regular los efectos derivados de las relaciones paternofiliales establecidas entre agresor, víctima e hijos de estos quienes, no hemos de olvidar, también son parte directamente perjudicada por el ejercicio de esa violencia. Y la adopción de esas resoluciones puede surgir con un carácter cautelar de naturaleza tuitiva con el establecimiento de medidas de protección establecidas a favor de la víctima o víctimas. De ahí que se pueda considerar de trascendental importancia el que las resoluciones que en dicha materia sean dictadas por los órganos judiciales propios de un Estado adquieran, sin necesidad de procedimientos de reconocimiento *ad hoc* como el de *exequatur,* validez por sí mismas en el territorio de un Estado ajeno aquel donde tuvieron su origen.

Con ese objetivo, el Reglamento cuyo análisis se aborda se convierte en un instrumento trascendental en materia de cooperación jurídica por cuanto facilita la asunción como propia de la resolución ajena en su procedencia con un carácter e inmediatez que, si no automáticos, en cuanto queda sujeta a la satisfacción de ciertos requisitos mínimos de control, sí que evita a las personas a quienes aquella se refiere la necesidad de seguir un proceso de reconocimiento que, a último, les haga someter el propio contenido de la resolución a un nuevo escrutinio judicial que no sólo impida, en primer lugar, el inmediato reconocimiento de los efectos, directos e indirectos, que de ella se deriven y, en segundo lugar, la ejecución impostergable de estos, sino que también provoque una victimización secundaria que, por lo dicho, las distintas normas examinadas persigue siempre soslayar. En palabras de la propia Norma: *"Una medida de protección dictada en un Estado miembro será reconocida en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno y tendrá fuerza ejecutiva sin que se requiera una declaración de ejecutoriedad".*

De manera expresa, la Norma analizada cita los supuestos de violencia de género como uno de los que justifica una regulación como la que explicita en su articulado, subrayando expresamente cómo el procedimiento de reconocimiento mutuo que en él se desarrolla debe aplicarse, única y exclusivamente, a las medidas de protección dictadas con el objeto de proteger a una persona cuando existan motivos fundados para considerar que su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro, a efectos por ejemplo de impedir cualquier forma de violencia de género o de violencia en el marco de las relaciones con personas de su entorno próximo, como la violencia física, el acoso, la agresión sexual, el acecho, la intimidación u otras formas de coerción indirecta y subrayando que, no obstante, su aplicación se ha de extender a todas las víctimas, con independencia de que se trate o no de víctimas de la violencia de género. Se excluye pues de dicho sistema de cooperación aquel elenco de medidas civiles surgidas en el ámbito de procedimientos matrimoniales y de responsabilidad parental que el Reglamento reconduce al ordenamiento habido en otras normas comunitarias.

Con tal objetivo y como complemento de las disposiciones contenidas en la Directiva 2011/99/UE, sobre la orden europea de protección (ajena a este trabajo), se configura un sistema jurídico capaz de garantizar la protección de una persona en su lugar de residencia o de trabajo o en cualquier otro lugar que frecuente de manera

habitual que se articula en torno a la aportación por la persona protegida y ante la autoridad competente del Estado miembro de destino ("requerido" indica el Reglamento), de dos documentos: una copia auténtica de la orden de protección y un certificado expedido por el Estado de origen.

Por lo que se refiere a ese último documento, el certificado, su obtención está sujeto a la expresa iniciativa de la parte interesada mediante la formalización de un modelo ofrecido por la propia Norma. Una vez solicitado, su expedición está sujeto a un requisito básico cual es que la medida de protección sea notificada a la persona causante del riesgo que se trata de prevenir. En los casos en que, bien porque este no haya comparecido en el procedimiento de adopción (rebeldía) bien porque se haya acordado en un procedimiento que no exija notificación previa (jurisdicción voluntaria), no se pueda dar cumplimiento al indicado requisito conforme a esa pauta general expuesta, este se entenderá satisfecho, en el primero de los casos, cuando el causante del riesgo tenga conocimiento cierto del procedimiento de tal manera que no pueda causársele indefensión y, en el segundo de ellos, cuando se tenga la certeza de que aquel pudo impugnar la medida de protección de acuerdo con las normas propias del Estado de origen.

Ese certificado deberá contener aquellos datos que permitan el conocimiento de la autoridad de expedición, el procedimiento en el que recayó la medida de protección, los datos de las partes implicadas en el mismo y la duración tanto de la medida de protección como de los efectos de reconocimiento que no se podrán extender a más doce meses desde la fecha de su expedición.

Una vez recibido el certificado y la copia de la medida de protección por el Estado de destino, este proveerá las actuaciones necesarias para adaptarla a su normativa interna de modo que se permita su inmediato cumplimiento, concediéndose el derecho a los interesados de recurrir dicha adaptación sin que la impugnación pueda afectar al fondo del acuerdo contenido en la medida.

El reconocimiento o la ejecución por parte del Estado de destino o requerido, podrá ser objeto de denegación o de suspensión o revocación mediando petición expresa, en cualquiera de esos sentidos, por parte de la persona causante del riesgo. Podrán así ser denegados cuando se considere que el reconocimiento sea contrario al orden público de ese Estado o incompatible con una sentencia dictada o reconocida en el mismo y será suspendido o revocado cuando tales efectos se hayan producido, a su

vez, en el Estado de origen y se haya informado al primero, mediante el oportuno certificado, de la pérdida de eficacia de la medida de protección en su día acordada.

3. Una breve referencia a la cooperación internacional en el ámbito iberoamericano. IberRed y el Tratado sobre Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional.

Fuera del ámbito europeo, la relación inveterada existente entre España y los países iberoamericanos ha propiciado diversos intentos de arbitrar sistemas de cooperación que, por el momento, no han contemplado expresamente la realidad de los delitos de violencia de género como una de las áreas susceptibles de colaboración y que, en su casi totalidad y partiendo de convenios y tratados bilaterales ha centrado su esfera de actuación en la regulación de los procedimientos extradición y de traslado de personas condenadas.

En este concreto marco territorial, como instrumento de cooperación más avanzado de reciente creación, es de reseñar la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed) que se ha presentado como una estructura compuesta por autoridades centrales y puntos de contacto o enlace procedentes de órganos de las administraciones de justicia de los veintidós Estados miembros que han pretendido crear un espacio de colaboración judicial iberoamericano con el objetivo, más programático que práctico, de optimizar la cooperación jurídica en materia penal y civil entre los Países Iberoamericanos contribuyendo al buen desarrollo de los procedimientos que tengan una incidencia transfronteriza y a la agilización de solicitudes de cooperación jurídica y mejorando la aplicación efectiva y práctica de los Convenios de Cooperación en vigor entre Estados Iberoamericanos y estableciendo y manteniendo actualizado un sistema de información sobre los diferentes sistemas legales de la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

Como último hito en el desarrollo de ese espacio de cooperación, es de destacar la firma del Tratado relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional[32] que regula el uso de la plataforma electrónica denominada "Iber@" como medio formal y preferente de transmisión de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre las autoridades centrales de los Estados miembros pero que,

[32] Auspiciado por la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, fue hecho en Medellín (Colombia) los días 24 y 25 de julio de 2019, su firma fue autorizada por el Gobierno de España en Consejo de Ministros celebrado en el mes de abril de ese mismo año.

en ningún caso, introduce procedimiento alguno para el desarrollo de una cooperación práctica basada en el reconocimiento de la validez en el ámbito jurisdiccional propio de los actos de intervención de naturaleza penal propiciados con origen ajeno.

V. CONCLUSIONES.

La prevención y lucha contra los delitos de violencia de género en sociedades sujetas a un mismo modelo social y político que sostienen la defensa de valores comunes entre los que se ha ido incorporando progresivamente la necesidad de dar respuesta a situaciones concretas de exclusión, discriminación y vulneración de derechos fundamentales a los que se ven sometidas un gran cantidad de mujeres como consecuencia de diversos factores sociológicos resulta incompleta y con ello frustrada, si queda constreñida a un ámbito localista en que la protección integral de quienes se ven por ellos afectadas pierde ese apellido de la integridad cuando traspasan los límites territoriales jurisdiccionales que les son aplicables como nacionales de un Estado. Por ello, no sólo se hace precisa una cooperación judicial internacional en que cada Estado adquiera la capacidad de renunciar a una parte del prurito de soberanía que le es propia en pos de la admisión de validez y ejecutividad de los actos, resoluciones y declaraciones emanados desde otro Estado, supeditando la defensa de sus intereses patrios a los propios de la persona, considerada esta en su faceta de ser humano dotado de un carácter universal ayuno y despojado de circunstancias externas muchas veces ajenas a su voluntad, como las vinculadas a su lugar de nacimiento, residencia, raza o nacionalidad determinantes de la aplicación de unas normas y la exclusión de otras, sino una completa armonización legislativa que, al menos en la persecución de aquellos delitos cometidos contra las personas, garantice a estas situarse en espacios continuos de seguridad y protección y sentirse sabedoras que en ellos jamás va a abrirse resquicio alguno burocrático que permita la inmisión de quienes con su proceder antijurídico quiebran el respeto que, como personas, siempre habrán de merecer.

BIBLIOGRAFÍA.

ETXEBARRÍA ESTANKONA, K. La protección de la víctima de violencia de género en la Unión Europea. Especial referencia al reconocimiento mutuo de medidas de protección civil. Revista Brasileira de Direito Processual Penal Porto Alegre, vol. 5, n.º 2, 2019.

GARCÍA MORENO, J.M. Reconocimiento mutuo. Régimen general. Cuadernos digitales de formación. CGPJ. 2015

LOMBARDO, E. La igualdad de género en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea. Revista de Pensamenti i Analisi, n.º 6. 2006.

MORGADE CORTÉS, M. La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género. Cuaderno electrónico de Estudios Jurídicos. 2014

PALOMO DEL ARCO, A. Introducción a la cooperación judicial penal en Europa. Cuadernos digitales de formación. CGPJ. 2015.

VENTURA FRANCH, A. El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia de género como categoría jurídica. UNED. Revista de Derecho Político, n.º 97. 2016.

* * * * * *

Juan Antonio Flecha Muñoz

Abogado, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Socio de la FICP.

~Contenido de la responsabilidad civil en los delitos contra el patrimonio histórico~

Sumario.- I. Introducción. II. Los delitos contra el patrimonio histórico. 1. El concepto de Patrimonio Histórico. 2. El bien jurídico protegido y el sujeto pasivo. 3. Las modalidades típicas reguladas en el Código Penal. a) El derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos (art. 321 CP). b) El delito de prevaricación administrativa sobre el patrimonio histórico (art. 322 CP). c) El delito de causación de daños dolosos a los bienes integrantes del patrimonio histórico (art. 323 CP). d) El delito de causación de daños en bienes que formen parte del patrimonio histórico y en archivos, registros, bibliotecas, museos, centros docentes, gabinetes científicos o instituciones análogas, causados mediando imprudencia grave (art. 324 CP). 4. La relación entre la protección del patrimonio histórico dispensada por las normas penales y la regulación y protección contenida en la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español. Solución al conflicto de competencias surgido entre esta Ley y la normativa reguladora de la materia emanada de las Comunidades Autónomas. III. El contenido de la responsabilidad civil en los delitos contra el patrimonio histórico. 1. Consideraciones generales. 2. La limitación de la declaración de responsabilidad civil al autor de los delitos contra el patrimonio histórico tipificados en los artículos 321 y 323 del Código Penal y otras consideraciones. 3. El doble concepto del perjuicio al patrimonio histórico y cultural y el daño causado al bien concreto objeto de ese patrimonio. 4. Referencia específica a los criterios de valoración de la responsabilidad civil en los daños provocados por la expoliación de yacimientos arqueológicos. IV. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen.- Se analiza en el presente trabajo el contenido de la responsabilidad civil derivada de la comisión de aquellos ilícitos que se describen y sancionan en el Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Penal, recogiendo aquellas especialidades que se contienen en ellos por razón de la concreta afectación del objeto material cuya tutela pretenden. Bienes cuya singularidad no solo resulta de su consideración individual sino de su pertenencia a un todo un conglomerado de producciones artísticas, culturales y técnicas propias de un marco espacio-temporal irrepetible, y por ello único, que le confieren su auténtico valor y por el reconocimiento de este valor como parte inseparable del acervo cultural de toda una sociedad que asume un compromiso moral y legal, ya no solo de favorecer su conservación, sino de protegerlo y promocionarlo en pos del mantenimiento de un legado perpetuo para las generaciones futuras.

I. INTRODUCCIÓN.

La riqueza inmaterial que para una sociedad conlleva la disposición de un amplio patrimonio constituido por bienes de singular valor patrimonio histórico, cultural, artístico y científico, en sus más distintas manifestaciones artísticas y en sus más variados soportes, obliga a adoptar una serie de mecanismos de tutela frente a aquellas inmisiones que, bien intencionadamente bien mediando una actitud de grave imprudencia, provocan su alteración parcial o definitiva. Tutela que es expresión del mandato contenido en el artículo 46 de la Constitución Española, a cuyo tenor, *Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.* Sólo de esa manera el legado que, en

cada momento, se pone a disposición de esa sociedad puede ser preservado como una parte indisoluble de su idiosincrasia, de sus particularidades culturales. Un legado que convierte a cada uno de sus miembros en depositario de la obligación no sólo de conservar ese patrimonio, sino de fomentarlo y acrecentarlo a sabiendas de que su satisfacción trasciende el instante presente para trasladar su disfrute a las generaciones venideras. Y esa protección, cuando fracasa como consecuencia de las indicadas inmisiones antijurídicas, ha de conllevar la activación de todos los mecanismos legales que permitan, siempre que sea posible y, en primer lugar, la restauración del bien dañado y del valor cultural que proyecta sobre el resto de bienes en los que se integra y sobre la colectividad y, en segundo lugar y de no ser posible, la reparación económica del perjuicio causado que faculte obtener la mayor indemnidad para el acervo cultural al que responde. Al fin y a la postre, en palabras de GARCÍA CALDERÓN[1] "no se tutela – en el Código Penal- el Patrimonio Histórico o Cultural como una simple propiedad –cosa que indudablemente es-, sino como una especie de propiedad colectiva o común que corresponde a los ciudadanos y que se encuentra provisionalmente depositada en manos de las autoridades culturales quienes deben con su actuación administrativa preservarla, acrecentarla, cuidarla, conservarla en disposición de ser disfrutada pacíficamente por la colectividad y transmitirla en buen estado a las generaciones futuras.

II. LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO HISTÓRICO.

El Código Penal español vigente, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, contempla en el Capítulo II del Título XVI del Libro II la regulación "De los delitos contra el patrimonio histórico", dedicando a la misma cuatro artículos, los comprendidos entre el 321 y el 324, ambos incluidos. Amén de esta regulación específica, la circunstancia relativa a que el objeto material de la acción típica pudiera estar constituido por alguno de los bienes afectos al conjunto de aquellos que definen e integran el patrimonio histórico es la que, en determinados ilícitos, genera una agravación de la respuesta penológica que comúnmente resulta aparejada a su comisión. Así ocurre en los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas, estafa, apropiación indebida y receptación, amén de aquellos que afectan a la tipificación de los actos cometidos con ocasión de conflictos armados.

[1] Citado por ROMERO S. Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico. 2008, pp. 17-18.

Finalmente, la regulación de este tipo de delitos se completa con otras normas contenidas en el Código Penal y con una al margen de dicho cuerpo normativo. Así, las dos primeras serían las habidas en los artículos 319 y 289, el primero de los cuales castiga la conducta desarrollada por promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su "valor artístico, histórico o cultural", en tanto el segundo describe la acción antijurídica de la destrucción, inutilización o daño producido sobre una "cosa propia de utilidad social o cultural". La norma extrapenal habría que encontrarla en la legislación específica en materia de contrabando en la que se castiga la exportación o expedición ilegal de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español.

1. El concepto del Patrimonio Histórico.

La ausencia en el articulado específico del Código Penal de una definición concreta del Patrimonio Histórico obliga, como en buena parte de la materia objeto de este trabajo, a acudir a la regulación que del mismo se contiene en las normas administrativas, en particular, en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE). En esta, concretamente en su Exposición de Motivos, su definición se construye mediante una descripción de los bienes que lo integran, siendo estos aquellos bienes inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico; el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico y los bienes que integren el Patrimonio Cultural Inmaterial.

De todo ese conjunto de bienes, el Código Penal, en la regulación de estos ilícitos, solo concreta específicamente el objeto material de las conductas antijurídicas que describe en los edificios singularmente protegidos (artículos 321 y 322), yacimientos arqueológicos (artículo 323.1) y archivos, registros, museos, bibliotecas, centros docentes y gabinetes científicos (artículo 324 al tratar de los daños por imprudencia grave). El resto de los bienes destinatarios de esas acciones se regula con manifiesta abstracción al referirse a todos aquellos que posean un valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, quedando así su determinación ligada a los pronunciamientos administrativos en la materia.

2. El bien jurídico protegido y el sujeto pasivo.

Por lo que se refiere al bien jurídico protegido, estará constituido por el valor y la función socio-cultural que representan algunos bienes materiales e inmateriales que han ido agregándose durante la evolución histórica de un pueblo o de una nación hasta conformar el acervo identitario que lo define y que le permite conocerse a sí mismo en la expresión de un conjunto de tradiciones y manifestaciones culturales de distinto orden y, a su vez, ver reconocido ese hecho diferencial, respecto de otros pueblos, en el entorno social, cultural y político del marco territorial donde se sitúa. Se huye con esta concepción de aquella otra ofrecida por un sector de la doctrina y avalada por alguna resolución judicial en la que el bien jurídico protegido atiende, exclusivamente, al valor material de los bienes que integran el patrimonio histórico para incardinarse, en palabras de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ[2] en la tutela del valor cultural incorporado al bien objeto de protección y no del bien en sí mismo. Obviamente, en ningún caso, dicha consideración soslaya la necesidad de valorar el objeto material afectado, pero no a los efectos de considerar producida una lesión susceptible de ser calificada como delito, sino de determinar el alcance de la responsabilidad civil derivada del mismo.

Por lo que hace al sujeto pasivo, cuya determinación se hace absolutamente precisa para limitar el alcance del concepto de la persona perjudicada por la comisión del delito contra el patrimonio histórico y, por ende, beneficiaria del derecho al resarcimiento del daño en cualquiera de aquellas modalidades previstas en el artículo 110 del Código Penal, este sólo puede ser la colectividad, esto es, el conjunto de la sociedad en cuanto verdadero titular del valor y la función socio-cultural de los bienes culturales que integran el patrimonio histórico. Amén de dicho titular, también deberá ser considerado sujeto pasivo el propietario dominical y detentador mediato e inmediato del concreto bien cultural cuya lesión, menoscabo o daño material repercutirá, necesariamente, en su valor económico.

3. Las modalidades típicas reguladas en el Código Penal.

Partiendo, con carácter general, de que todas las figuras penales incluidas en la regulación ofrecida por el Código Penal en el citado Capítulo II, del Título XVI de su

[2] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E. El delito de daños al patrimonio histórico. 2015, p.73: "No son los objetos los que han de tutelarse por sí mismos sino por lo que representan o incorporan al servicio de la cultura y al progreso de los individuos; de este modo la lesión del bien jurídico se materializa a partir del instante en que, a resultas del acto lesivo sobre el objeto material, el bien cultural se ve imposibilitado de ejercer su función de ser vehículo de acceso a la cultura y contribución al desarrollo de la personalidad".

Libro II tienen como característica común la de constituir delitos de resultado, su ordenación sistemática contempla conductas de distinta entidad. Damos cuenta de ellas limitándolas a la determinación de los elementos típicos que las integran como medio necesario para estudiar, posteriormente, el contenido de la responsabilidad civil que pudiera a ellos asociarse. A saber:

a) El derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos (art. 321 CP[3]).

Los elementos típicos que describen la conducta antijurídica contemplada en la indicada norma serían los siguientes:

a) Una acción típica, consistente en el "derribo o alteración grave", entendiendo como tal, según COLMENAREJO FRUTOS,[4] no solo los supuestos de destrucción física, tanto total como parcial de una edificación que conlleva la desaparición de aquellos valores que han hecho a aquella merecedora de la protección otorgada y que además habrá de requerir la concurrencia del elemento normativo de la gravedad de tal alteración entendida en el modo predicado en la Sentencia del Tribunal Supremo 654/2004, de 25 de mayo, como *cuantitativamente importante* y *cualitativamente relevante en cuanto a la finalidad que esta norma penal tiene: la protección del interés histórico o asimilados expresados en la norma, de modo que en caso de alteración parcial, ésta afecte a la parte del edificio en la que ese interés protegido se concreta*, sino también aquellos casos de intervenciones constructivas que, con la misma nota, modifiquen su configuración arquitectónica inquietando el valor cultural del edificio.

b) Que el objeto de la acción se refiera a un "edificio", en una concepción más restringida que la de "inmueble" por cuanto ha de ser susceptible de ser ocupado de modo permanente o transitorio por personas.

c) Que se trate de un edificio de singular protección en atención a sus especiales cualidades históricas, culturales, artísticas o monumentales, lo que inevitablemente

[3] Artículo 321: "Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe".

[4] COLMENAREJO FRUTOS, A. Revista del Ministerio Fiscal, 5, 2018, p. 11. Fiscalía General de Estado.

conduce al reconocimiento de aquella particularidad a través de los pronunciamientos *ad hoc* que pudieran haber efectuado las administraciones públicas.

d) Que concurra el elemento espiritual del dolo en su vertiente meramente genérica bastando que el sujeto activo tenga constancia de la existencia de una tutela sobre el edificio que lo hace singular.

b) El delito de prevaricación administrativa sobre el patrimonio histórico (art. 322[5]).

Requiere de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo reúna en su persona la cualidad de autoridad o funcionario público en el modo así definido en el artículo 24 del Código Penal.

b) Que se haya dictado una resolución injusta, entendiendo como tal aquella que no pueda ser soportada por ninguna interpretación de la materia dada su divergencia, patente y notoria, con el ordenamiento jurídico, lo que, a su vez puede venir dado, bien en su configuración externa porque su autor carezca de la más absoluta competencia para pronunciarla bien en el plano interno porque su contenido sea contrario a la legalidad vigente o se haya dictado prescindiendo de las más esenciales normas procedimentales.

c) En el plano subjetivo, que el autor sea consciente de la ilegalidad de la resolución emitida, lo que permite integrar el contenido del requerimiento normativo de la realización de la conducta "a sabiendas".

d) Que la conducta desarrollada haya consistido ya en la realización de un informe favorable a la ejecución de un proyecto de derribo o alteración de un edificio singularmente protegido ya que se haya apoyado dicho informe mediante el otorgamiento de un voto favorable al mismo, recalcándose la particular entidad de protección que debe reunir el edificio objeto de tal proyecto.

[5] Artículo 322: "1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

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

c) El delito de causación de daños dolosos a los bienes integrantes del patrimonio histórico (art. 323 CP)[6].

Las características más significativas en relación con este delito son las siguientes:

a) La producción de un daño entendido como la destrucción, pérdida o disminución de la utilidad o inutilidad de un bien integrado en el patrimonio histórico, siempre que no se trate de un edificio, en cuyo caso, resultará de aplicación la norma ínsita en el artículo 321 del Código Penal.

b) Que el objeto material de la acción lo constituya todo tipo de bien, mueble o inmueble, que tenga atribuido un valor histórico, artístico, cultural o científico, con independencia de que haya sido objeto de una declaración por parte de las Administraciones Públicas en dicho sentido.

c) Que, en la perspectiva del elemento subjetivo del delito, se acredite la concurrencia de dolo en la persona del autor que, según la Jurisprudencia, resulta suficiente sea el genérico o el de consecuencias necesarias.

Finalmente, cabe significar que el precepto contempla, por un lado y específicamente, un supuesto concreto de daños, cual es el de la expoliación de yacimientos arqueológicos, ya sean estos terrestres o subacuáticos, debiéndose entender dicho concepto de expoliación partiendo de la definición que, al efecto, proporciona el artículo 4 de la LPHE, a cuyo tenor lo será toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores que integran el patrimonio histórico español o que perturbe el cumplimiento de su función social y, por otro, una agravación de la pena en atención al mayor valor causado al objeto dañado y a la entidad del propio daño causado.

d) El delito de causación de daños en bienes que formen parte del patrimonio histórico y en archivos, registros, bibliotecas, museos, centros docentes, gabinetes

[6] Artículo 323: "1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimiento arqueológicos, terrestres o subacuáticos. Con la misma pena se castigarán los actos de expolio de estos últimos.

2. Si se hubiesen causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena suprior en grado a la señalada en el apartado anterior.

3. En todos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado".

científicos o instituciones análogas, causados mediando imprudencia grave (art. 324 CP).[7]

Resulta evidente que la sustancial diferencia que se destaca entre este injusto y el descrito en el artículo precedente es la que concierne a su elemento subjetivo. Así, la modalidad analizada requiere de la constatación, en el ánimo que es génesis última de la producción del efecto lesivo, de la presencia de una acción u omisión imprudente que, además, exige un componente objetivo de gravedad. Ello se traduce en la ignorancia, por parte del agente, de las más elementales normas de cuidado, lo que descarta, obligadamente de cualquier antijuridicidad los supuestos en que la imprudencia se infiera como leve así como, por determinación legal expresa, aquellos en que el daño provocado sea inferior a una cuantía de 400 euros.

4. La relación entre la protección del patrimonio histórico dispensada por las normas penales y la regulación y protección contenida en la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español. Solución al conflicto de competencias surgido entre esta Ley y la normativa reguladora de la materia emanada de las Comunidades Autónomas.

El conjunto de bienes incardinados en el patrimonio histórico encuentra en su tutela una relación inescindible entre el derecho penal y el derecho administrativo. Así, la regulación autónoma que ofrece el Código Penal en los artículos antes examinados deja marginados de su objetivo tutelar un amplio abanico de supuestos que, sin embargo, son objeto de protección a través de la legislación emanada de las Administraciones Públicas y, en particular, de la tan reiterada Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español (LEPH) que, en pos de ese objetivo en el que resultan implicadas todas esas Administraciones al ser titulares dominicales de la mayor parte de los bienes afectos al patrimonio histórico y, por ello, también obligados a su custodia y conservación, pergeña un elenco de normas que no sólo permiten la valoración y el reconocimiento de relevancia desde el punto de vista artístico, cultural, histórico o científico de un bien sino que, además, instaura medidas de conservación y fomento del patrimonio protegido, de política fiscal y tributaria que permiten una gestión eficaz de este a las que se añade una descripción de infracciones por hechos que

[7] Artículo 324: "El que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, atendiendo a la importancia de los mismos".

atentan a ese objetivo basado en el interés general y, asociadas a ellas, un conjunto de sanciones. Por ello, el recurso de la norma penal a la regulación administrativa como integradora de la salvaguarda del patrimonio histórico es recurrente y obligado[8] y puede provocar algunas dificultades dignas de reseña, entre las que se destacarán dos: por un lado, la existencia o no de una limitación del objeto material de los delitos contra el patrimonio histórico sujeta a aquellos bienes que la norma administrativa describe específicamente como parte integrante de aquel y, por otro lado, la aplicación del principio *non bis in idem* respecto de aquellas conductas que puedan tildarse, al mismo tiempo, de delito y de infracción administrativa.

Respecto del primero de los problemas planteados, la solución viene dada por la propia Jurisprudencia. Esta, cuyo máximo exponente en la materia es el constituido por las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1988, 12 de noviembre de 1991 y 3 de junio de 1995 ha venido a desvincular el objeto material de los delitos contra el patrimonio histórico en los que los preceptos aluden, con evidente abstracción, a bienes de valor histórico, artístico, cultural o científico, de la necesidad de que exista una declaración formal previa por parte de la Administración que incluya aquellos en el Patrimonio Histórico Español, ora como Bienes de Interés Cultural ora como parte del Inventario General creado al efecto.

En relación con el segundo, la Jurisprudencia también ha ofrecido una solución pacífica, en el sentido de considerar que, cuando un mismo hecho sea susceptible de una actuación sancionadora administrativa y de otra de orden jurisdiccional penal y se cumplan los requisitos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, rige, en toda su extensión, el principio *non bis in idem*, de tal modo que si el hecho ha sido castigado por los tribunales queda vedada una ulterior actuación de la potestad sancionadora administrativa pero si la Administración es la primera en actuar, entonces no resulta proscrita la posterior prosecución del delito por parte de los tribunales.

Por último, la capacidad legislativa atribuida a las Comunidades Autónomas para establecer medidas de garantía y salvaguarda de todo el conjunto de elementos

[8] La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2016, con cita de la 654/2004, de 25 de mayo, ha considerado, en relación con el artículo 323 del Código Penal que "el tipo penal requiere que la acción destructiva o perjudicial afecte a bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural, monumental o a yacimientos arqueológicos, tratándose de una norma en blanco que encuentra el fundamento constitucional de la protección que el tipo penal dispensa en los artículos 44 y 46 de la CE" siendo la norma administrativa de referencia para integrar la norma penal la propia de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español.

materiales e inmateriales que forman parte del Patrimonio Histórico y radican en el ámbito territorial sobre el que ejercen su competencia planteaba la seria posibilidad de que surgiera un conflicto de competencias con la que es propia del Estado. Esta, sin embargo, ha resultado ociosa a raíz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la materia. En ellas, se ha advertido la existencia de una suerte de competencia concurrente que permite legislar a las Comunidades Autónomas para declarar, como bienes de interés cultural, todos aquellos que, por hallarse en su territorio, ofrezcan un valor de necesaria protección en sus respectivos ámbitos territoriales quedando negada dicha facultad respecto de aquellos bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional[9].

III. EL CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO HISTÓRICO.

1. Consideraciones generales.

Los delitos contra el patrimonio histórico se encuentran, como no podía ser de otro modo, afectos al mismo régimen de declaración de responsabilidad civil inherente a la determinación de responsabilidad criminal que, con carácter general, se predica en los artículos 109 a 122 del Código Penal del resto de ilícitos en los que media, a resultas de su comisión, la producción de daños y perjuicios, con la particularidad de que, dentro del contenido que de aquella se regula en el artículo 110 -esto es, restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales-, la prioridad ante el menoscabo en el objeto material del bien integrado en el patrimonio histórico, tanto en lo que se refiere al daño padecido por el soporte o elemento físico del bien mueble o inmueble como en cuanto afecta al valor y función socio cultural del mismo, será la reparación del daño causado en el modo previsto en el artículo 112 del Código Penal, sin perjuicio de que, además de esta, el causante de dicha alteración dañina se vea compelido a indemnizar los perjuicios que adicionalmente hubiera causado al titular dominical del mismo, sea este una persona física o jurídica, pública o privada.

Dicha obligación de hacer en que se traduce la restauración o reparación del daño inferido es la que, con expresa determinación legal, se objetiva, en relación con la regulación penal autónoma de esta clase de delitos, por un lado, en el artículo 321 del Código Penal, cuyo párrafo segundo y respecto de la conducta típica consistente en el

[9] Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero.

derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos, faculta a los Jueces y Tribunales a ordenar al autor responsable criminalmente de aquella, la reconstrucción o reparación de la obra y, por otro lado, ya en relación con las acciones y omisiones causantes de daños dolosos en bienes comprendidos en el patrimonio histórico (sujetos o no a declaración administrativa formal al respecto) y en yacimientos arqueológicos, en el artículo 323.3, que habilita igual prerrogativa judicial dirigida a adoptar las medidas encaminadas a restaurar, en la medida de lo posible, el daño causado.

Es notorio pues que, con esta inclinación legislativa hacía la reparación del daño infligido a bienes de valor artístico, cultural y científico, en sus distintos órdenes y acepciones -normalmente a través del mecanismo técnico denominado "restauración"- se podría entender que se da entrada, en relación con los delitos analizados, a una excepción formal a la norma que, en sede de responsabilidad civil, se contiene en el artículo 110 del Código Penal y que, siguiendo a RUÍZ BOSCH[10], contiene una enumeración de acciones que constituyen un sistema escalonado conforme al cual lo primordial es la restitución de los efectos del delito, y únicamente cuando no sea posible, o cuando las cosas recuperadas se hayan devaluado por haber sufrido demérito o deterioro, procederá la reparación del daño o la indemnización de perjuicios. Sin embargo, entiendo que, amén de aquellos supuestos en que se produzcan situaciones de apoderamiento del bien objeto material del delito en las que podría predicarse la concurrencia de un concurso (medial o real) entre los injustos de hurto, robo, apropiación indebida o estafa y, en este caso, de daños en el patrimonio histórico, en las que, naturalmente, la responsabilidad criminal del sujeto activo conllevaría la necesaria devolución a su legítimo propietario del bien sustraído, en el resto de los casos en que se produzca el menoscabo del concreto bien sin exención o separación locativa de este del lugar donde se encontraba, la reintegración del mismo a su estado anterior al acto lesivo mediante el oportuno procedimiento técnico de restauración, puede también encontrar cabida dentro del concepto de restitución empleado por el Código Penal a tenor de la definición que de este término ofrece la Real Academia de la Lengua. En efecto, aquel es entendido tanto como la "acción de devolver algo a quien lo tenía antes" como, en una segunda acepción, "restablecer o poner algo en el estado que antes tenía" siendo esta última la que tiene un cierto encaje en las normas penales indicadas.

[10] RUIZ BOSCH, S. La responsabilidad civil derivada de delito: el contenido de la responsabilidad civil ex delicto, con cita de ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Compendio de Derecho Penal. 2014, p. 520.

2. La limitación de la declaración de responsabilidad civil al autor de los delitos contra el patrimonio histórico tipificados en los artículos 321 y 323 del Código Penal y otras consideraciones.

La concreta atribución potestativa por parte del tribunal de la obligación de reconstruir o restaurar la obra edificativa derribada o gravemente alterada singularmente protegida por su interés histórico, artístico, cultural o científico al "autor del hecho" que expresamente regula el párrafo segundo del artículo 321 del Código Penal y la análoga obligación que, al mismo responsable, se impone en el número 3 del artículo 323 del Código Penal por razón de los daños dolosos provocados en bienes de igual valor o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos, plantea el dilema de entender si dicha consecuencia reparadora, enmarcada en el ámbito de la responsabilidad civil, queda exclusivamente limitada a quienes reúnan el carácter de autores en el modo predicado en el artículo 28 del Código Penal o, de contrario, se puede ampliar a otros partícipes en el *iter* comisivo de tales ilícitos.

En efecto, se hace preciso recordar cómo, con carácter general, el artículo 116 del Código Penal proclama la responsabilidad civil *ex delicto* de las personas criminalmente responsables de este, siempre y cuando del mismo se derivaren daños y perjuicios. Y, con particular precisión hace uso de un adjetivo indefinido como es "toda" antecediendo a la mención "persona responsable criminalmente" para significar la generalidad de la extensión de esa responsabilidad civil a quienes, por su participación en la comisión del hecho delictivo y cualquiera que sea esta, responden penalmente del mismo. De ahí que deba incluirse, amén de los autores de aquel, materiales, mediatos por inducción o cooperadores necesarios, a quienes han participado en él sin adquirir dicha condición, pero realizando actos de favorecimiento, en este caso, de la acción de destrucción, alteración, daño o menoscabo de los bienes que forman parte del patrimonio histórico, ya sea como cómplices ya como -en la antigua acepción penal- encubridores[11].

El propio artículo 116.2 del Código Penal regula expresamente la responsabilidad civil de los autores y los cómplices instituyendo una de naturaleza solidaria dentro de los de su respectiva clase y otra subsidiaria por las correspondientes a los demás

[11] La figura del encubrimiento se encuentra ya regulada como figura delictiva autónoma en el artículo 451 CP, al haberse superado la anterior concepción doctrinal conforme a la cual se consideraba una forma más de participación delictiva (véanse artículos 12, 17 y 19 del Código Penal de 1973), conforme al fundamento expuesto por el Tribunal Supremo en Sentencia STS de 28 de marzo de 2001 al señalar que " se encuentra en la consideración de que no es posible participar en la ejecución de un delito cuando ya se ha consumado".

responsables, quedando, con ello, palmariamente sentada la que es propia de ambos grupos de partícipes criminales.

Sin embargo, en el caso de las medidas concretas de naturaleza resarcitoria civil recogidas en los precitados artículos 321 y 323.3 del Código Penal, el legislador se ha cuidado, expresamente, de salvar con carácter de excepcionalidad el principio general explicitado para introducir el concreto destinatario de la declaración de responsabilidad civil dimanante de tales delitos. Y así este ha quedado reducido, con carácter exclusivo y excluyente, a quien o quienes tengan la consideración de autores del mismo en el concepto que de tal forma de participación ofrece el artículo 28 de ese Cuerpo Legal quedando proscrita la extensión por analogía de dicha responsabilidad a otros partícipes[12]/[13].

A tenor de esa limitación, cabría cuestionarse si esta se pudiera hacer extensiva, tanto en el ámbito objetivo, esto es, las concretas obligaciones de hacer consistentes, por un lado, en la reconstrucción o restauración de la obra edificativa dañada en el caso del tipo regulado en el artículo 321 del Código Penal y por otro, en la restauración del bien mueble dañado, como en el ámbito subjetivo, en cuanto deber impuesto sólo al autor de tales acciones u omisiones antijurídicas y culpables, al resto de preceptos que contienen descripciones típicas cuyo objeto material afecte al patrimonio histórico. Nos estamos refiriendo con ello a los tipos de prevaricación ex artículo 322 y de causación por imprudencia grave de daños del artículo 324.

Sobre el particular, pronunciamientos jurisprudenciales han negado tal aplicación analógica de tal modo que las consecuencias lesivas derivadas de las actuaciones de los sujetos activos en esos delitos no generarían, necesariamente y por determinación judicial, la prioridad de una actuación reconstructiva o reparadora. Como ejemplificación de esta tesis se invoca el pronunciamiento particular contenido en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva en fecha 09/01/2012[14] en el que, siendo objeto del recurso de apelación sustanciado un hecho consistente en el derribo parcial de un edificio que constituía la parte principal de una vivienda de valor

[12] ROMA VALDÉS, aEstudios de Derecho Penal y Criminología. 2008, p.119.

[13] NÚÑEZ SÁNCHEZ, A. Revista Ministerio Fiscal, 5, 2018, p.70: "La doctrina ha señalado algunas de las insuficiencias que plantea la previsión legal de restauración en la forma establecida. La primera de ellas es que se hable únicamente del autor del hecho como destinatario de la obligación de restaurar, lo que parece dejar fuera a otros partícipes en el delito, ya sean los cómplices, ya los responsables civiles por cualquier concepto o los partícipes a título lucrativo".

[14] Sentencia nº 1/2012, Sección 2ª Audiencia Provincial de Huelva, rec.336/2011, (EDJ 2012/152593).

histórico y en el de otras construcciones anexas a esta, se acababa declarando la responsabilidad penal del autor y propietario de ese bien, en la primera de las actuaciones, por un delito doloso de daños del artículo 323 del Código Penal -excluyendo, en una interpretación más que cuestionable, la aplicación del artículo 321 por no constar la catalogación administrativa de la edificación como bien de interés cultural- y, en la segunda de ellas (la que afectaba a las construcciones anexas) por un delito de daños mediando un proceder imprudente considerado grave conforme al artículo 324 del Código Penal. Pues bien, en lo que importa a la cuestión planteada, el citado Tribunal, en el fundamento jurídico cuarto, apartado tercero, de su sentencia, imponía al acusado, respecto del primero de los delitos por los que resultaba condenado la obligación de reconstrucción y devolución de la casa demolida a su estado original, en tanto que, respecto de los segundos, manifestaba no tener cabida esa opción abocando a su reparación conforme a las prescripciones de las autoridades administrativas en la materia.

En ambos preceptos, la obligación restitutoria de la indemnidad del edificio o bien dañados entiendo quedará condicionada a la cierta posibilidad de que esta pueda llevarse a efecto y sólo en el caso de que, en atención a la constatación cierta del resultado lesivo y su traducción técnica en los oportunos informes emitidos por los peritos en la materia, aquella se haga inviable, habrá de acudirse a una reparación sustitutiva del daño mediante su indemnización económica. La propia redacción conferida al artículo 323.3 advierte tal salvedad al introducir la expresión "en lo posible" que sirve para remarcar el carácter prioritario de la actuación restauradora del bien alterado. Proclama esta que puede hacerse extensiva al supuesto de lesión en un edificio singularmente protegido que regula el artículo 321.

Amén de las interrogantes suscitadas y para finalizar este apartado, hemos de hacer mención de otras dos que conviene abordar: la primera, concerniente a la ausencia de inclusión, en la norma contenida en el artículo 323.3 del Código Penal, de una carga añadida a la restauración del bien de valor histórico, artístico, cultural o científico alterado, cual es la indemnizatoria respecto de terceros de buena fe, que, sin embargo, expresamente acoge en su regulación el artículo 321. Tal circunstancia lleva a preguntarse si nos sitúa ante una omisión querida por el legislador o ante un mero olvido legislativo que no evita un pronunciamiento de ese cariz en sentencia. La

solución ofrecida por la doctrina es, en palabras de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E.[15], la de entender que no existe impedimento alguno para extenderla, por analogía, a los supuestos fácticos que tengan encaje en el artículo 323 del Código Penal.

La segunda, aplicada al plano subjetivo del responsable civil, pasaría por manifestar cómo la limitación de declaración de responsabilidad civil al autor de los hechos subsumibles en las descripciones normativas contenidas en los artículos 321 y 323 del Código Penal no se puede hacer extensiva a los sujetos que hubieran tenido participación generadora de responsabilidad penal, en cualquier otra modalidad distinta a la autoría, por razón de su intervención en las otras modalidades típicas, esto es, la de prevaricación del artículo 322 del Código Penal y la de comisión imprudente de daños (en esta, por sí misma, sin embargo no cabe punibilidad más que del autor) del artículo 324 del Código Penal[16]. Sólo de esta manera tiene justificación el hecho de que el artículo 340 del Código Penal introduzca una atenuación de la pena surgida de la reparación del daño causado por parte del "culpable" de cualquiera de los hechos tipificados. Mención la entrecomillada que, es meridianamente claro, huye de la concreción de la atribución de responsabilidad a una concreta forma de participación criminal -como sería la de autor- para hacerla extensible a todo sujeto de quien se predicara dicha intervención culpable.

3. El doble concepto del perjuicio al patrimonio histórico y cultural y el daño causado al bien concreto objeto de ese patrimonio.

Como se ha dicho con motivo del análisis del bien jurídico protegido en esta clase de delitos, el resultado de estos, traducido en un hecho lesivo para un bien, material o inmaterial, integrado, sin necesidad de una formal declaración administrativa, en el patrimonio histórico por su significado valor artístico, cultural, científico o histórico exigirá una obligación reparatoria *in integrum*, sea esta in natura cuando la entidad del daño así lo permita o en su equivalencia cuando aquella lo impida que, no sólo habrá de ser calculada en atención al daño material causado al concreto soporte, material y tangible, en que se exterioriza el mismo, sino también en consideración al perjuicio

[15] MARTÍNEZ RODRIGUEZ, E. El delito de daños al patrimonio histórico. 2015, p.189.

[16] La sentencia dictada en fecha 18 de febrero de 2005 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Huelva, nº 15/2005 (EDJ 2005/17589), condena por un delito de daños contra el patrimonio histórico, mediando imprudencia grave como consecuencia de los desperfectos causados en la muralla de un recinto protegido, a un arquitecto técnico que dirigió los trabajos de edificación a pie de obra y, subsidiariamente, a la empresa para la que trabajaba por aplicación del artículo 120.4 del Código Penal, excluyendo la responsabilidad de la Administración Local propietaria del bien al no habérsele atribuido intervención alguna en la causación de los daños.

causado al valor social y a la función socio-cultural que la norma penal tutela y que, a último, es la justificación de la exigencia de la conservación de tal bien como único medio para salvaguardar, *ad perpetuam*, tales valores inmateriales.

Por ello y en suma, el valor resarcitorio no sólo será el cuantitativo que puedan alcanzar las concretas labores de restauración del objeto alterado por la intervención culpable del sujeto activo sino también el que culturalmente se desprenda del mismo. En este punto, y siguiendo a RUFINO RUS[17] ha de hacerse alusión al supuesto contemplado en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, en fecha 11 de diciembre de 2001[18] que, además, analiza la relación entre la existencia del daño y el concepto de valor incalculable del bien.

La referida resolución, en su fundamento de derecho cuarto, ante la ejecución por parte de uno de los agentes de unos trabajos sobre una cabeza romana de mujer consistentes en su retallado para resaltar sus rasgos faciales y su peinado, refleja la dicotomía que existe entre los conceptos reseñados y así expresa que "la pieza, como acertadamente expone en el plenario José Luis, quizás pueda, en el mercado de obras de arte, tener más valor de venta tras haber sido retallada, sin embargo, en cuanto a su valor como parte del patrimonio histórico, precisamente, se pierde por haberse llevado a cabo sobre la misma una intervención que altera su configuración romana original, aunque la misma, evidentemente, estuviera afectada por el paso del tiempo. O lo que es lo mismo, siguiendo las palabras de José Luis, el retallado es un atentado contra la pieza y da lugar a otra distinta perdiendo así todo su valor histórico y provocando el daño que precisamente trata de evitar el tipo penal y es que, en arqueología quizás deba recordarse que lo importante no es tanto que la pieza luzca como lo hacía hace siglos sino permitir directamente el estudio de un objeto de procedencia, en este caso romana, directamente y sin alteraciones posteriores, que es lo que han venido a hacer los acusados que han colaborado posibilitando la manipulación de una pieza de valor histórico para proceder a su posterior venta a terceros siendo perfectos conocedores ambos, por moverse como se ha acreditado en el círculo de personas dedicadas a la búsqueda de piezas y obras de valor histórico artístico, de las consecuencias de sus actos".

[17] RUFINO RUS, J. Revista Patrimonio Histórico, 82, 2012, p. 62.

[18] Sentencia nº 276/2001, Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, rec. 62/2001 (EDJ 2001/73683).

Y en relación con el concepto de valor incalculable que algunos autores como GARCÍA CALDERÓN[19] consideran debería constituir un elemento normativo objeto de regulación explícita en el Código Penal indicando que "dentro del valor cultural deben incluirse los gastos de restauración y los estudios previos muchas veces preceptivos para la intervención en los objetos o inmuebles dañados, así como el daño ocasionado a la sociedad en su conjunto como depositaria permanente de los bienes culturales, sin que nada impida que podamos aplicar la idea de valor incalculable y añadir posteriormente la determinación de la responsabilidad civil con inclusión de todos los gastos que venimos indicando para la restauración de los bienes culturales con referencia, incluso, a la responsabilidad moral. Esta idea de reparación moral no debería parecernos ni mucho menos extravagante. El origen de esta percepción se encuentra en la enriquecedora relación de los bienes culturales con la ciudadanía", la referida sentencia alude a la confusión entre dos conceptos distintos: la inexistencia de daño y que el mismo no sea calculable, exponiendo como "de lo actuado lo que resulta es que el valor de las piezas es incalculable. Difícilmente se puede establecer un valor crematístico a una figura procedente de Roma o Grecia a pesar de lo cual conforme a nuestro derecho penal debemos efectivamente intentarlo".

En esta misma línea, hemos de hacer alusión a la reflexión contenida en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia de fecha 27 de diciembre de 2017, dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en la que, por razón de los daños causados a una cueva con yacimientos arqueológicos, efectúa una muy interesante sobre el contenido del daño y la responsabilidad civil que no se puede limitar al daño causado a las piezas sino también al arqueológico e histórico social. Veamos:

> "2. De acuerdo con los estudios topográficos el volumen de los sedimentos evacuados mecánicamente asciende a un total de 2.247,268 m³, de los cuales 1.017,40 m³ tienen la condición de sedimentos arqueológicos de época neolítica. A partir de esta delimitación se fijan dos valores, el del daño causado, por las piezas que pudieran encontrarse en los niveles arqueológicos destruidos, basado en el valor económico estimado de los restos arqueológicos recuperados de la zona excavada (110 m²), y el perjuicio causado, es decir, el científico en su faceta arqueológica o histórico social difícilmente cuantificable económicamente. Es evidente, por tanto, que hay un importante componente de teorización o estimación, de hipótesis, porque se desconoce el número de piezas u objetos que pudieran contener las capas de terreno afectadas por la actuación o el vaciado de la Cueva y el valor económico de cada una de ellas, así como el perjuicio científico de muy

[19] GARCÍA CALDERÓN, J.M. Los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español. Los daños dolorosos a los bienes culturales (artículo 323 del Código Penal). Estudios sobre el Código Penal reformado. 2015, p. 760.

difícil evaluación, como en otros ámbitos puede ser la vida o la integridad humana, el honor o la dignidad, pero que no por ello dejan de ser indemnizables.

3. Especialmente relevante para la valoración es el informe emitido por Patricio, arqueólogo de la Dirección General del Patrimonio Cultural -folios 312 a 398, y la ampliación folio 697-. En dicho estudio pondera la posible concentración de materiales arqueológicos de forma diferente según las distintas zonas de la Cueva - folio 325-, los metros cúbicos de niveles arqueológicos de época neolítica afectados -folio 323-, y se ciñe a la valoración económica de los materiales -folio 325-, pero no al valor científico o histórico. Cual es el valor de las piezas depositadas en el Museo de Huesca, si se ha hecho por 5 arqueólogos, o quienes son, es algo secundario, pues se trata de la estimación de un material que no se encuentra habitualmente en el mercado y depende de cada una de las piezas, de su estado de conservación, antigüedad, singularidad, etc. Explica el informe del doctor Rogelio la forma de cálculo que ha seguido para estimar el daño causado. Parte del valor estimado de las piezas depositadas en el Museo que fueron halladas en la parte excavada y divide la cantidad obtenida por los metros cúbicos -folios 976 y 977, y ampliación a los folios 1120 a 1150, completados con la documentación de las carpetas 1, 2 y 3 que alcanzan los 1249 folios-.

4. El interés histórico y científico del yacimiento ha sido ampliamente destacado por varios peritos que intervinieron en la vista. Explicaron la importancia no solo de las piezas halladas y las que posiblemente se perdieron, sino del contexto destruido, con lo que el daño ya no es solo material, sino que afecta esencialmente a la investigación y estudio de las piezas y objetos hallados. Todos ellos pusieron de manifiesto que el yacimiento era irrepetible e irreemplazable, y el daño es irreparable e irrecuperable. Frente a estos estudios e informes el presentado por la defensa se centra en rebajar la importancia del yacimiento, cuestionar el daño y la afectación y valoración económica de las piezas con unos criterios que no ofrecen la misma fiabilidad. La catedrática doña Filomena calificó la Cueva de Chaves como el segundo yacimiento neolítico más importante de España, y a nivel de fauna y poblado el primero -minuto 1:17:50 del disco 22 de septiembre, parte 1-. Con la finalidad de explicar la importancia del yacimiento y de la pérdida, utilizó, a título de ejemplo, la siguiente comparación: "el haber destruido la Cueva de Chaves significa, a nivel neolítico, haber destruido Barcelona" -minuto 1:19:15, del disco 22 de septiembre, parte 1-. En consecuencia, no es irrazonable o errónea la valoración que de todos estos informes periciales hace la sentencia que se recurre[20]".

Con todo, la necesidad impuesta a los tribunales de cuantificar exactamente la indemnización del perjuicio causado por el actuar de los responsables criminales, -incluidos entre estos las personas jurídicas en los supuestos así previstos en el artículo 31 bis del Código Penal- depende, casi en exclusiva y sin perjuicio de la adecuada aplicación de las normas procesales de valoración probatoria, del contenido de los informes técnicos periciales emitidos por especialistas normalmente dependientes de las Administraciones Públicas con competencias en materia de protección del patrimonio histórico. Y serán estos quienes, a su vez, hayan de considerar, dentro de sus criterios de

[20] La sentencia impugnada, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Huesca en fecha 09/11/2016 (contuvo el siguiente pronunciamiento sobre la responsabilidad civil: "Por tales motivos, teniendo en cuenta no solo el coste de los bienes dañados, sino también el coste de información perdida, el coste de actuaciones de reparación o restauración y el índice de sensibilidad del bien afectado, debe concluirse que la cuantía fijada inicialmente por el Sr. Baldellou de 50.981.610 euros en absoluto debe tacharse de desproporcionada, sino que resulta del todo razonable y ajustada a derecho".

valoración del daño, tanto el provocado directamente al bien protegido como el infligido al acervo cultural en el que se integra, así como la viabilidad técnica de la reconstrucción o restauración de aquel o, en su caso, la necesidad de acudir a una restitución meramente económica[21]/[22].

4. Referencia específica a los criterios de valoración de la responsabilidad civil en los daños provocados por la expoliación de yacimientos arqueológicos.

La enorme riqueza arqueológica que atesora España dada la gran cantidad de manifestaciones prehistóricas de asentamientos de poblaciones en todo su territorio y la posterior ocupación del mismo por distintas culturas -principalmente, íbera, fenicia, griega, romana y árabe, sin perjuicio de la presencia de pueblos del norte de Europa como vikingos y celtas- así como los restos arqueológicos depositados en las profundidades de los mares que lo rodean como consecuencia del hundimiento de diversas naves en sus distintos trayectos comerciales o en conflictos bélicos, ha generado el interés -en lo que nos ocupa ilícito por la persecución de un antijurídico ánimo de lucro residente en autores que, según MORALES BRAVO DE LAGUNA[23], se caracterizan por "no participar en otro tipo de hechos delictivos, poseer conocimientos sobre los objetos, épocas históricas y lugares expoliados, pertenecen o frecuentan círculos vinculados a la materia (mercadillos, reuniones, convenciones, etc.), y emplear medios técnicos más sofisticados"- por la obtención de restos procedentes de dichos asentamientos y localizaciones que ha dado lugar a una reflexión por parte de la doctrina y de los operadores jurídicos acerca de los criterios que han de ser valorados a

[21] La sentencia nº 118/2016, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha 21 de marzo de 2016 (EDJ 2016/100228) contempla un supuesto de daños por demolición de un edificio de valor histórico, condenando a los directores faculltativos de la obra como autores de un delito del artículo 321 del Código Penal al pago de una cantidad de 52.920 en concepto de responsabilidad civil, al Ayuntamiento de Cádiz. Los Fundamentos de Derecho Cuarto y Sexto estudian las tesis impugnatorias invocadas por los condenados en sus recursos y resuelve la corrección de la ponderación de los distintos informes valorativos aportados como medios de prueba en los que las cantidades asociadas a la reparación del daño oscilaban entre los 4250,00 euros del encargado por la defensa y los 658.524,73 euros calculados por la Junta de Andalucía, pasando por los 37.800,00 valorados por el perito del Ayuntamiento. El Juzgador, finalmente, tomó como base el peritaje realizado por parte del consistorio, aumentándolo en un 40% su cuantía, estimándose así el valor de afección que no se tuvo en cuenta en dicho peritaje.

[22] La sentencia nº 522/2013, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de León de fecha 15 de julio de 2013 (EDJ 2013/159090), sr pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia que juzgaba un supuesto de daños dolosos al patrimonio histórico por la rotura, en una visita guiada a una cueva, por parte de un visitante de una estalactita. En este caso, la responsabilidad civil quedó fijada en el importe calculado pericialmente "del posible coste de construcción de una posible " réplica" del espeleotema y su instalación, así como el valor económico intrínseco del fragmento perdido y los costes indirectos ocasionados", atendido el "daño bajo-medio al entorno de la cueva donde se ha producido" y la imposibilidad de su reposición "al no haber aparecido el fragmento roto".

[23] Morales Bravo De Laguna, J., CPAG. Cuadernos de Prehistoria y Arqueología de la Universidad de Granada, 25, 2015, p. 36.

la hora de determinar el daño que tales conductas, normalmente enmarcadas dentro de la norma contenida en el artículo 323.1 del Código Penal, genera y la respuesta resarcitoria del mismo.

A tales efectos, es significativa, por su meridiano didactismo, la aportación realizada por ROMA VALDÉS[24] en orden a la determinación de los criterios objeto de análisis y valoración. Concretamente, significa los siguientes: "a) Los gastos personales y materiales que implica la remoción de tierras, gastos que deben incrementarse en el traslado de al menos una porción de la misma a un vertedero autorizado; b) los gastos derivados del levantamiento topográfico; c) los gastos del personal técnico encargado de la actividad arqueológica a realizar no sólo en la excavación sino también en la conservación del material o en la elaboración de la memoria, dentro de los estándares del rigor científico y del respeto a la normativa aplicable (desde la urbanística a la de seguridad en el trabajo), a determinar en función del tiempo empleado en estas actividades". Añade el autor que "sobre este planteamiento es posible su estimación en función de un coste expresado en euros por metro cúbico que podrá variar en función de la tipología de yacimiento".

Como perjuicio, también deberían ser valorados los gastos de restauración de los materiales y se debería aplicar lo que el autor llama "un factor de corrección al alza para los supuestos de mayor relevancia del yacimiento atendiendo a su singularidad o monumentalidad, su uso público, su interés historiográfico, su estado de conservación previo, etc".

En esta misma línea, COLMENAREJO FRUTOS[25], invocando los resultados de la V Reunión de la Red Nacional de Fiscales de Medio Ambiente, Urbanismo y Patrimonio Histórico que tuvo lugar en Madrid en el año 2011, aporta una serie de criterios dirigidos a la determinación del *quantum* asociado al resarcimiento del daño producido indicando que "la valoración se corresponde con el valor que tenga la realización de una intervención arqueológica, a través de los gastos devengados por la misma, criterio que va teniendo acogida en la jurisprudencia de las audiencias provinciales. Al hilo de lo expuesto y teniendo en cuenta que en el delito o falta de daños común, las resoluciones judiciales excluyen la mano de obra a la hora de valorar la cuantía de los daños a efectos de tipicidad, hay que aclarar que este concepto hace referencia al trabajo, generalmente

[24] ROMA VALDÉS, A. Revista Patrimonio Histórico. 82, 2012, p.72.
[25] COLMENAREJO FRUTOS A. Revista del Ministerio Fiscal, 5, 2018. p. 27.

manual, que para una actividad concreta se cuantifica en tiempo y al que se atribuye una remuneración determinada. Sin embargo, en materia de patrimonio histórico, no podemos partir del concepto de mano de obra que aplicamos en otras áreas del Derecho Penal. Téngase en cuenta que los trabajos desarrollados o aplicados sobre bienes de patrimonio histórico exigirán conocimientos, técnicas, maquinaria o instrumentos altamente especializados, lo que supone, en la práctica, la necesidad de revisar la perspectiva tradicional que sobre la mano de obra se tiene en el Derecho penal. Asimismo, la pérdida o el daño, en estos casos y en mayor o menor medida, del yacimiento o de la propia pieza u objeto de valor histórico o artístico que tiene lugar con la conducta atentatoria o agresiva debe, indefectiblemente, ser reflejada en la tasación por parte de los peritos especializados habida cuenta el valor histórico inmanente al bien en cuestión y que poco o nada tiene que ver con su estricto valor material. Por otra parte, no hay que olvidar que en los supuestos de esta naturaleza, y especialmente tratándose de yacimientos arqueológicos, el entorno o el lugar tiene un valor documental extraordinario y el simple hecho de tocar o mover las piezas del sitio en el que se encuentran localizados, puede implicar la completa pérdida de ese valor".

IV. CONCLUSIONES.

Los delitos contra el patrimonio histórico constituyen uno de los paradigmas de aquellos injustos calificados como "de resultado" en los que, más allá de la apreciación de formas imperfectas de ejecución en los que la actividad desplegada por el agente, por desistimiento propio o por intervención de un tercero, no haya llegado a implicar una afectación lesiva para el objeto material tutelado por la norma, en su casuística más habitual conllevan la alteración, irremediablemente nociva, de bienes que, gocen o no de una específica protección administrativa, forman parte del acervo cultural de nuestro país, de su identidad e incluso de su idiosincrasia. Por ello, a la eventual declaración de responsabilidad penal que se proclame en relación con cualquiera de las conductas típicas en ellos descritas, se habrá de anudar, indeleblemente, la propia de la obligación del sujeto activo de reparar, en lo posible y con las limitaciones que conlleva la aplicación de métodos y técnicas artísticas y científicas actuales a bienes ejecutados conforme a las propias de su tiempo, la lesión causada.

A estos efectos, el contenido de la responsabilidad civil emanada de dichos delitos no difiere del que resulta predicable del resto de ilícitos conforme a la regulación contenida, con carácter general, en los artículos 109 a 122 del Código Penal. Tan sólo

las particularidades en que esta se traduce, tendentes, en primer lugar, a procurar, como opción reparatoria preferente, la reconstrucción o restauración de lo destruido cuando se trata de edificios (artículo 321 CP) y a restaurar lo alterado dolosamente cuando se trata de otros bienes de interés histórico, artístico, cultural o científico (artículo 323 CP), quedando, por tanto, como opción residual ante el fracaso de aquella la reintegración dineraria del valor económico asociado al menoscabo producido y, en segundo lugar, la limitación de esta obligación a quienes resulten autores del hecho, así como, finalmente, la necesidad de hacer valoración, a los efectos de cuantificar el resultado lesivo de la conducta delictiva, no sólo del perjuicio causado en el objeto tangible o soporte material integrado en el patrimonio histórico sino también del deterioro en el conjunto patrimonial al que se adscribe y, sobre todo, del inferido a su valor cultural para la colectividad, constituyen normas propias cuya virtualidad será inescindible del respaldo que puedan aportar las administraciones y entidades administrativas y particulares especializadas en la materia y que serán las que, por vía de informes técnicos, doten de la convicción suficiente al Juzgador para, finalmente, determinar el alcance y entidad de la responsabilidad civil asociada a la de naturaleza penal que pueda declararse por razón de los delitos cometidos.

BIBLIOGRAFÍA.

COLMENAREJO FRUTOS A. Los delitos sobre el patrimonio histórico. Aspectos generales. Revista del Ministerio Fiscal, 5, 2018. Fiscalía General del Estado.

GARCÍA CALDERÓN, J.M. Los delitos sobre el patrimonio histórico. Los daños dolorosos a los bienes culturales (artículo 323 del Código Penal). Estudios sobre el Código Penal reformado. Dykinson, 2015.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E. El delito de daños al patrimonio histórico. Universidad de Granada. Granada, 2005.

MORALES BRAVO DE LAGUNA, J. La Guardia Civil y la Lucha Contra el Expolio Arqueológico. Cuadernos de Prehistoria y Arqueología de la Universidad de Granada, 25, Granada, 2015.

NÚÑEZ SÁNCHEZ, A. El expolio arqueológico y su tratamiento penal. Revista de Ministerio Fiscal, 5, 2018. Fiscalía General del Estado.

ROMA VALDÉS, A. La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural. Estudios de Derecho Penal y Criminología. Editorial Comares, 2008.

ROMA VALDÉS, A. La valoración de los daños arqueológicos y la justicia cautelar en el proceso penal. Revista Patrimonio Histórico. Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico. 82, monográfico. Mayo 2012.

ROMERO S. Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía del Patrimonio Histórico. Barcelona, 2008.

RUFINO RUS, J. La protección del patrimonio arqueológico en el Código Penal. Deficiencias y propuestas para una reforma de las leyes sustantivas y procesales. Revista PH. Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, 82, monográfico. Mayo 2012.

RUÍZ BOSCH, S. La responsabilidad civil derivada del delito. El contenido de la responsabilidad civil ex delicto.

* * * * * *

Ana Isabel Flores García

Juez sustituta, Parla. Socia de la FICP.

~Apuntes sobre la protección penal del agua subterránea ante la técnica del fracking~

I. CONCEPTO Y APROXIMACIÓN A LOS POSIBLES EFECTOS DE LA TÉCNICA DE FRACTURACIÓN HIDRÁULICA- *FRACKING*-.

La nueva técnica de la fractura hidráulica -más conocido como fracking- tiene como finalidad la obtención de gas natural. Mediante ella se perfora el suelo a más de mil metros de profundidad hasta alcanzar la parte del sustrato, que, pudiera tener el gas natural en sus poros (normalmente pizarras bituminosas). Posteriormente se realizan una serie de perforaciones horizontales para fracturar el sustrato mediante explosivos o la inyección a gran presión de lo que se denomina "fluido de fractura" (compuesto de agua, arena y productos químicos). A través de esta técnica se consigue liberar el gas que surge hasta la superficie[1].

El simple hecho de que esta técnica supone unos efectos invasivos en el subsuelo ya supone que de algún modo afectará a los acuíferos. En relación con estos efectos podemos destacar los siguientes[2]:

a) Alteraciones físicas de los acuíferos: dado que las perforaciones se realizan durante meses las veinticuatro horas del día, pueden ocasionar perturbaciones en el flujo del agua, propagación de los acuíferos con otros sustratos más hondos, menoscabo del estrato impermeable sobre la que se fija el acuífero, e incluso la destrucción del acuífero.

b) Reducción de los recursos del acuífero o sobreexplotación. Esto se producirá porque esta técnica requiere la inyección de millones de metros cúbicos de agua para producir las fracturas, y esa agua que se utiliza deja de ser usado para otros fines más necesarios como el abastecimiento del consumo.

[1] En JORDANO FRAGA, Revista Aragonesa de Administración Pública, 45-46, 2015, p.10 se describe en profundidad esta técnica y los efectos químicos y biológicos de la misma.

[2] Además de los efectos concretos sobre las aguas subterráneas descritos en esta comunicación, en URRESTI/ MARCELLESI, Revista ecología política, 43, 2012, pp. 26-27, se describen otros como: contaminación de aire, terremotos, ocupación de terreno, efecto invernadero, conflictos socio-económicos…

c) Contaminación del acuífero por productos químicos**.** Como ya hemos expuesto el fluido que se inyecta por la perforación está compuesto aproximadamente en un 2% por productos químicos[3]. Lo que supone la introducción de varios miles de metros cúbicos de productos químicos en el subsuelo. Si bien es cierto que parte de ese fluido inyectado es recuperado, se estima por la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos, que "el rango estimado de recuperación de fluido se sitúa entre el 15 y el 80% del volumen inyectado (…). Esto significa que, en cada pozo, entre aproximadamente 6000-24.000 metros cúbicos de fluido de fractura no van a recuperarse, permaneciendo en el subsuelo y pudiéndose mezclar a medio plazo con el agua de los acuíferos, bien por la migración del agua desde estos últimos hasta sustratos más profundos, como consecuencia de las grietas producidas por las labores de fracturación realizadas, o bien por el desplazamiento de fluido hacia los acuíferos desde las capas más profundas…"[4]. Los acuíferos calcáneos son los más vulnerables a la contaminación química por su alta conectividad al poder moverse el agua rápidamente por las grietas y fisuras.

d) Contaminación del acuífero por filtración. No sólo existe el riesgo de contaminación química cuando se realiza la fase de inyección del fluido, sino que, posteriormente, el fluido que se recupera ha de ser depurado y o bien se vierte en balsas para su evaporación parcial, lo que supone un riesgo de rotura con filtración, o se traslada a plantas de reciclaje, lo que implica un riesgo de accidente y vertido en ese traslado.

e) Posibles daños futuros. Esta técnica de fracturación se puede realizar en una zona en varias ocasiones, si bien, el recurso que se pretende extraer -gas natural- es limitado. Ello conlleva que una vez extraído los pozos son abandonados y esto puede conllevar peligros en un futuro a los acuíferos si no se realiza un sellado efectivo del pozo. Además, existen otros riesgos como pone de manifiesto el Informe del Parlamento Europeo de 2011, ya referenciado, cuando afirma que: *"las experiencias obtenidas en los Estados Unidas muestran que se producen numerosos accidentes que pueden dañar*

[3] En el informe del Parlamento europeo de 2011: Repercusiones de la extracción de gas y petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana, se pone de manifiesto que 58 de las 260 sustancias químicas que suelen ser utilizadas en la fractura hidráulica son altamente nocivas. E incluso seis de ellas son sustancias prioritarias de atención inmediata por la Comisión Europea debido a sus posibles efectos en el medio ambiente y en el ser humano (acrilamida, benceno, etilbenceno, isopropilbenceno, naftaleno y etilendiaminotetraacetato de tetrasodio).

[4] Se realiza un mayor desarrollo de los efectos de la fractura hidráulica en el artículo de Ecologistas en Acción Efectos de la fractura hidráulica sobre el agua en España, accesible en www.ecologistasenaccion.org/IMG/pdf/informe_fracking.

el medio ambiente y la salud humana. Entre un 1 y un 2 % de los permisos de perforación violan las obligaciones legales. Muchos de estos accidentes se deben a una manipulación incorrecta del equipo o a fugas de este. Por otra parte, cerca de los pozos de gas se ha registrado contaminación de aguas subterráneas con metano, que en casos extremos pueden provocar la explosión de edificios residenciales, así como con cloruro de potasio, que provoca la salinización del agua potable. Las repercusiones se acumulan, ya que las formaciones de esquisto se explotan con una alta densidad de pozos que alcanza hasta seis plataformas por km²"[5].

II. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ACUÍFEROS FRENTE A LA FRACTURA HIDRÁULICA.

Respecto de esta técnica en Europa, como analizaremos más tarde, no consta una Directiva extensa que concrete una legislación en relación a la minería europea. El marco normativo de la UE en relación al fracking tiene muchas carencias. Ya que, habría que repasar cómo se aplica la Directiva marco sobre el agua y prestar mayor consideración a las actividades de fracturación y sus efectos para las aguas. Es importante que se concretara si debe prohibirse el uso de productos químicos tóxicos en la inyección.

De acuerdo con el reparto de competencias realizado por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el artículo 194.2 cuando indica que las medidas que asuma la Unión en política de energía no menoscaben "*al derecho de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de los recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético*". En España la postura del Gobierno Central difiere con algunas Comunidades Autónomas. La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos no aludía a la fractura hidráulica en su articulado. Posteriormente la reforma de esta Ley y del Real Decreto Legislativo 1/2008 de 11 de enero, de Evaluación de Impacto Ambiental, mediante la Ley 17/2013, de 29 de octubre, *para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extra peninsulares* ha introducido en el artículo 9.5 el permiso para el uso de fracturación hidráulica y otras técnicas. El problema se planteó cuando

[5] Publicado en junio de 2011 por la Dirección General de Políticas Interiores, Departamento de Política A: Políticas Económicas y Científicas del Parlamento Europeo: "Efectos sobre el medio ambiente y la salud humana de las actividades de extracción de gas de esquisto y petróleo de esquisto".

antes de la publicación de esta Ley de 2013, Cantabria, la Rioja y Navarra[6], habían publicado leyes que prohibían el uso de la fractura hidráulica en sus territorios como técnica de investigación y extracción de gas no convencional. Posteriormente, Cataluña se unió con la Ley 2/2014, de 27 de enero, *de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público*, autorizando su aplicación en el aprovechamiento de recursos naturales en suelo no urbano

El Tribunal Constitucional (SSTC 106/2014, 134/2014 y 208/2014) ha declarado la inconstitucionalidad de las leyes autonómicas que no permitían la aplicación de esta técnica en su territorio[7]. Ya que, a juicio del Tribunal, han de prevalecer las normas del Estado que sí autorizaban esta técnica en base a su exclusividad competencial en minería, energía y ordenación general de la economía.

A nivel europeo la Comisión ha planteado un régimen de mínimos en relación con el uso de la fracturación hidráulica[8] para la explotación de los hidrocarburos, concretando los principios mínimos necesarios, con la finalidad de favorecer por un lado nuevas exploraciones y producciones de gas natural, uso eficiente de cada recurso natural y por otro el cuidado del clima y el medio ambiente, junto a la información pública. Estos principios son la base sobre los que cada Estado ha concretado en sus normativas internas cada supuesto, adaptando las actividades en las que intervienen técnicas de fracking con esta normativa[9].

Es un tema novedoso a nivel europeo y nacional, ya que cuando se desarrolló la legislación de medio ambiente de la Unión Europea, esta técnica no se conocía ni usaba para este fin. Ello supone un esfuerzo tanto a nivel de planificación como de evaluación

[6] Cantabria -Ley 1/2013 de 15 de abril La Rioja-Ley 7/2013, de 21 de junio-; Navarra -Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre.

[7] En SÁNDEZ ARANA, Actualidad Jurídica Ambiental, 43, 2015, se desarrolla un interesante análisis de estas resoluciones del Tribunal Constitucional y cómo la Comunidad de Andalucía trata de regular esta técnica de fracturación de forma que no sea declarada inconstitucional.

[8] A nivel europeo se concreta la definición de "fracturación hidráulica de alto volumen": inyección en un pozo de 1 000 m cúbicos o más de agua por fase de fracturación, o de 10 000 m cúbicos o más de agua durante todo el proceso de "fracturación" y la de "instalación".

[9] Los principios se refieren a la planificación estratégica y evaluación de impacto ambiental, para así posibilitar a la población afectada la oportunidad real de participar desde los comienzos en su desarrollo. Así, se concretan las normas y cómo dar publicidad a : a) las autorizaciones de exploración y producción; b) la selección del emplazamiento de exploración y producción; c) el estudio de referencia que determine el estado medioambiental del emplazamiento de la instalación; d) el diseño y construcción de la instalación; e) utilización de sustancias químicas y agua en la fracturación hidráulica de alto volumen; f) requisitos en materia de seguimiento; g)responsabilidad medioambiental y de garantía financiera; h)capacidad administrativa; i) difusión de la información y revisión.

de riesgos (en suelo, aguas subterráneas, emisiones de metano, sustancias químicas que intervienen, estrategia de desarrollo…).

Por ello se ha puesto plazo de trasposición en los Estados miembros en plazo de seis meses (28 de julio de 2014), debiendo además, a informar a la Comisión cada año, sobre los avances en la regulación y las medidas concretas que se vayan adoptando.

En España tras las sentencias referenciadas anteriormente, se han hecho otros intentos de regulación por parte de las Comunidades Autónomas, con la finalidad de proteger sus recursos subterráneos. Destacando al País Vasco puesto que ha conseguido que el Tribunal Constitucional levante la suspensión cautelar (acuerdo del pleno, octubre 2016) sobre algunos artículos de su Ley de medidas de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica. En particular, a los artículos 2 (hidratos de metano enterrados en el mar), 3, 5 y 6 (la "*reposición de la situación alterada a su estado originario*") y las disposiciones transitorias Primera y Segunda de la referenciada norma, ya que considera que no existe perjuicio "*de imposible o difícil reparación"* que justifique la suspensión cautelar de la norma.

Esta regulación jurídica del *fracking* fue el corolario de una iniciativa legislativa popular impulsada en el País Vasco que consiguió recoger más de 100.000 firmas. En la misma se determinan medidas adicionales de protección medioambiental para la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos, y fija un nuevo apartado en el artículo 28 de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo. En este artículo se prohíbe la fractura hidráulica en el suelo no urbanizable si va a tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona.

Todas estas dificultades de establecer unas normas y criterios sobre esta nueva técnica que puede afectar gravemente a los recursos subterráneos, y en especial, a las aguas subterráneas, aún hoy no están resueltas. Las dificultades derivadas de la existencia de intereses contrapuestos -económicos frente a ambientales- ha supuesto duras controversias entre los que buscan un mayor progreso con nuevas fuentes de energía y los que desean preservar los recursos naturales existentes.

Posteriormente la STC 8/2018 (en relación a la legislación del País Vasco), entiende que contempla un precepto sustancialmente idéntico al de la Ley catalana en lo que respecta a los instrumentos de urbanismo y ordenación del territorio y, por tanto,

inconstitucional, no así en lo referido a la protección de acuíferos en el que la prohibición de uso del fracking afectaba a una superficie que representaba el 37% del territorio de la CAE y, únicamente, en relación a los acuíferos calificados de vulnerabilidad media, alta o muy alta, que el TC declaró ajustado al orden constitucional. Finalmente destacamos la STC 65/2018, de 7 de junio[10], puesto que, en relación con las medidas especiales de salud publica y medio ambiente en relación con la explotación de hidrocarburos a través de la técnica del fracking han sido declaradas constitucionales. Sin estimar, en este caso, que exista vulneración de las normas de competencia del art. 149.1 de la Constitución (en concreto: núm. 13 sobre bases y coordinación general de la planificación económica, la núm. 23 de normas básicas de protección del medio ambiente y el núm. 25 de bases del régimen minero y energético).

III. SOLUCIONES PENALES

La tutela penal del agua se basa en el artículo 45 de la Constitución, ya que determina sanciones penales o administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado en aquellos supuestos en que se realice un daño al medio ambiente. El tipo básico que regula el art. 325CP [11] está integrado por tres elementos[12]: infracción de norma extrapenal, existencia de acto de contaminación, y daño sustancial o creación de situación de peligro o grave peligro[13]. Se presenta por la doctrina mayoritaria como un

[10] En relación con la Ley de Castilla la Mancha destaca de ella Santamaría Vazquez, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, 2019, p.16 el plan estratégico que "introduce en el apartado 5 del mismo artículo 3 la novedosa técnica de la zonificación" y que ha sido también incluida por la Ley murciana 11/2018.

[11] Redactado por el número ciento setenta y tres del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 31 marzo-.Vigencia: 1 julio 2015) regula que "*Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.2. Si las anteriores conductas, por sí mismas o juntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años. Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado."*

[12] Descritos por BLANCO LOZANO, La tutela del agua a través del Derecho Penal, 2000, pp.393-394 y en DE LA CUESTA ARZAMENDI, en La calidad de las aguas, Dir. Embid Irujo, 1994, pp. 171 y ss.

[13] Es preciso hacer referencia a la posibilidad de comisión del delito ambiental por imprudencia, rebajándose la exigencia dolosa que se ha expuesto en el tipo básico. De forma que el artículo 331 CP prevé que "*Los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave".* Asume la

delito de peligro o riesgo, siendo igualmente el criterio seguido por la jurisprudencia. Aunque existen algunas resoluciones minoritarias (SSTS 14 de febrero de 2001, Sala Segunda) en las que se recoge como un delito de resultado. Si ese peligro se materializa, el resultado será sancionado de manera separada.

El nuevo artículo 327 CP, en transposición de la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal, determina los tipos agravados (supuestos que anteriormente se ubicaban en el artículo 326CP).

Se sanciona un tipo agravado del delito ecológico, aplicable a la contaminación de las aguas cuando exista riesgo de deterioro irreversible o catastrófico para las aguas; y otro tipo cuando se produzca extracción ilegal en periodo de restricción. En estos supuestos, la pena será superior en grado sin perjuicio del concurso con otros delitos.

Finalmente, el artículo 328 CP adecúa la normativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los nuevos tipos penales introducidos a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2008/99/CE. En relación a las aguas subterráneas y su protección frente al fracking es importante esta regulación puesto que el índice de mayor contaminación sobre las aguas subterráneas resulta de la actividad industrial, cuyos desechos tóxicos son muy nocivos para las aguas y son las que tienen recursos económicos para inversión en estas técnicas tan costosas. Posibilitando la existencia de una estructura de actuación en lo que se ha de-nominado "empresas del crimen", puesto que hay delegación de funciones, programación del trabajo y pluralidad de sujetos intervinientes; lo que constituye importantes problemas a la hora de concretar quienes son los responsables de dichas acciones contaminantes o dañinas[14].

Toda vez que la técnica del fracking se inicia en Estados Unidos, es allí donde se han producido las primeras condenas relacionadas con el mismo. Una de las primeras y con mayor relevancia se produce por la demanda a la petrolera Aruba Petroleum por la familia Parr. Un tribunal ha condenado a la empresa a indemnizar con 2,9 millones de dólares (2,1 millones de euros) a la familia considerando justificado que sus dolencias

punición de las conductas imprudente, sin olvidar que nuestro Código penal utiliza un sistema cerrado de numerus clausus para fijar delitos imprudentes (los que no están tipificados no se consideran como tal), este artículo al remitirse en general a los hechos del capítulo en el fondo introduce una clausula general limitada. Finalmente hay que destacar que la imprudencia ha de ser grave, por lo que las formas leves quedaran ubicadas en la regulación administrativa.

[14] MORILLAS CUEVA, Derecho penal: Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho Penal, 2010, pp.161 y ss.

están interconectadas con las operaciones de fracking de los pozos de Aruba. Esta condena es la primera indemnización millonaria por un caso de afectación a la salud derivadas del fracking. La novedad está tanto en la condena como en la cantidad, puesto que las demandas por los efectos sobre el medio ambiente y la salud de esta técnica de fracking siempre han acabado en acuerdos extrajudiciales e indemnizaciones económicas que no son públicas. En el caso de los Parr se consiguió no solo llegar a juicio sino también que un jurado popular diera la razón a la familia por cinco votos a favor y uno en contra, considerando que el uso de esta técnica contaminó el medio ambiente y produjo la enfermedad de la familia y su ganado y les compelió a cambiar su residencia a otra localidad.

Uno de los primeros procedimientos abiertos en España fue en 2010 el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Tarragona por presunto delito ecológico contra dos directivos de Repsol, por los vertidos producidos durante prospecciones y perforaciones el 15 de mayo y el 23 de junio de 2009, donde se vertieron más de 130.000 litros de petróleo al mar. La Fiscalía de Medio Ambiente considera que hubo riesgo para la fauna con el vertido en la plataforma subcontratada por Repsol a la empresa Pride North America. Por ello se han paralizado los expedientes administrativos contra estas empresas, a la espera del proceso penal.

Quizás el supuesto más relevante de instrucción penal por uso de técnicas de fracking se investiga en Vinarós (Castellón), en donde se ha procesado por delito ambiental a dos directivos de la adjudicataria del proyecto Castor, así como a la propia empresa, Escal UGS por inyectar gas en el almacén marino construido frente a la costa mediterránea pese a saber que ello tenía un peligro sísmico importante. El magistrado del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vinarós ha dictado auto de procedimiento abreviado el 16 de octubre de 2019 imputando delitos ambientales con penas que oscilan entre los seis meses y los cinco años de prisión y, en el caso de la mercantil, la imposición de una multa de seis meses a tres años de duración, cuya cuantía fija el tribunal. Se imputa que pese a que se les advirtió del riesgo sísmico continuaron con sus perforaciones e inyecciones de gas que desencadenaron en las 24 horas siguientes una gran serie de terremotos en la zona. Se indica en dicho auto que el delito ambiental recogido en el artículo 325 del Código Penal castiga el mero hecho de producir un riesgo en abstracto y no importa el resultado, sino el riesgo o peligro que comportó.

Todo esto nos indica que, es necesario abordar el problema de la fractura hidráulica de una manera conjunta por los poderes públicos, las empresas que pretenden la explotación, y los usuarios, y propietarios. Reconociendo la realidad de la afectación que dicho procedimiento de fractura hidráulica tiene en el medio ambiente, y en concreto en las aguas subterráneas; así como, si hay posibilidad de conjugarlo con los beneficios económicos que se puedan alcanzar. La protección de los acuíferos ha de ser multidisciplinar[15]. Pues ello beneficia al recurso natural, al poder ser protegido desde distintos puntos de vista o dimensiones. Sin embargo, si queremos buscar la protección más eficaz posible, no es otra que el Derecho penal. En todo caso, es preciso que dicho proceso penal se realice con todas las garantías legales y con extremo control de cumplimiento de los presupuestos necesarios para llegar a una condena.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO LOZANO, C., La tutela del agua a través del Derecho Penal, Bosh, Barcelona,2000

DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L., La tutela penal de las aguas continentales (especial consideración del delito contra el ambiente: artículo 347 bis CP), en La calidad de las aguas, Dir. Embid Irujo, Madrid, 1994.

JORDANO FRAGA, J. El fracking en el estrado: recogiendo el guante verde arrojado por el Tribunal Constitucional a las Comunidades Autónomas, Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 45-46, Zaragoza, 2015, pp. 9-34.

MORILLAS CUEVA, L., Derecho penal: Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho Penal. Ley Penal, Editor Dykinson, 2010.

SÁNDEZ ARANA J.D., Fracturación hidráulica y comunidades autónomas: a propósito de dos proposiciones de ley presentadas en Andalucía, Actualidad Jurídica Ambiental, núm. 43, febrero 2015.

SANTAMARÍA VÁZQUEZ, I., El fracking en España. régimen jurídico y evolución de la jurisprudencia constitucional, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, 2019.

URRESTI A./MARCELLESI F., Fracking: una fractura que pasará factura, Revista ecología política núm. 43, julio 2012, Barcelona.

* * * * * *

[15] En SÁNDEZ ARANA, Actualidad Jurídica Ambiental, 43, 2015, p.25, concreta la posibilidad de regulación del *fracking* a nivel autonómico indicando que *"aun cuando las Comunidades Autónomas y los municipios no puedan establecer una prohibición total de la fracturación hidráulica en su territorio –lo que hace inconstitucionales la proposición de ley del Grupo Parlamentario Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía y la moratoria definida en la proposición de ley del Grupo Parlamentario Socialista–, sí que tienen margen de maniobra para limitarla o, incluso, prohibirla en determinados espacios que, por sus características, deban ser preservados*."

María Teresa Franco Serrano

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.
Socia de la FICP.

~La suspensión de la pena de prisión por causa de la drogadicción~

Sumario.- I.- Introducción; II.- La suspensión por drogadicción; III.- La influencia de la suspensión de la pena de prisión en la víctima del delito; IV.- Conclusión. Bibliografía.

Resumen.- Con este trabajo pretendo hacer una breve reflexión y estudio de la reforma introducida en el tratamiento de la suspensión de la pena de prisión por causa de drogadicción y su incidencia en la víctima del delito.

I. INTRODUCCIÓN.

La modificación del Código Penal (CP) 10/1995 de 23 de noviembre introducida por la Ley Orgánica (LO) 1/2015 de 30 de marzo, ha conllevado una profunda reforma en una de las materias de tramitación ordinaria en los órganos de enjuiciamiento del orden penal, esto es, las medidas de alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad de corta duración, la suspensión y la sustitución.[1]

La reforma instaura un sistema unitario de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. En él, se regula conjuntamente la suspensión de la pena en su modalidad ordinaria y las extraordinarias. Junto a la suspensión se regula la sustitución, que se convierte en una forma de suspensión, pese a su distinta naturaleza, pues la suspensión afecta a la ejecución de la pena propiamente, no a la pena, mientras que la sustitución sí se refiere directamente a esta última.[2]

A dicha institución, el CP le dedica los art. 80 a 89 del CP. En el art. 80 se aglutinan cuatro modalidades de suspensión (ordinaria, excepcional parcial obligatoriamente condicionada, extraordinaria por deshabituación y de enfermos incurables). Se ha suprimido el art. 88 y salvo reglas específicas, el resto de las normas de la sección se aplican a todas las modalidades. Además, se une la libertad condicional, que si bien antes de la reforma, nada tenía que ver con esta institución, tras la reforma pasa a convertirse en una suspensión del resto de la pena.

Tal previsión normativa, además de intentar garantizar una agilización en las resoluciones en esta fase del procedimiento, evitando que de forma sucesiva se pidiera la suspensión, su sustitución y posteriormente el indulto, que no hacen sino dilatar su

[1] PÉREZ APARICIO, V. Cuadernos Digitales de Formación. 28, 2017, p.1.
[2] DE ELENA MURILLO, V. Formación a Distancia, 2, 2016, p.1.

tramitación e impedir una justicia eficaz, instaura un sistema unitario en su tratamiento. Asimismo, se pretende agilizar la satisfacción de la responsabilidad civil a favor del perjudicado, pues la falta de cumplimiento del compromiso de pago y su esfuerzo reparador dará lugar a la revocación de dicho beneficio, si el incumplimiento resulta injustificado.

Por último, cabe destacar, que el aspecto más significativo del fin de la norma, en mi opinión, es evitar el cumplimiento de penas cortas de prisión, o excepcionalmente, otras, no tan cortas, pero en las concurren circunstanciales especiales que deben ser igualmente valoradas evitando que las penas de prisión tal y como se vienen cumpliendo en la actualidad impidan el cumplimiento del fin constitucionalmente previsto de reeducación y reinserción social. Evitando de este modo los efectos criminógenos de la prisión cuando se cumplen determinados requisitos y no existe un pronóstico de reincidencia, dotándole de este modo de una gran flexibilidad reglada al órgano judicial para su valoración y posterior resolución. En dicho pronóstico de reincidencia debe ser tenida en cuenta la víctima como más adelante abordaré.

II. LA SUSPENSIÓN POR DROGADICCIÓN

Su previsión normativa se encuentra en el art. 80.5 del CP. En su actual redacción se mantiene la suspensión para penas de hasta cinco años de prisión, en caso de penados que hubieran cometido el hecho delictivo a causa de sus dependencias a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, aun cuando no concurran las condiciones 1º y 2º previstas en el apartado segundo de dicho artículo. Quedando vinculada la suspensión a la obligación de seguir el tratamiento de rehabilitación, bien en un centro público o privado debidamente homologado, o bien ya se haya deshabituado a su dependencia.

Se destaca como novedad por un lado que no es preceptivo ni obligatorio el informe médico forense, estableciendo un sistema potestativo y abierto, dejándolo a criterio del juez para acreditar la deshabituación o tratamiento, quien tiene la obligación de hacer las comprobaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. De manera que podría bastar para acreditar la deshabituación el informe del centro o servicio donde el drogodependiente está recibiendo el tratamiento. Sin embargo, en mi opinión, aun siendo potestativo, por la propia naturaleza de la figura del médico forense (art. 479 LOPJ) será conveniente su informe a la hora de valorar la concurrencia de los requisitos necesarios para la concesión de la suspensión de la pena

privativa de libertad por causa de la dependencia del penado a estas sustancias, salvo que obren o se aporten a la causa elementos externos (del centro penitenciario, de los centros de atención a drogodependientes, etc.) que lo hagan necesario. En este mismo sentido se pronuncia DE ELENA MURILLO, quien sostiene que el informe del Médico Forense fue declarado preceptivo por la LO 15/2003,

> *"no se entiende la renuncia y el abandono de la labor de imparcial vigilancia que venía ejerciendo la institución forense a la hora de tan importante decisión, que se deja ahora en manos de centros o servicios, públicos o privados, ajenos a la esfera judicial".*[3]

Hubiera sido conveniente, en mi opinión, que fuera el centro, público o privado el que tuviera la obligación de informar del desarrollo del tratamiento y no que el órgano judicial tenga que verificar su desarrollo. Piénsese en la repercusión que tendría que el reo haya abandonado el tratamiento y el órgano judicial desconozca tal circunstancia al no tener el centro la obligación de comunicar tal incidencia.

La suspensión extraordinaria por drogadicción requiere, por tanto, la acreditación de la deshabituación del sujeto o la continuidad del tratamiento de deshabituación, no solo su participación como si es permitido en el art. 83.1. 7ª CP. Exige su finalización, sin que el hecho de una recaída se considere abandono, siempre que no suponga un abandono definitivo del tratamiento, pues de lo contrario daría lugar a la revocación de la suspensión.

Como novedad, cabe igualmente destacar, que no se hace referencia a la reincidencia, que sí contenía la redacción anterior,

> *"En el supuesto de que el condenado reincidente, el Juez o Tribunal valorizará por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor".*[4]

Destacar que se abre la posibilidad de permitir que, en penas de prisión superiores a los cinco años, se imponga conjuntamente pena y medida se seguridad, de tal forma que una vez cumplida una parte de la pena con posterior ingreso en centro de deshabituación, si el periodo ya cumplido alcanza el tiempo suficiente como para que el penado pueda acceder a la libertad condicional, se suspendería el resto de la pena cuando ésta fuese innecesaria para el éxito del tratamiento. Lo cual entronca directamente con el tratamiento actual de la justicia restaurativa y terapéutica que para

[3] DE ELENA MURILLO, V. Formación a Distancia, 2, 2016, p.20.
[4] Base de datos CENDOJ. Consejo General del Poder Judicial.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI otorga al órgano de enjuiciamiento la posibilidad de articular, con mentalidad multidisciplinar, recursos terapéuticos,[5]

> *"para ello adopta, en cada caso, los remedios previstos legalmente que, por una parte, posibilitan el tratamiento facultativo, y por otra, dinamizan los servicios sociales de apoyo y control. En concreto, se sostiene que los jueces tratan de resolver el caso judicial actuando sobre el problema que los produce a través de actuaciones complementarias de diversa índole como:*
>
> – *Conectando a los penados con los recursos comunitarios existentes.*
> – *Motivándoles, a través de un uso creativo de la autoridad, a aceptar un tratamiento o seguir un proceso formativo o rehabilitador, fijando un marco de compromiso conductual y controlando su cumplimiento."*

De lo anterior y compartiendo el criterio mantenido por PUENTE SEGURA, cabe colegir que la suspensión extraordinaria comparte con la ordinaria su finalidad de prevención especial, orientado a lograr la rehabilitación de los penados, aunque flexibilizando las exigencias y condiciones para su concesión,[6]

> *"que suprimido o en trance de desaparecer el factor crimógeno, igualmente la rehabilitación social del penado y sus posibilidades de acomodar su futura conducta al ordenamiento jurídico, resultan objetivos de mucho más fácil logro si se suspende la pena impuesta en lugar de entorpecer con su ejecución el proceso rehabilitador ya emprendido".*

No obstante, dicha flexibilización no es ilimitada. Buen ejemplo son las dudas en surgidas en el encuentro de magistrados de secciones penales de las audiencias provinciales que llevó a plantear si cabría conceder la suspensión a quien tiene varias penas de menos de cinco años pero que suman más de 5 por remisión del art. 80.3 que hace referencia a penas "individualmente consideradas" mediante una aplicación analógica. Tal y como expuso PÉREZ APARICIO,[7]

> *"el grupo de magistrados no se aventuró a dar una respuesta".*

Entiendo, que ello sería contrario al espíritu de la ley, pues con la nueva redacción se instaura un sistema aplicable con carácter general a penas de corta duración, no superiores a dos años, salvo supuestos excepcionales, así en el art. 80.3 se permite la suspensión de penas que superen los dos años, pero valorando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y en particular el esfuerzo para reparar el daño, circunstancias estas no previstas para el caso de penas conjunta o separadamente superiores a cinco años por causa de drogadicción. Pues, por su propia

[5] SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. Cuadernos Digitales de Formación. 36, 2012, p.2.
[6] PUENTE SEGURA, L. Suspensión y sustitución de las penas. 2009, p.108.
[7] PÉREZ APARICIO, V. Cuadernos Digitales de Formación. 28, 2017, p.8.

naturaleza, las penas superiores a cinco años tienen la consideración de penas graves de conformidad con lo dispuesto en el art. 33.2 b) del CP.

Por último, en este apartado me gustaría abordar una cuestión sin duda recurrente y objeto de numerosas resoluciones judiciales, cual es la necesidad o no de que se declare en sentencia la relación funcional entre el delito y la adicción, o si es posible su acreditación de este requisito en ejecución de sentencia si en la sentencia no se ha apreciado o se haya omitido pronunciamiento alguno o incluso si se hubiera rechazado.

Entiendo que quedaría expedita la posibilidad de acreditar la dependencia al consumo de las sustancias mencionadas en el art. 20.2 del CP bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, cuando se haya hecho constar la relación de causalidad entre la dependencia al consumo de las mencionadas sustancias y el delito cometido por el que se impuso la pena cuya ejecución se pretende suspender. Así lo señala la STS de 28 de marzo de 2000.[8] Aun cuando en el juicio oral no se hubiera practicado prueba ni hubiera sido cuestión debatida la dependencia a tales sustancias, si la relación de causalidad hubiera quedado acreditada podría suspenderse la pena de prisión en fase de ejecución sin que ello vulnerara el principio de cosa juzgada material ni la firmeza de la Sentencia.

Resultando por tanto de plena aplicación la doctrina del Tribunal Supremo, referida al derogado art. 87 del CP, plasmada en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 1287/2009, de 22 de diciembre:

> *"... la única ventaja para el acusado en caso de apreciación de la atenuante la hace residir en la aplicación del art. 87 del CP en ejecución de sentencia. Sobre este particular hemos de afirmar que tal beneficio en la ejecución de la pena no se supedita a la apreciación de la atenuante de drogodependencia en la sentencia condenatoria, bastando que el hecho se hubiera cometido a causa de su dependencia a las sustancias referidas en el n.º 2 del art. 20 CP, situación que deberá resolverse en el trámite de ejecución.*
>
> *Sobre esta hipótesis, ya se pronunció la Fiscalía del Tribunal Supremo (Consulta 4/1999 de 17 de septiembre, seguida de otra posterior 1/2005 de 31 de marzo) criterio interpretativo corroborado por la sentencia del T. Constitucional n.º 222/2007 de 8 de octubre -como nos recuerda el Fiscal- y por esta Sala de casación, S.T.S. n.º 546/2007 de 12 de junio.*
>
> *Conforme a tal doctrina se pueden producir los supuestos que el Fiscal apunta:*
>
> *a) que se recoja en la sentencia la atenuante de drogodependencia en cuyo caso habrá que partir de tal dato en ejecución sin posibilidad de ser revisado.*

[8] DE ELENA MURILLO, V. Formación a Distancia, 2, 2016, p. 21.

b) que después de practicada prueba sobre la atenuación se efectúen los siguientes pronunciamientos:

- la no adicción del sujeto a las sustancias del art. 20-2º.

- reconocimiento de su adicción, pero no acreditamiento de su influencia o relación con el delito cometido.

En este caso tampoco será posible la práctica de nuevas pruebas en ejecución de sentencia y se deberá partir de esos pronunciamientos, todo ello por el respeto a la cosa juzgada material.

c) si finalmente en juicio no se practicó prueba alguna, ni se debatió la cuestión, ante la falta de pronunciamiento de la sentencia, no impedirá que en el trámite de "audiencia de las partes" contemplado en el art. 87 puedan éstas solicitar o aportar las pruebas necesarias para acreditar que la condición de drogadicto fue determinante para la comisión del delito, con el que se hallaba en una relación teleológica".[9]

En este sentido se pronuncia el reciente auto de la AP de Valladolid de 11 de enero de 2019:

"*Por tanto, cabe concluir que no basta para resolver favorablemente sobre la suspensión que el condenado padezca una adicción a estas sustancias, pues resultaría un privilegio injustificado, un trato privilegiado de unos enfermos frente a otros cualquiera. Siendo preciso, por tanto, que el delito hubiera sido cometido, por el que se impuso la pena cuya ejecución se pretende quede en suspenso, precisamente, "a causa" de su dependencia a esta clase de sustancias. Aplicando estos razonamientos jurídicos al supuesto de autos, una simple lectura de la resolución dictada por el Juez a quo denegando la suspensión de la ejecución de la pena impuesta al recurrente, evidencian que los motivos expuestos por el Juez de instancia resultan absolutamente justificados en Derecho, esto es, hallan apoyo legal en el ordenamiento jurídico penal y en especial en los fines de la pena y en la efectividad del sistema penal. Así el art. 80.5 del Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777), establece la posibilidad de acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años, cuando "los penados hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las sustancias señaladas en el art. 20.2", siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acredita u homologado, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

En el presente caso, no se ha apreciado ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal derivada del consumo de alcohol, por lo que no se ha acreditado la posible influencia de la adicción a tal sustancia en la comisión de los hechos".[10]

El plazo de suspensión es mayor frente al resto de los supuestos de suspensión de la pena, se eleva desde los tres a los cinco años, lo que entiendo justificado por lo elevado de la pena de prisión suspendida, debiendo quedar fijada su duración en la sentencia o en la resolución en la que se dicte, sin que las recaídas, como ya se dijo, sean motivo bastante como para revocar la suspensión, siempre que ello no suponga un abandono definitivo.

[9] Base de datos CENDOJ. Consejo General del Poder Judicial.
[10] Base de datos CENDOJ. Consejo General del Poder Judicial.

III. LA INFLUENCIA DE LA SUSPENSIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN EN LA VÍCTIMA DEL DELITO.

El art. 82.1 del CP dispone que,

> *"El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena".*[11]

La reforma operada por la LO 1/15 aunque supone una mejora técnica respecto del tratamiento anterior, al imponer al órgano judicial el deber de resolver en sentencia sobre la suspensión de la ejecución cuando el caso enjuiciado permita plantear dicha posibilidad, remitiéndolo a un momento posterior sólo cuando ello no sea posible, previa audiencia a las partes, y aplicando igualmente dicho trámite de audiencia a supuestos de modificación o revocación de la suspensión(salvo casos de riesgo de fuga o riesgo para la vida o integridad física de la víctima del delito o reiteración delito), parece haber olvidado a la víctima.

El precepto omite la referencia a la previa audiencia a las partes, y más en concreto a la víctima antes de acordar la suspensión en sentencia, lo que hace que autores como DE ELENA MURILLO, se planteen una posible contradicción con lo previsto en el art. 13 de la Ley de Estatuto de la víctima (LEVID). Pues, ¿qué ocurre cuando la víctima no está personada? ¿Qué ocurre en los supuestos de sentencia por conformidad, en los que no es oída la víctima? ¿En estos supuestos la víctima no podría facilitar al juez o tribunal información sobre la situación devenida desde la comisión de los hechos en relación a la responsabilidades civiles o comiso acordado, o las circunstancias que conozca sobre que pudieran obstar a conceder el beneficio de la suspensión por vía del art. 80?5 CP.[12]

En el art. 80.6 del CP se dice expresamente que,

> *"En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querella del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la pena".*[13]

Entiendo, que, en los supuestos fuera de los previstos en el precepto transcrito o en que no esté personada la víctima debe ser una obligación del órgano judicial

[11] Base de datos CENDOJ. Consejo General del Poder Judicial.
[12] DE ELENA MURILLO, V. Formación a Distancia, 2, 2016, p. 22.
[13] Base de datos CENDOJ. Consejo General del Poder Judicial.

concederle audiencia, y ello por una interpretación conjunta de ambos preceptos del Código Penal y su congruencia con la protección que el Estatuto de la Víctima pretende otorgarle no solo en las fases intermedias del proceso sino en fase de ejecución de las penas. Así cabría concluir la necesidad de su audiencia en los casos en los que no esté personada en los supuestos como los delitos contra la libertad sexual a que se refiere el art. 191 CP (agresiones, acoso o abusos sexuales) en que la querella (si la víctima es mayor de edad) o la denuncia (si la víctima es menor de edad), puede ser presentada por el Ministerio Fiscal, es decir, que para acordar sobre la concesión de la suspensión en estos delitos sólo perseguibles a instancia de parte el ofendido deberá ser siempre oído, aunque sea a través de su representante legal, aun cuando no tenga la condición de parte en el proceso por haber sido el Ministerio Fiscal quien ha ejercitado la acción penal. Lo mismo puede decirse, respecto de otro caso muy frecuente como es la condena por abandono de familia (impago de pensiones) en que la víctima no se ha constituido como parte, entre otros.

En este mismo sentido se pronuncia DE ELENA MURILLO al entender que la audiencia a las partes deriva de una interpretación sistemática del art. 787. 6 de la LECr y 68 de la LO del Tribunal del Jurado.[14]

El artículo 787.6 LECr establece que,

> *"La sentencia de conformidad se dictará oralmente y documentará conforme a lo previsto en el apartado 2 del art. 789, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta".*[13]

En el ámbito del procedimiento del Tribunal de Jurado, para el caso de que el veredicto de jurado sea de culpabilidad, el art. 68 LOTJ establece que:

> *"se concederá la palabra al Ministerio Fiscal y a las demás partes para que, por su orden, informen sobre la pena o medidas que debe imponerse a cada uno de los declarados culpables y sobre la responsabilidad civil. El informe se referirá, además, a la concurrencia de los presupuestos legales de la aplicación de los beneficios de remisión condicional, si el Jurado hubiese emitido un criterio favorable a ésta".*

En este sentido, la STC 248/2004, de 20 de diciembre, ya declaró que el objeto del incidente de ejecución de sentencia es independiente del objeto del proceso penal que finaliza con la sentencia condenatoria, valorándose en él cuestiones que son objeto de debate procesal en el mismo, ajenas a la pretensión punitiva del Estado. Igualmente

[14] DE ELENA MURILLO, V. Formación a Distancia, 2, 2016, p.25.

señaló que la audiencia a las partes constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE), siendo dicha exigencia tanto más relevante en un caso como el presente en el que lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en centro penitenciario.

Finalmente, tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito el pasado 28 de octubre de 2015, que establece en su artículo que aun cuando las víctimas no estuvieran personadas, podrán comparecer y facilitar al juez o tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado, parece ineludible la necesidad de dicha audiencia. Si no existe audiencia específica, es posible que la víctima no pueda plantear debidamente las circunstancias que conozca que pudieran obstar a conceder el beneficio de la suspensión por vía del art. 80.5 CP.

El art. 13 de la LEVID introduce por primera vez la participación de la víctima en esta fase final del proceso penal permitiéndole facilitar al juez o tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles o el comiso acordado. Por lo que de no dársele audiencia se estaría impidiendo que pudiera poner en conocimiento del órgano judicial determinadas circunstancias relevantes que pudieran obstar a conceder tal privilegiado beneficio, pues dicha decisión puede afectar a su seguridad por lo que es preciso que la víctima pueda interesar haya sido parte o no en el procedimiento las medidas necesarias para garantizar su seguridad o que se impongan al liberado las condiciones según las circunstancias personales del reo.

Este protagonismo activo, supone como ya he tenido oportunidad de expresarlo anteriormente y en otros trabajos, un salto cualitativo considerable frente a la legislación precedente pero no por ello debemos olvidar que la ejecución penal debe formar parte exclusivamente del ius puniendi del Estado en que sin duda los poderes públicos velarán por el estricto cumplimiento de la legalidad, pasando en esta fase del proceso la víctima de una participación activa a una pasiva en que aun debiendo ser informada de cuantos acontecimientos surjan en la aplicación de la pena, esta no debiera interferir de forma activa en su cumplimiento, y ello, aunque pueda o deba ser informada.

Pues entiendo que en fase de ejecución no debiera influir en su cumplimiento por contravención de lo dispuesto en el art. 25 de la Constitución, por cuanto la finalidad de las penas debe estar orientada a la reeducación y reinserción social, siendo en la fase previa a la sentencia cuando de forma directa a través de su personación o de su representante legal o mediante el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal la víctima pueda tener plena intervención y ser oída a los efectos de una posible suspensión de la pena impuesta.

Ya que no debemos olvidar que este supuesto de suspensión es de naturaleza extraordinaria y en la que ya se han de dejado de exigir los requisitos contenidos en el apartado 1 y 2 del art. 80, elevándose hasta los cinco los años en que la prisión puede ser suspendida.

IV. CONCLUSIÓN

Todo lo anteriormente expuesto me lleva a colegir que efectivamente en materia de suspensión de la pena de prisión, la reforma introducida por la LO 1/2015 ha supuesto una mejora en cuanto a su tramitación y adopción, minimizando las posibles dilaciones en perjuicio del reo, garantizándose el derecho de las víctimas para que puedan ser oídas con carácter previo a la resolución en cuanto a la suspensión pero sin que este derecho pueda ver afectada la normal evolución en la fase final del procedimiento. Y ello, por entender, que, si en el debate judicial se sustancian cuestiones que exceden del ius puniendi del estado, en la fase de ejecución de sentencia éste debe ser el fin último de la norma, quedando únicamente sujeta su aplicación al principio de legalidad y al fin constitucionalmente previsto en el art. 25 de la CE, reeducación y reinserción social.

Y aun mostrándome partidaria de la justicia restaurativa y la mediación penal, entiendo que en los delitos cometidos a causa de la drogadicción en que la víctima lo fuere por delitos contra su vida o integridad física de forma directa o aun indirectamente se hubiera visto ésta afectada, la posibilidad de ser oída con carácter previo a la resolución en que se adopte de forma definitiva sobre la forma en que se ha de cumplir la pena por el delito cometido debe constituir una premisa insoslayable del sistema punitivo, estabilizando de esta forma el sistema normativo. De tal forma que la elección del modelo de ejecución idóneo constituye en mi opinión unos de los principales desafíos del sistema penal.

De tal forma que la suspensión de la pena privativa de libertad en delitos castigados con pena de prisión de hasta cinco años en los que la víctima pueda ver afectada su vida o integridad física solo resultaría legítimamente aceptada cuando se constituya como remedio jurídico y se satisfaga una adecuada protección a la víctima a través de la neutralización del riesgo que para ella pueda suponer esa resolución judicial y se garantice igualmente la reintegración social del condenado, con una real disminución del riesgo de reiteración delictiva y, una vez cumplida dicha función terapéutica, se logre la remisión definitiva de la pena. Sólo en dichos supuestos se habrá cumplido la función sustitutiva de la pena privativa de libertad.

BIBLIOGRAFÍA

Base de datos CENDOJ. Consejo General del Poder Judicial.

DE ELENA MURILLO, V. Últimas reformas penales. Formación a Distancia, 2, 2016.

PÉREZ APARICIO, V. Encuentro entre Magistrados de secciones penales de las Audiencias Provinciales con jueces y magistrados del orden penal. Cuadernos Digitales de Formación, 28, 2017.

PUENTE SEGURA, L. Suspensión y sustitución de las penas. Editorial La Ley. Madrid. 2009.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos. IX Jornadas de Derecho penal en homenaje a José María Lidón. Cuadernos Digitales de Formación. 36. 2012.

* * * * * *

María Teresa Franco Serrano

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.
Socia de la FICP.

~La prohibición de aproximarse / comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal~

Sumario.- I.- Introducción; II.- Momento de inicio de cumplimiento de la pena. Distintos supuestos que pueden darse; III.- Cumplimiento, ¿simultaneo o sucesivo?; IV.- Incidencias durante el cumplimiento. Requerimientos personales y comparecencias. Intervención de entidades colaborativas; V.- Posibilidad de fraccionar o suspender estas penas. Especial referencia a las prohibiciones de aproximarse cuando la víctima (de violencia de género) lo solicita; VI.- Compensación de medidas cautelares con penas impuestas en sentencia. Criterios compensatorios con penas privativas de libertad; VII.- Prescripción; Bibliografía.

Resumen.- El presente trabajo aborda la regulación de la pena de prohibición de aproximación y de comunicación con la víctima o aquellos de sus familiares o de terceras personas que determine el juez, examinando su naturaleza, los avances legislativos introducidos en su tratamiento. Abordando las distintas incidencias que puedan presentarse durante la ejecución de la pena.

I. INTRODUCCIÓN.

El título del presente trabajo se encuentra regulado por el artículo (art.) 48.2 del Código Penal (CP), se añadió a nuestro compendio sancionador según la Ley Orgánica (LO) 11/1999, de 30 de abril, siendo la LO 14/1999, de 9 de junio, la que ha procedido a regularla de forma independiente y la ha dotado de contenido propio[1].

Se trata de una figura cuya regulación ha sido objeto de sensibles modificaciones desde el texto original del CP de 1995. La relevante reforma producida en la LO 15/2003 se traduce en una elevación de la duración máxima de estas penas; diferenciando la extensión que corresponde a delitos graves y menos graves (hasta diez o cinco años); estableciendo la regulación de su cumplimiento simultáneo con la pena de prisión; sistematizando como modalidades de pena privativa de derechos de las distintas clases de prohibición (residencia, aproximación, comunicación) y modificando su tradicional carácter facultativo, debiendo imponerse preceptivamente en algunos casos. La LO 1/2004 de 28 de diciembre sobre Violencia de Género, también afecta indirectamente a este tipo de medidas, en particular al dar un tratamiento especial al quebrantamiento de las penas impuestas en el art. 48 del CP (art. 468) y exigiendo la imposición obligatoria de la medida.

[1] PÉREZ RIVAS, N. Ius et Praxis, 22- 2, 2016, p.1.

A lo largo de este trabajo analizaremos algunos de los problemas que la aplicación de estas prohibiciones conlleva, en especial su coexistencia con las penas de prisión, su imperativa aplicación en supuestos como los de Violencia de Género, compensación y extensión a sujetos que ya no pretenden tal previsión, incidencias en su cumplimiento, examinando por último la prescripción de la pena.

La discusión teórica sobre la naturaleza jurídica de la medida de alejamiento viene ya de antiguo, por el TS en Sentencia de 11 de marzo de 2004 abonaba la tesis favorable a su tratamiento como medida de seguridad. En la referida sentencia se parte de la ubicación sistemática del art. 57 del CP vigente entre las penas accesorias[2].

Nuestro legislador ha regulado la pena como de carácter accesorio. Aunque, las opiniones doctrinales siguen estando enfrentadas. Una corriente de opinión, habla de una pena accesoria impropia o atípica, consecuencia de su accesoriedad en relación a determinados delitos y no a determinadas sanciones, en tanto que su duración no está vinculada a la pena principal y, por último, siendo su imposición facultativa, salvo en los supuestos de delitos de violencia familiar y de género, en los que su imposición es obligatoria.

Otros, la califican en cambio, como una pena principal adicional a las penas previstas para los delitos comprendidos en el artículo 57.1 CP y que presentan la peculiaridad de que se regulan exclusivamente en la parte general del texto punitivo[3].

Con la prohibición de aproximación se restringe el acercamiento a determinadas personas, independientemente del lugar donde se encuentren, prohibiéndose así mismo acercarse al domicilio de esas personas, sus lugares de trabajo y cualquier otro que frecuenten, aunque las mismas no se encuentren en estos lugares. Su contenido es, por tanto, doble, apuntando a un aseguramiento de tipo personal en la primera modalidad, y a otro de carácter locativo, en la segunda. Para PÉREZ RIVAS[4] *"el grado de protección que esta pena dispensa a las víctimas es más amplio que el que ofrece la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, abarca tanto a la persona como al lugar o lugares donde se encuentre, dotando a la víctima de una mayor libertad y seguridad"*.

[2] MOTA BELLO, J.F. Cuadernos de Derecho Judicial. 4, 2005, p.4.
[3] MOTA BELLO, J.F. Cuadernos de Derecho Judicial. 4, 2005, p.4.
[4] PÉREZ RIVAS, N. Ius et Praxis, 22-2, 2016, p.3.

Dicha prohibición podrá hacerse extensiva tanto a la víctima como a sus hijos y descendientes. En cuyo caso se suspenderá el régimen de visitas y comunicaciones que se hubiera establecido en vía civil. Consecuencia que no siempre consecuencia necesaria de la extensión de la pena, pues compartiendo la posición defendida por la Circular 2/2004 de la Fiscalía general del Estado, su imposición es solo potestativa.

Entiendo, que, si existiera riesgo tanto para la propia víctima como para sus hijos, se podría acordar también la prohibición de aproximarse a éstos. Además, este tipo de medidas que afecten a los hijos, deberán adoptarse respetando los derechos reconocidos en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, "*estableciendo derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento judicial que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social".* De tal forma que será la gravedad del delito y la peligrosidad del delincuente la que determinará la necesidad de la extensión de dicha medida a los familiares. Siendo que la suspensión del régimen de visitas solo resultaría procedente cuando la gravedad del hecho, el riesgo para los menores, impidan su desarrollo a través de los Puntos de Encuentro Familiar, que constituye un medio apto y seguro para mantener la relación con los hijos sin tener que suspender las visitas, garantizándose de este modo de un lado la relación paternofilial, sin que se incumpla la prohibición de aproximación ni se ponga en riesgo la seguridad de la víctima[5].

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de relieve el carácter tuitivo de dichas prohibiciones, ya sea como pena accesoria o como medida de seguridad, teniendo como objetivo el neutralizar posibles ataques a las víctimas, así como posibles rencuentros con su agresor. En esta línea, MAGRO SERVET considera, que la pena de alejamiento *"está más cualificada como una protección hacia la víctima que como una limitación real al penado, ya que en teoría es de fácil cumplimiento,* abogando MARTÍNEZ PARDO incluso, *"para que en los delitos de violencia de género no se reduzca en un tercio dicha pena accesoria en los supuestos de conformidad, al referirse a una pena de carácter proteccionista de la víctima."*[6] Opinión que no comparto, pues no cabe realizar interpretaciones legales contra reo, y realmente estas prohibiciones constituyen penas, y suponen un cumplimiento gravoso para el penado cuando comportan la salida del domicilio, por lo que a efectos del art. 801 LECrim, deben ser

[5] MOTA BELLO, J.F. Cuadernos de Derecho Judicial. 4, 2005, p.7.

[6] CUETO MORENO, C. Consideraciones sobre la naturaleza y fundamentos de las prohibiciones de aproximación y comunicación. 2017, pp. 115 y ss.

valoradas como pena y el penado debe verse beneficiado de la reducción del tercio de la condena.

Finalidad tuitiva que destaca igualmente en la imposición con carácter obligatorio de las referidas prohibiciones como reglas de conducta en los supuestos de suspensión tras la reforma operada en el CP por la LO 1/2015 y, antes de la reforma, a través de la sustitución de las penas privativas de libertad, respecto de los delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género, compatibilizándose así la resocialización del condenado con la disminución del riesgo que, la concesión de dichos beneficios puede comportar para la víctima. Pues en muchas ocasiones y sobre todo en delitos de violencia de género las víctimas no tratan tanto de obtener una pena para su agresor, sino la evitación de nuevas agresiones.

Así, MONTALBÁN HUERTAS indica, *"que la redacción del art. 544 bis de la LECrim pone de manifiesto que el interés protegido por las órdenes de alejamiento, no es otro que el interés de la víctima y más específicamente, el derecho a no sufrir nuevos ataques contra su dignidad personal o integridad física, aludiendo a un derecho de la víctima a ser protegida por las instituciones"*[6], de esta manera, se prioriza el objetivo de proteger a la víctima desde el inicio de las actuaciones penales, y constituyendo el fundamento de dichas medidas cautelares, al evitar que el agresor pueda interferir en el desarrollo de la vida personal, social y laboral de la persona perjudicada.

II. MOMENTO DE INICIO DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA. DISTINTOS SUPUESTOS QUE PUEDEN DARSE.

Su configuración, si se entiende como pena accesoria "impropia" tiene efectos en cuanto a su duración. Conforme al artículo 33.6 CP, *"la duración de las penas accesorias se corresponderá con la de la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos del CP"*. Este precepto posibilita para que la pena de prohibición de aproximarse, pueda disponer de una duración independiente a la de la pena principal. Así el artículo 40.3 CP establece que su duración máxima será de 10 años. En lo referente a la duración, los límites mínimos y máximos serán graduados en función de la gravedad de la infracción penal cometida.

Así, y atendiendo al art. 33.2.i del CP, *"si la prohibición de aproximarse se impone por la comisión de un delito grave, su duración comprenderá desde los cinco a los diez años"*; art.33.3.h del CP *"si se impone por la comisión de un delito menos*

grave, ésta será de entre seis meses a cinco años"; en tanto que según el art.33.4.e del CP *"si se impone por la comisión de un delito leve, su duración mínima es de un mes y la máxima de seis meses".*

"De acordar el juez o el tribunal su imposición conjunta con la pena de prisión, lo hará por un tiempo superior al de la duración de aquélla en los marcos temporales señalados" (art. 57.1 CP). La finalidad de la medida es introducida por la LO 15/2003 e inspirada en la reforma y art. 579.2 del CP, así como por la propia LO 7/2000, que es evitar que, en el caso de que la pena de prisión tenga una duración superior a la de la prohibición de aproximarse, ésta pierda toda virtualidad.

El cumplimiento de la pena será, no solo sucesivo sino simultáneo a la pena de prisión, y la finalidad es, evitar que durante los períodos de excarcelación (permisos de salida, tercer grado del régimen penitenciario o libertad condicional), el acusado pueda violentar de algún modo a la víctima, permitiendo de este modo encajar su ejecución en el sistema progresivo de cumplimiento de la pena.

> *Así, al no depender la duración de la pena accesoria, sino de la duración de la pena principal, puede suceder, que una vez cumplida ésta, todavía permanezca vigente la prohibición como pena accesoria.*[7]

III. CUMPLIMIENTO, ¿SIMULTÁNEO O SUCESIVO?

El CP, en su art. 57.1 párrafo 2º, pretende hacer efectivas estas prohibiciones durante el tiempo de cumplimiento de la condena de prisión y su extensión más allá del tiempo efectivo de cumplimiento de la pena privativa de libertad. Cierto es que en los precedentes jurisprudenciales ya se venía dando solución a esta problemática, al menos en lo que afectaba a las prohibiciones de residencia o de aproximación, medidas que se ejecutaban al producirse la excarcelación del reo. Este criterio, se había elaborado con relación a las prohibiciones de aproximación a lugares o a personas. Así, por ejemplo, en un homicidio doloso la pena podrá alcanzar los quince años de duración de la pena de prisión, más diez de cualquiera de las prohibiciones. De tal forma que, durante los permisos penitenciarios, libertad condicional, la víctima y sus familiares a quienes el juez hubiera extendido su prohibición, le estaría prohibido su aproximación, lo cual debe resultar igualmente aplicable a la prohibición de comunicación aun cuando esta limitación no sea necesariamente una consecuencia natural de la pena de prisión.

[7] PÉREZ RIVAS, N. Ius et Praxis, 22-2, 2016, p.5.

Para ilustrar la afirmación, de que la justicia muchos años antes aplicaba el incremento penológico, bastará citar la STS de 10 de mayo de 1994: "*Finalmente, es de tener en cuenta también que, incluso, en el ámbito penal la acusación particular solicitó la aplicación de lo dispuesto en el art. 67 del CP (v. antecedentes de hecho 4), y el Tribunal de instancia impuso al condenado; la prohibición... de volver al término municipal de Bollullos del Condado durante el tiempo de la condena y seis años más, incluso durante los permisos carcelarios y períodos de estancia en establecimiento abierto o libertad condicional (v. Fallo de la sentencia recurrida)".*[8]

Problemática que puede ser también en cuanto a la fijación del tiempo de duración mínima de estas penas. El CP, en la actual redacción del art. 40.3. se limita a señalar que *"la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas, o de comunicarse con ellas, tendrá una duración de un mes a 10 años"*

Dicho artículo, concreta en un mes el límite inferior para la prohibición de aproximación y comunicación a diferencia del texto original de 1995, no fija límite inferior para la prohibición de residencia y se concreta en un mes para la de aproximación o de comunicación. En la redacción anterior a la reforma de 2003, la pena, en todas sus modalidades, debía discurrir entre los seis meses y los cinco años cuando se imponían por delito, sin distinción entre graves y menos graves. Entiendo que con la nueva reforma se ha reducido en exceso la duración de la pena, considerando que al igual que para la pena de prohibición de residencia el mínimo debiera ser de seis meses, y ello por entender que la duración de un mes es un periodo tan corto de tiempo que impediría durante su exigua vigencia cumplir la finalidad tuitiva o resocializadora mencionada.

Es el propio art. 57 del CP el que dispone que *"cuando la accesoria se impone con una pena de prisión la duración de estas penas accesorias tendrán unos tiempos de duración (de 1 a 10 años para los delitos graves y 1 a 5 años para los menos graves)".*

Dichas penas conforme el art. 33 del CP, se consideran graves cuando superan los cinco años de duración (2. g, h, I), menos graves las que se impongan por un tiempo de seis meses a cinco años y, por último, como penas leves se fija un tiempo superior común de seis meses, un inferior de un mes para las prohibiciones de aproximación y comunicación, ninguno para la restricción de residencia.

[8] PÉREZ RIVAS, N. Ius et Praxis, 22-2, 2016, p.13.

IV. INCIDENCIAS DURANTE EL CUMPLIMIENTO. REQUERIMIENTOS PERSONALES Y COMPARECENCIAS. INTERVENCIÓN DE ENTIDADES COLABORATIVAS.

Durante el cumplimiento de la pena de prohibición de aproximación y comunicación pueden tener lugar distintas incidencias que pueden afectar a la situación personal, tanto de víctima como de agresor. Siguiendo el orden del tema haré referencia a los requerimientos personales y a las consecuencias jurídicas de las incomparecencias del penado. Abordando por último la función de las entidades colaborativas en el control del cumplimiento de las penas de alejamiento.

El inicio del cumplimiento de una pena de alejamiento y comunicación comienza con el requerimiento al penado, no con la firmeza de la resolución judicial. De tal modo que, si el penado no es requerido para su cumplimiento, no podría incurrir en un delito de quebrantamiento de pena del art.468.2 del CP. En este sentido se pronuncia la AP de Jaén Sección 3ª en auto de 20 de enero de 2020 el exigir como elemento normativo del tipo que "la condena o medida haya sido impuesta por juez competente y sea ejecutiva (SS.T.S. 6 de junio de 1998 R.J. 1998, 4475; AP. de Segovia en S. de 15 de febrero de 1993; AP. de Guadalajara en S. de 9 de septiembre de 1996 y las de esta AP. Sección 1ª de 2 de abril de 1998, 24 de marzo de 2000 y de esta Sección 3ª de 1 de marzo de 2002, 1 de marzo de 2003 y 14 de septiembre de 2005, entre otras). Este delito se consuma en el momento en que se infringe conscientemente la prohibición impuesta (S.T.S. 5 de mayo de 2003 R.J. 2003/3877)".[9]

Las posibles incomparecencias del penado pueden dar lugar a la adopción de medidas gravosas para su persona, no solo por el riesgo para la víctima, factor esencial para su adopción, sino por denotar una absoluta indiferencia al llamamiento judicial y al cumplimiento de un deber u obligación, una falta de conciencia de la vida en sociedad. De entre las medidas que el Juzgado Sentenciador puede adoptar, cabe destacar la búsqueda, detención y presentación, e incluso su ingreso en prisión. Así, la AP de Madrid Sección Vigésimo Séptima en auto 21 de julio de 2017 confirma la prisión acordada por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer ante las numerosas incomparecencias (del acusado/penado).

[9] Base de datos CENDOJ. Consejo General del Poder Judicial.

Para el seguimiento del cumplimiento de las penas de alejamiento la Autoridad Judicial puede acordar que su control se realice a través de dispositivos de control telemático cuando la gravedad de los hechos o sus circunstancias lo aconsejen, de conformidad con los protocolos de actuación a tal efecto suscritos para su implementación tanto a nivel penal como penitenciario. El control telemático proporciona la información actualizada y permanente sobre las incidencias que afectan al cumplimiento o el incumplimiento de las medidas o penas, así como de las posibles incidencias, tanto accidentales como provocadas, en el funcionamiento de los dispositivos electrónicos utilizados. Este sistema busca tres consecuencias básicas:

- Hacer efectivo el derecho de la víctima a su seguridad y contribuir a su recuperación.
- Documentar el posible quebrantamiento de la medida o pena de prohibición de aproximación impuesta, ya que el Sistema proporciona información actualizada y permanente de las incidencias que afecten al cumplimiento o incumplimiento de las medidas o penas impuestas, así como de las posibles incidencias, tanto accidentales como provocadas, en el funcionamiento de los elementos del Sistema utilizados.
- Y, lo más importante a efectos prácticos, disuadir al inculpado/condenado, "*El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad tiene contratada la prestación del servicio del Sistema de Seguimiento con una empresa privada, que es la encargada de realizar las tareas relacionadas con la monitorización, operación e instalación de los dispositivos del Sistema de Seguimiento y control de las alarmas. Estas tareas son desarrolladas por el Centro de Control* COMETA*, que es el que se relaciona con los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El centro de control está operativo las 24 horas del día los 365 días del año*".[10]

POLLOS CALVO pone de manifiesto que, *"…en el ámbito judicial, que, al margen del ámbito penitenciario, para controlar y hacer cumplir las medidas cautelares (órdenes de alejamiento) o penas de prohibición de aproximación a la víctima en los casos de violencia de género que ordena la autoridad judicial, ésta puede determinar que se lleve a cabo mediante la instalación de dispositivos telemáticos y «brazaletes»*

[10] Violencia de Género e Igualdad. gob.es.

que avisarán a la víctima si el agresor se acerca a ella. La empresa privada Centro Control COMETA contratada desde hace años por la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género (…) ofrece los servicios de monitorización, operación e instalación de estos dispositivos del Sistema de Seguimiento y control de las alarmas. El Centro Control se relaciona con los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, estando operativo las 24 horas del día los 365 días del año".[11]

Su efectividad en el control y seguimiento de las penas y medidas acordadas judicialmente es innegable, erigiéndose de este modo en un mecanismo efectivo en la lucha contra la criminalidad en un ámbito tan delicado como la violencia de género y dando lugar a través de sus registros a la incoación de numerosos juicos por quebrantamiento. Así:

> "*La denunciante ha ratificado su denuncia, teme por su vida, no solo le ha pitado el dispositivo, según llamada del centro de Control Cometa el día 15/03/2020 donde le relatan que estaba situado a una distancia inferior a 52 metros, si no que desde que se le instalo el dispositivo telemático, este le ha saltado en reiteradas ocasiones, tanto es así que este juzgado de en funciones de guardia, conoció de un Juicio Rápido con motivo del atestado 5265/20 con concluyo con sentencia n.º 32/20 de fecha 9/03/2020 dictada por el Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º 2 de Murcia, por la que se condena al investigado por un delito de quebrantamiento de condena, sabedor la prohibición de aproximación el día 6/03/2020 la llamó por teléfono y le mando mensajes*". AP, Murcia Penal sección 3 del 04 de junio de 2020.[12]

En otras ocasiones, pero igualmente relevante, es la acreditación de la falta de intencionalidad del sujeto de quebrantar la pena impuesta o la medida de alejamiento pese a la constatación de dichas incidencias. Buen ejemplo de ello es el Auto dictado por la Sección n.º 27 de la AP de Madrid 28 de mayo de 2020:

> *"El Magistrado-Juez de Instrucción efectivamente, acordó el sobreseimiento de las actuaciones, en la forma prevista por el artículo 641.1 LECrim, al no desprenderse indicios suficientes para basar una acusación fundada en derecho. Este tipo de sobreseimiento se produce en los casos de insuficiencia de elementos fácticos y probatorios para que pueda formularse acusación respecto de un hecho determinado o una persona también determinada, lo que provoca la suspensión del procedimiento hasta que por el descubrimiento de nuevas pruebas pudiera proceder su reapertura, no se trata, como en los casos de sobreseimiento libre, de inexistencia del hecho, o de irresponsabilidad de quienes intervinieron en él, sino de que se duda acerca de la existencia del hecho punible, de cuya comisión solo existen indicios insuficientes para mantener la acusación; siendo las causas del sobreseimiento provisional meramente temporales, basadas en dudas y supone un simple aplazamiento del proceso, hasta que se*

[11] POLLOS CALVO, C. Diario La Ley, 9621, 2020.
[12] Base de datos CENDOJ. Consejo General del Poder Judicial.

concreten los hechos y permite su reapertura si se descubren nuevos elementos fácticos o probatorios.

Pues bien, tras el examen de la causa remitida por el juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 1 de Parla, se constata el acierto de la resolución impugnada que debe ser confirmada, y ello por cuanto, el sobreseimiento acordado se basa en la inexistencia de indicios suficientes de que el recurrente haya tenido voluntad de quebrantar la orden de alejamiento que pesaba sobre el mismo, como tampoco de intentar inutilizar el normal funcionamiento del dispositivo de control, que en su día se acordó instalar para verificar el cumplimiento de la medida cautelar impuesta; si bien consta en el atestado que el hecho delictivo que dio lugar a las actuaciones fue la incidencia comunicada por el centro cometa el día 20 de noviembre de 2020 por la descarga de la batería del dispositivo de detección de proximidad instalado al investigado, ahora recurrente, y del día 10 de diciembre de 2019, por separación del brazalete y la incidencia correspondiente del día 27 de noviembre de 2019 por entrada del mismo en la zona de exclusión móvil ".13

Igualmente sirve, como se dijo, de instrumento eficaz para el seguimiento del cumplimiento de la pena y de medida protectora y disuasoria para el penado. Un ejemplo en relación con lo anterior, sería el auto de fecha 12 de junio de 2020 dictado por el Juzgado de lo Penal N.º 3 de Toledo con sede en Talavera de la Reina:

"UNICO. Señala el art. 48.4 CP que: El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan. Dicha colocación de medios telemáticos de control GPS, lo que de manera coloquial se conoce como pulsera, no se configuran como una pena en sí, sino como un medio de vigilar el cumplimiento de la pena impuesta que es la de prohibición de aproximación y comunicación. Por ello, no es necesario que se recoja en la sentencia la utilización de estos medios de control, pudiendo ser acordada en cualquier momento de la ejecución de la sentencia, como también podrá ser acordada su retirada, cuando las circunstancias concurrentes así lo aconsejen.

Dicho lo anterior, en atención a la expresa petición de protección para la perjudicada y del oficio remitido por la Guardia Civil, se aprecia la necesidad preventiva y de protección al objeto de garantizar la ejecución y el cumplimiento de la pena de prohibición de aproximación mediante dispositivo del control telemático (art. 48.4 CP).

Y a ello debe sumarse que el personal de la unidad responsable del seguimiento de la orden de protección de la víctima hace referencia a la negativa del autor a acudir a los llamamientos de los agentes, impidiendo el correcto cumplimiento de las penas de alejamiento, y al presunto quebrantamiento de la pena y, ante el peligro de que puedan volver a repetirse hechos habida cuenta de las circunstancias expuestas sobre la entrega de los hijos menores de edad".

Para evitar cualquier incidencia que pueda acontecer desde que el penado sale de prisión hasta que el personal técnico le instale el dispositivo en su domicilio, el control se realiza para asegurar la permanencia del penado en su domicilio a través del control telefónico por el personal penitenciario a través del COVE (Centro operativo de Vigilancia Electrónica) Por ejemplo, para controlar salidas de tercer grado o salidas de

[13] Base de datos CENDOJ. Consejo General del Poder Judicial.

permisos con control con pulseras si así es acordado por la autoridad judicial competente o por la Junta de tratamiento como medida de control.

El período que transcurre entre que sale del establecimiento hasta que el personal técnico le instale el dispositivo en su domicilio, es el que puede suponer un peligro para la víctima en los casos de condenados a violencia de género con prohibiciones de aproximación y comunicación en vigor. Hasta que se proceda a esta instalación, este control de permanencia en casa sólo puede realizarse mediante control telefónico por personal penitenciario a los condenados. Los dispositivos telemáticos que gestiona Instituciones Penitenciarias se controlan a través del COVE (Centro Operativo de Vigilancia Electrónica) dependiente del Área de Medio abierto y Medios Telemáticos, tanto para esta modalidad de tercer grado penitenciario en domicilio (regulando los horarios de ausencia del domicilio, que tendrán que ajustarse a lo establecido al RD 463/2020, de como para controlar con «pulseras» telemáticas las salidas de permisos si así lo estable la autoridad judicial competente o la Junta de Tratamiento como medida de control. Son dispositivos que funcionan con GPS.

V. POSIBILIDAD DE FRACCIONAR O SUSPENDER ESTAS PENAS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PROHIBICIONES DE APROXIMARSE CUANDO LA VÍCTIMA (DE VIOLENCIA DE GÉNERO) LO SOLICITA

La suspensión de las penas privativas de libertad no lleva aparejada la de las penas privativas de derechos. En concreto la suspensión de las penas privativas de libertad queda condicionada al cumplimiento de determinadas condiciones que tras la reforma del CP LO 1/2015 han sido recogidas en el art. 83 del CP, en concreto a la prohibición de aproximación a la víctima(que no podrá suspenderse pues no es pena sino condición de suspensión de la pena, y por tanto goza de distinta naturaleza);prohibición de residir en un determinado lugar o de acudir al mismo; y participar en programas formativos laborales o culturales.

La dificultad surge en las situaciones en que la iniciativa de quebrar las medidas proceda de la propia víctima, de la persona amparada, en especial en los delitos cometidos entre personas de las relacionadas en el art. 57.2. En estos supuestos, la imposición de la medida será obligatoria, con independencia de la voluntad de la propia víctima, o en situaciones de constatada reconciliación, deseo de reanudar la convivencia o sin que se haya producido esta ruptura.

El incumplimiento de la restricción lleva a que el reo pueda cometer un delito de quebrantamiento de condena con el consentimiento de la persona protegida. Incluso, entiendo, aunque no es posición mayoritaria, que la víctima podría incurrir en una posible inducción al delito.

Ante la petición de la víctima y con el fin de evitar posibles quebrantamiento y comportamientos inductivos al quebrantamiento del condenado (impunes hasta la fecha), la situación más factible, sería la propuesta por la Fiscalía General del Estado que, donde en tales casos, evaluadas las circunstancias concurrentes, se informe favorablemente o promuevan de oficio las peticiones de indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, al mismo tiempo se puede solicitar la suspensión de la ejecución de la misma conforme al art. 4.4 CP *"con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una separación forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección"*.[14]

Sin embargo, en la práctica se puede observar una reticencia a la concesión de dicho beneficio, por cuanto las penas deben ser cumplidas en sus propios términos y su cumplimiento no puede quedar al arbitrio ni de la víctima ni de la de su agresor, a lo que hay que añadir el riesgo de nuevos hechos delictivos que pudieran poner en riesgo la vida o integridad de la perjudicada.

VI. COMPENSACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES CON PENAS IMPUESTAS EN SENTENCIA. CRITERIOS COMPENSATORIOS CON PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

Atendiendo al art. 59 del CP:

> *"Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada*".

El abono ha de hacerse en principio en cualquier tipo de penas, no sólo las privativas de libertad. La compensación impuesta en el artículo transcrito exige una especial ponderación de los distintos factores concurrentes.

[14] MOTA BELLO, J.F. Cuadernos de Derecho Judicial, 4, 2005, p.11 y s.

> *"El CP extiende la obligatoriedad del abono no sólo a toda privación de libertad acordada cautelarmente, sino a toda privación de derechos también cautelarmente acordada".*[15]

Cuando existe homogeneidad entre la medida cautelar a abonar y la pena sobre la que opera, el descuento no plantea problema alguno, la regla es la equivalencia. Sin embargo, si la pena finalmente impuesta es de distinta naturaleza que la medida cautelar, se concede un amplio margen al juez o tribunal, que podrá dar por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

En algunos casos, el propio Código ya ha efectuado el parangón entre penas de diversa naturaleza, por lo que tal criterio puede considerarse vinculante: tal es el caso de la equivalencia entre un día de privación de libertad por dos cuotas diarias de multa, por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente (arts. 53 y 88 CP).

En los restantes casos habrá de hacerse una ponderación según las circunstancias del caso y el nivel de afectación que la medida haya podido ocasionar.

El Código incluye toda privación de derechos acordada, lo que obliga a matizar a qué tipo de derechos se refiere.

Dado que la pena es, por sí misma una reducción del status del autor respecto de sus derechos fundamentales, parecería evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado. Si se negara esta compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues se desconocería que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y que ello debe serle compensado en la pena impuesta (SSTS 934/1999, 8 de junio, recaída en el recurso de casación núm. 1731/1998, 283/2003, 24 de febrero, 391/2011, 20 de mayo, entre otras).

> *"Admitida la existencia de un deber legal de compensación de toda restricción anticipada de derechos sufrida con carácter cautelar, la necesidad de operar conforme a criterios de motivada razonabilidad resulta indispensable".*[16]

Así, el art. 58 regula los supuestos de abono de lo cautelar en la pena impuesta, y se refiere, en un primer momento, al abono de la prisión preventiva en la pena privativa de libertad. La razón por la que se establecería el "abono" es, la coincidencia entre el

[15] FERRER GARCÍA, A.M. Cuadernos Digitales de Formación. 47, 2015, p. 4.

[16] CUETO MORENO, C. Consideraciones sobre la naturaleza y fundamentos de las prohibiciones de aproximación y comunicación. 2017. pp. 115 y ss.

contenido de ambas, ya que la privación de libertad que se produce en ambos casos tiene un contenido muy similar, aunque sus razones y el mecanismo legal de su imposición sean muy diferentes.

La obligación en sí de abonar lo ya sufrido como prisión preventiva en la pena de prisión a cumplir, se desarrolla en el apartado 4 del mismo artículo, a las privaciones de derechos acordadas cautelarmente. Por un lado, no se refiere a "medidas cautelares", sino a "privaciones de derechos acordadas cautelarmente". Y, de otro lado, debe entenderse que tampoco a cualquier privación de derechos, sino solo a las coincidentes con las penas privativas de derechos previstas en el Código, pues en otro caso el "abono" no sería posible.

En mi opinión, las interpretaciones literal y sistemática de los arts. 58 y 59, conducen a entender que, conforme al primero de ellos, solo pueden abonarse en la pena impuesta aquellas medidas cautelares cuyo contenido sea coincidente con ella. Así ocurre con la prisión preventiva, cuando se trata de pena de prisión; o con las privaciones de derechos acordadas cautelarmente cuando se trata de penas privativas de derechos (art. 58.4). Parece de todo punto evidente que el abono de lo ya sufrido solo puede hacerse cuando el contenido de lo impuesto y el de lo que se va a cumplir sea coincidente.

De forma similar, cuando la prisión preventiva o la privación de derechos no coincida con la pena finalmente impuesta, resultando imposible el abono, deberá procederse a una compensación racional. De la interpretación conjunta de ambos preceptos se desprende que tal compensación solo es posible cuando se trate de la prisión preventiva, artículo 58.1 o de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente a las que se refiere el art. 58.4, es decir, las que en algunos casos resultarían abonables, y, por lo tanto, las que son coincidentes con penas privativas de derechos. Y no respecto de cualquier medida cautelar, si su contenido es diferente de la prisión preventiva o de las penas privativas de derechos.

En ambos preceptos, 58 y 59, el legislador ha previsto que aquello que tiene un contenido propio de una pena y que el imputado sufre en fase de instrucción como medida cautelar, pueda ser abonado o compensado en la que finalmente se impone. Pero no necesariamente que cualquier restricción de derechos derivada de la necesidad de asegurar el proceso repercuta en la pena impuesta, para que ello acontezca es necesario acreditar la aflicción que dicha medida ha supuesto para el sujeto, tanto sea para

compensarlo como para abonarlo según sean homogéneas o heterogéneas. En este sentido se pronuncia la STS 629/15, de 18 de octubre que cita como precedentes la STS 1045/2013[17], de 7 de enero de 2014, y las restantes que se dictaron con posterioridad sobre el mismo tema (SSTS 758/2014, de 12 de noviembre; 52/2015, de 26 de enero; 151/2015, de 17 de marzo; 224/2015, de 14 de abril, y 332/2015, de 3 de junio).[18]

En este mismo sentido se pronuncia el Juzgado de lo Penal N.º3 de Toledo con sede en Talavera de la Reina en auto de fecha 9 de marzo de 2020:

> "Se *confía al órgano judicial la realización de un juicio de equivalencia para reducir la pena en la parte que estime compensable con arreglo a criterios prudenciales.*
>
> *Obviamente no son matemáticas. Habrá que atender a la naturaleza de medida y pena; a la incidencia de cada una en la esfera de derechos del sujeto; valorando su respectivo grado de aflictividad e incluso, eventualmente, circunstancias personales concretas que incidan en esos factores. No caben reglas apriorísticas de generalizada aplicación.*
>
> *Además, cuando el art. 59 CP hace referencia a que las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, está contemplando el cómputo de las medidas cautelares en la ejecución de sentencia, ya se trate de medidas cautelares relativas a la libertad o a medidas relacionadas con penas privativas de otros derechos. Pues tanto unas como otras al operar cautelarmente deben ser consideradas medidas cautelares.*
>
> *TERCERO.- Dicho lo anterior, en el presnete caso la pena de prohibición alejamiento y prohibición de comunicación de 1 año y 6 meses fue impuesta en sentencia de 14/1/2019, recogiéndose en el auto de 21/1/2019 que dio inicio a la ejecutoria que: En cuanto a la prohibición de aproximarse y comunicarse impuesta, habiendo sido dictado auto con fecha 14 de julio de 2015 adoptando dicha prohibición como medida cautelar, se encuentra cumplida .*
>
> *Y, en atencion a la fechas de imposición de la medida y del dictado posterior de la sentencia, es claro que ha existido un exceso de cumplimiento como medida cautelar de las penas de prohibición de comunicar y de aproximación impuestas en sentencia, y, entendiendo que no existe aflicción concreta que haya sido demostrada y que en todo caso, aun pudiendo y debiendo ser valorada al concretar la compensación, pero no la excluye (STS 584/2019 de 27 noviembre), se entiende que en el presente caso deben ser*

[17] STS 1045/2013 de 07 de enero de 2014. Base de datos CENDOJ. CGPJ.

"En primer lugar, el requisito para que opere la aplicación del art. 59 del CP es que estemos ante una medida cautelar, y la libertad provisional con la imposición de las comparecencias apud acta sin duda tiene esa condición, interpretación que no se cuestiona en el auto recurrido. En segundo lugar, es claro que el art. 59 del CP se refiere a las medidas cautelares heterogéneas, es decir, aquellas que no coinciden literalmente con la prisión preventiva y las penas privativas de derechos impuestas en la sentencia. Y es que en los supuestos de coincidencia entre la pena y la medida cautelar estaríamos ante una medida cautelar homogénea que entrañaría el mero abono y no la compensación de la medida cautelar.

Cuando el art. 59 del CP hace referencia a que "las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, ha de entenderse que está contemplando el cómputo de las medidas cautelares en la ejecución de sentencia, ya se trate de medidas cautelares relativas a la libertad o a medidas relacionadas con penas privativas de otros derechos. Pues tanto unas como otras al operar cautelarmente deben ser consideradas medidas cautelares, dado que se acuerdan en una fase del procedimiento previa a la sentencia, tienen carácter provisional y se rigen en su imposición con arreglo a los criterios del "fumus boni iuris" y del "periculum in mora"".

[18] Base de datos del CENDOJ. CGPJ. La acumulación de condenas: Conclusiones. La acumulación de condenas. Cuadernos digitales de Formación. Vol. 9. Año 2018. p.12.

completamente compensadas las pena de 48 y 56 días de trabajos en beneficio de la comunidad impuestas en la presente ejecutoria; y por tanto, darlas por cumplidas".[19]

VII. PRESCRIPCIÓN

El art. 133 del CP regula la prescripción de la pena. Para su cálculo entiendo que habrá de partirse de la pena concreta impuesta en la extensión que fije la sentencia firme. En este sentido cabe mencionar un auto reciente dictado por la Sección Segunda de la AP de Tarragona en fecha 18 de noviembre de 2018, esclarecedor de cuándo podemos considerar una pena leve y distinguirla de una menos grave:

"*Para abordar la cuestión planteada el punto de partida debemos situarlo en el art. 13 del CP, que define las tres categorías típicas de delitos; delitos graves, delitos menos graves y delitos leves en los siguientes términos:*

Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.

Esta Sala comparte el criterio general al que alude el Ministerio Fiscal sobre el cómputo del plazo de prescripción de la pena, conforme a lo prevenido en el art. 133 del CP, de tal forma que para el cálculo habrá de partirse de la pena concreta impuesta en la extensión también concreta fijada en sentencia firme. Por tal motivo, aunque el delito sea considerado como leve, como en el presente caso, la pena concreta impuesta prescribirá conforme a lo dispuesto para las penas menos graves, o leves, según su concreta extensión.

En el presente caso nos encontramos ante un supuesto de un delito leve, con la aplicación de lo dispuesto en el art. 57.3 CP y la imposición de una pena de alejamiento de 6 meses, que, según su concreta extensión, tiene la consideración de pena menos grave y cuyo plazo es de 5 años, por lo que el recurso debe ser estimado"19.[19]

BIBLIOGRAFÍA

Base de datos CENDOJ. Consejo General del Poder Judicial.

Base de datos del CENDOJ. CGPJ. La acumulación de condenas: Conclusiones. La acumulación de condenas. Cuadernos digitales de Formación. 9, 2018.

CUETO MORENO, C. Consideraciones sobre la naturaleza y fundamentos de las prohibiciones de aproximación y comunicación. 2017.

FERRER GARCÍA, A.M. El abono de las medidas cautelares sufridas durante el procedimiento en la pena impuesta en sentencia**.** Encuentro entre magistrados de secciones penales de las Audiencias Provinciales con jueces y magistrados del orden penal. Cuadernos Digitales de Formación, 47, 2015.

MOTA BELLO, J.F. Las penas de localización permanente y de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación con la víctima y otras personas. Las penas y sus alternativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 4, 2005.

[19] Base de datos CENDOJ. Consejo General del Poder Judicial.

PÉREZ RIVAS, N. La regulación de la prohibición de aproximarse a la víctima en el CódPenal español. Ius et Praxis, 22-2, 2016.

POLLOS CALVO, C. Normativa sobre violencia de género durante el estado de alarma. Diario La Ley, 9621, 2020.

STS 1045/2013 de 07 de enero de 2014. Base de datos CENDOJ. CGPJ.

Violencia de Género e Igualdad. gob.es.

* * * * * *

Alejandro Jesús García David

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid núm. 88.589 y del Ilustre Colegio de Abogados de Alcalá de Henares núm. 4.194. LL.M International Business Law.
Socio de la FICP.

~La nulidad de la prueba de ADN. Especial referencia a la problemática del cotejo con la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN~

Sumario.- I. Introducción. II. Cuestiones generales relativas a la práctica y análisis de ADN. III. Interpretacion y supuestos de la ilicitud y nulidad absoluta de prueba indiciaria de análisis de restos o muestras biologicas ex art 11.1 LOPJ, y los quebrantamientos de la Ley Orgánica 10/2007 reguladora de base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. 1. Del tratamiento y regulación general. 2. Problemáticas habituales. 3. Doctrina jurisprudencial y forma correcta de la práctica de la prueba de ADN. IV. Quebrantamiento de la cadena de custodia de dicha prueba y vulneracion y/o atentado contra el derecho a la intimidad y a una tutela judicial efectiva del investigado. V. Doctrina del fruto del árbol envenenado. VI. Falta de legitimación de existencia y conservación del perfil genético (ADN) del investigado en la base de datos creada por la Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre. VII. Conclusion. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia, y especialmente cuanto refiere a los jueces de instrucción, nos encontramos ante supuestos complejos que requieren de un estudio específico, y la adopción de medidas urgentes sobre la recogida y análisis de muestras biológicas que pueden dar lugar a las ulteriores nulidades por vulneración de derechos fundamentales, especialmente cuantos refieren a la recogida de muestras abandonadas, y su cotejo y análisis con la base de datos de ADN correspondiente. En el presente, vamos a estudiar las principales problemáticas en torno a la práctica de la prueba de ADN, que pueden conllevar la nulidad de la prueba. No se trata de configurar todos los supuestos, pero si con ello vamos a estudiar los errores más frecuentes, consecuencia de una falta de regulación específica y expresa como sucede en otros ordenamientos jurídicos.

II. CUESTIONES GENERALES RELATIVAS A LA PRÁCTICA Y ANÁLISIS DE ADN.

Son numerosas las ocasiones que se viven en nuestro territorio nacional, en especial con relación a los delitos de mayor gravedad, tales como los delitos de terrorismo, asesinato, homicidio, agresión sexual, etc. situaciones de extrema complejidad y urgencia que hacen necesaria la inmediata intervención del juez instructor. Por ello nuestro ordenamiento jurídico ha decidido salvar muchos obstáculos legales o de urgencia, al permitir la recogida de las muestras biológicas abandonadas,

que no su análisis, como diremos más adelante. Cabe destacar en este sentido la urgencia que ya previene por vía de facto, los Acuerdos de Sala de Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2.006, que establecen: "*La Policía Judicial, puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial*". No titubea el Tribunal Supremo con dicha doctrina, que trae su causa y desarrollo en la STS de 179/2006 de 14 de febrero[1], al establecer dicha prerrogativa en favor de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado, u otras figuras delegadas, al permitir la inmediata recogida de muestras abandonadas, no solo tendentes a la inmediata y posible identificación del posible autor de un delito, o de un sospechoso que puede cometerlo de forma inminente, sino que es una concesión o facultad que no tenían concedida hasta dicho momento, en aras de evitar la pérdida, deterioro, contaminación o destrucción de muestras biológicas que podían resultar fundamentales para una investigación judicial.

Dichos acuerdos sin embargo plantean una cuestión o dilema ético-moral, que es si dicha facultad, no resulta vulneradora de los derechos fundamentales del investigado e inclusive de terceros no relacionados con la causa penal. Quizás dicha concesión sea un poder excesivo, extralimitado y falto de soporte constitucional a los agentes de la autoridad, quienes debieren carecer de la facultad de interceder en los derechos fundamentales de los ciudadanos españoles y demás. La ley previno en su redacción la posibilidad de recoger y analizar si así se consideraba necesario dichas muestras, dando dicho poder a una autoridad real, que es a los tribunales y concretamente, los jueces de instrucción, por resolución judicial motivada, y no a los agentes de la autoridad que deben estar sujetos a sus órdenes, y no poder permitirles interceder en vulneración e intromisión de los derechos fundamentales de los ciudadanos, por mucha urgencia que exista, pues el daño que se puede producir al ciudadano cuya muestra se recoge y se analiza, puede resultar en muchos casos no solo irreparable, sino que puede condicionar a este de por vida su percepción de la intimidad. Cabe recordar que solo los tribunales se encuentran constitucionalmente habilitados para la derogación de tal derecho fundamental como es el derecho a la intimidad.

Sin embargo, en mi opinión, dicho poder otorgado por vía de acuerdos de sala, ha dado lugar a una autoridad sin supervisión o supeditada a una concesión judicial como

[1] Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Febrero, recurso número 556/2005, resolución número 179/2006. Obtenida del Centro de Documentación Jurídica (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial.

venía siendo hasta ahora, extralimitando las funciones de lo que es un "*agente de la autoridad*", convirtiéndolo en "*autoridad*" en sí misma en estos supuestos. No tardó muchos años en matizar y ampliar tales acuerdos el Tribunal Supremo con su reiterada jurisprudencia, y especialmente dictaminando un nuevo Acuerdo de Sala del TS de fecha 24 de septiembre de 2014. En dicho acuerdo establece:

> "*La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto, autorización judicia*l".

A priori podía parecer un guiño a la defensa de los derechos del investigado, así como una reiteración del principio constitucional a presumir la inocencia de los mismos.

A pesar de ello, dicho acuerdo de Sala de 24 de septiembre de 2014, matiza o complementa que: "*Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policiales procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción*". Tal acuerdo de sala fue desarrollado consecuencia de la STS 734/2014 de 11 de noviembre[2].

III. INTERPRETACIÓN Y SUPUESTOS DE LA ILICITUD Y NULIDAD ABSOLUTA DE PRUEBA INDICIARIA DE ANÁLISIS DE RESTOS O MUESTRAS BIOLÓGICAS EX ART 11.1 LOPJ, Y LOS QUEBRANTAMIENTOS DE LA LEY ORGÁNICA 10/2007 REGULADORA DE BASE DE DATOS POLICIAL SOBRE IDENTIFICADORES OBTENIDOS A PARTIR DEL ADN.

1. Del tratamiento y regulación general. Problemáticas habituales. Algunas referencias jurisprudenciales actuales.

Es aquí donde se dan los principales problemas entre los derechos del investigado, sus defensas letradas, los agentes de la autoridad, y los juzgados de instrucción. No resultan poco frecuentes las nulidades de pruebas de ADN, que hemos visto y vemos en los trámites de cuestiones previas ante los Juzgados de lo Penal o las Audiencias Provinciales, por haberse incumplido lo prevenido en la ley, o por los excesos o abusos

[2] Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 2014, recurso número 289/2014, resolución número 734/2014. Obtenida del Centro de Documentación Jurídica (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial.

de la autoridad, al haber recogido y analizado las muestras sin la preceptiva autorización judicial.

Uno de los principales problemas que no parece apreciar el Tribunal Supremo, es determinar si el resto biológico abandonado, lo ha sido con anterioridad, simultanea, o posteriormente a la comisión de los hechos, y si dichos restos se corresponden en realidad con los del verdadero autor o víctima de los hechos.

A título de ejemplo, sobre la importancia de la validez de la prueba de ADN, y la importancia de que este no sea el elemento nuclear de la investigación sino un mero indicio, queremos hacer referencia a un supuesto de asesinato, en el que recientemente ha dictaminado la **Ilustrísima Audiencia Provincial de Gerona, Sección Cuarta, Auto 703/2018 de fecha 28 de diciembre de 2018, en un asunto aun en investigación (crimen del pantano de Susqueda [Jdo. 1ª Instancia e Instrucción n.º 2 de Santa Coloma de Farners, autos de Tribunal de Jurado 1/2018])**, que "*Dicha prueba, que hubiera podido resultar definitiva a los efectos de determinar la autoría del recurrente, ha resultado negativa, dado que los restos de ADN encontrados en la ropa del recurrente, no se corresponden con los restos de ADN de las víctimas.*"[3].

Ello no ha resultado óbice para que, durante la sustanciación de la instrucción, y en tanto se procedía al citado análisis, se acordara la prisión provisional, comunicada y sin fianza del investigado, la cual fue adoptada en base a unos indicios débiles como son las muestras o vestigios de ADN, pero suficientes a criterio del instructor para acordar dicha medida privativa de derechos fundamentales, en tanto se obtenía el resultado de la tan determinante prueba de ADN. En este caso se procedió a recoger no muestras abandonadas, sino intervenidas en el seno de una entrada y registro en domicilio. Sin embargo es reflejo claro y transparente de la falta de constatación, eficacia y carácter probatorio de dichas pruebas en muchos casos, sino que es claro que son indicios que deben ser tenidos en consideración junto al resto y no con superioridad a los demás, y no solo en consideración a una posible prueba de cargo, pues como podemos ver, en dicho procedimiento, se ha convertido en una prueba de descargo del investigado, que ha desmontado prácticamente toda la instrucción realizada por los agentes de la policía judicial (mozos de escuadra), cuyos demás indicios resultaban débiles, y quienes con

[3] Auto de fecha 28 de Diciembre de 2018, de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Gerona, Sección Cuarta, resolución número 703/2018, recurso número 962/2018. Obtenida del Centro de Documentación Jurídica (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial. Accesible de forma electrónica a través de CENDOJ y de: https://documentos.diaridegirona.cat/2018/12/auto-cas-susqueda.pdf

cierta temeridad, y ánimo inquisitorio, no dudaron en apuntar a dicho investigado como responsable principal, y todo ello en base a que con frecuencia visitaba dicho lugar, y sus antecedentes penales.

Ello acredita que una prueba de ADN, no debe ser tomada a la ligera por la policía judicial, quien ha atribuido prácticamente de forma injustificada como afirma el auto en cuestión de la Ilma. Audiencia Provincial, la autoría del delito a una persona, sin descartar otras personas que pudieron cometer el delito de manera no determinada y como afirma sin base la policía judicial y sin esperar al resultado del análisis de dicha muestra de ADN.

Pero no entrando en más cuestiones sobre dicho asunto tan ejemplificador y clarificador, y retomando la práctica de la recogida y análisis de la prueba de ADN, no es sino prueba ello de que cualquier vestigio, especialmente en lugares públicos, concurridos, o inclusive como en dicho caso sucede, poco concurridos pero frecuentados en algunos casos de forma habitual, pueden conllevar que existan vestigios o restos biológicos consecuencia de una actividad cotidiana, y autorizar dichas recogidas y análisis por contraste en la base de datos, resulta en ocasiones peligroso, pues puede conllevar que una persona inocente, se vea implicada en causa penal sin que existan otros indicios que puedan ser tenidos en consideración y den consistencia a la necesidad de valorar dicha prueba, o indicio. Inclusive pudiere haberse contaminado dicho resto biológico (p.ej. una colilla abandonada) o contener varios restos biológicos diferentes, o cadenas de ADN distintas (p.ej. colillas compartidas).

> "*El problema que plantea la tendencia a la sobrevaloración de la prueba no es un riesgo exclusivo de la prueba de ADN sino que, por lo general, se presenta con todas las pruebas "científicas". No obstante, el problema se minimiza cuando: 1) el valor estadístico de la prueba es muy alto (como sucede por lo general en una prueba de ADN cuando se utilizan muchos marcadores); y 2) entre el resultado de la prueba y el tema probandum hay una relación directa (por ejemplo, cuando se pretende probar una violación mediante la prueba de ADN del semen encontrado en la vagina), pues en este caso cabe decir que la prueba tiene un peso casi absoluto en la valoración de los hechos principales; y 3) existen otros indicios incriminatorios.*
>
> *En cambio, el problema se agudiza cuando: 1) el valor estadístico de la prueba no es demasiado alto (como puede suceder en algunas pruebas científicas); y/o 2) el resultado de la prueba no coincide con el tema probandum (por ejemplo, cuando se pretende probar un homicidio mediante la prueba de ADN de una cabello encontrado en la ropa de la víctima); y/o 3) existen indicios exculpatorios.*"[4]

[4] GASCÓN ABELLÁN, M. Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba de ADN. pp. 11 y 12.

Por ello la concesión de dicha facultad a los agentes de la policía judicial es peligrosa, pues carecen de fundamentación o motivación, y son realizados sin más como muestra de la desesperación inquisitoria de no encontrar otros vestigios, indicios o pruebas que puedan dar solidez a la muestra biológica abandonada, y con la finalidad de encontrar un culpable que por desgracia, en ocasiones, no aparece o no resulta el que parecía ser. Sin embargo, en contra, la LECr, establece sin duda la necesidad de que su análisis y toma de muestras, sea en resolución motivada, no bastando para ello la recogida de material biológico, que por cierto, puede ser inclusive transportado por el verdadero autor fácilmente sin el consentimiento de un tercero (p.ej. colocar una lata de refresco abandonada en una papelera en el lugar de un crimen con la finalidad de culpabilizar a un tercero y encubrir así su delito). Como señala ALONSO ALONSO, existen distintos tipos de ADN como diremos a continuación.

> "*A medida que aumenta la sensibilidad de las técnicas forenses de ADN, existe una mayor probabilidad de que el ADN recuperado del lugar del delito proceda en realidad de una de estas opciones:*
>
> *(a) : depositado antes de que se produjera el delito y, por lo tanto, no relacionado con él (véase la página 18).*
>
> *(b)* ***ADN de transferencia secundaria****: ADN de alguien que nunca ha estado en el lugar del delito, pero cuyo ADN ha sido transferido allí mediante el contacto con otra persona. (c) El resultado de una* ***contaminación*** *provocada por el investigador después de que se produjera el delito. Los guantes de látex pueden transportar ADN y transferirlo accidentalmente entre objetos y ubicaciones si un investigador se olvida de cambiárselos. Otras herramientas de examen, como las brochas usadas en el revelado de huellas dactilares, también pueden transferir ADN de forma involuntaria entre distintas superficies. La contaminación accidental también puede producirse dentro de un laboratorio forense (como en el caso de Adam Scott, en la página 7).*"[5]

Otro problema surge cuando las muestras de ADN son transportadas y localizadas con posterioridad, extremos que tampoco son contemplados al momento de dictarse tales acuerdos de sala del TS y jurisprudencia que lo desarrolla. A título de ejemplo, las muestras de ADN aparecidas en un vehículo sustraído, posteriormente abandonado, y trasladado a un depósito para su análisis. En este sentido, si bien es cierto que existe jurisprudencia del Tribunal Supremo ampara a los agentes actuantes a la recogida de las muestras biológicas abandonadas, no puede sino criticarse por cuanto debe hacerse en el momento de localizar las mismas, y no previo traslado y contaminación del vehículo durante kilómetros y durante un tiempo ya sea considerable o no, pues se puede producir la contaminación o inclusive aparición por mera casualidad. Debe ponderarse

[5] ALONSO ALONSO A. y otros; Sense About Science, 2017.

la existencia de otros indicios mínimos para poder accederse a vulnerar derechos fundamentales, salvo para casos de delitos graves sin ningún otro indicio, y sin perjuicio de las diligencias de investigación que pueden llevarse a efecto, consecuencia de dicho indicio.

Por ello, no se justifica a los agentes de la policía judicial actuantes, en ningún caso, a realizar el análisis por su propia cuenta de las muestras de ADN que recojan de una presunta escena de un crimen o de un objeto utilizado en el mismo sin la preceptiva orden judicial. Dicha recogida, sin duda alguna, debe llevarse a efecto salvo imposibilidad física o motivo urgente que aconseje lo contrario en el lugar donde se encuentra.

Con relación al posterior análisis de las pruebas, sorprende en muchas ocasiones que los agentes de la autoridad, sin la correspondiente autorización judicial, deciden analizar las muestras biológicas, en lugar de ponerlas a disposición del juzgado. En numerosas ocasiones, se amparan inclusive en que pudiere estar dicha muestra biológica en el archivo correspondiente.

Dicho análisis en casos en que es analizado de forma ilegítima, no cabe ampararse por vía de auto de incoación de diligencias previas, ni por vía de auto de apertura de juicio oral, o amparándose en la interpretación del apartado 3.1.a) de la Ley Orgánica 10/2007 de 8 de Octubre reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, autorizar tácitamente la actuación ilegítima de los agentes actuantes que recogieron (a lo que están legitimados) y analizaron (no estando legitimados para ello), los restos biológicos encontrados, pues ello conllevaría una extensión ilegítima del principio de seguridad jurídica recogido en el Art. 118, 282, 326 y 363 LECr y Arts. 14, 17 y 24 CE.

En dichos casos, cuando no se tiene la preceptiva autorización judicial, se comete infracción procesal con dicha actuación de los preceptos recogidos en los Arts. 118, 326, 363 LECr y Arts. 14, 17 y 24 CE, puesto que cualquier muestra biológica, debe ser analizada en su caso previa autorización judicial, ex Art. 326 y 363 LECr.

Dispone dicho **Art. 118 LECr, en su apartado 1.c), 1.h) y 2**, no solo el derecho a actuar e intervenir el proceso penal en términos que se permita el ejercicio de su defensa, sino especialmente el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, derechos que chocan frontalmente con la práctica de la prueba de ADN,

máxime sin la correspondiente orden judicial, pues se trata de la intromisión de un derecho a la intimidad del investigado (inocente hasta que se demuestre lo contrario) que pudiere conllevar la declaración a confesarse culpable, sin realmente conocer tal extremo.

Dicha infracción del **Art. 118 LECr**, se produce al momento en que se vulneran los derechos constitucionales y fundamentales del investigado, por cuanto cuando se han recogido muestras biológicas abandonadas, y en su caso practicado pruebas de análisis de forma ilícita para averiguar la autoría de un hecho delictivo. No todo puede valer para descubrir un delito, y menos aun pudiendo ser constitutivo de delito la actuación llevada a efecto por los agentes instructores por posible o presunta vulneración del derecho a la intimidad y otros delitos, para poder descubrirlo. Un delito, aun cometido con buena intención, no puede justificarse en ningún caso, pues fina sería la línea en muchas ocasiones que justificaran una actuación delictiva consecuencia de querer descubrir la autoría de un delito, máxime siendo no solo conocedores, sino además siendo que tienen obligación de aplicar rigurosa y estrictamente la ley dichos agentes.

Aceptar o dar legitimidad o validez a dicha prueba de análisis ilegitimo de ADN, conllevaría no solo su ilicitud e ilegitimidad, sino que conllevaría además un reconocimiento de licitud a una actuación cuanto menos pseudo delictiva si no delictiva cometida por los agentes, así como ello supondría conferir certeza y validez probatoria de unos hechos, que no han sido descubiertos, delimitados o inferidos legítimamente.

Las funciones de la policía judicial, se recogen en el Art. 282 LECr, siendo que dicho precepto no habilita de forma ilimitada a la policía judicial, sino que del tenor literal de dicho precepto se desprende sin género de duda unas claras limitaciones, que según este autor, en consonancia con dicho precepto, no permiten más allá de una recogida de efectos, instrumentos del delito, o pruebas que hubiere un peligro inminente de desaparición. Pero sin duda la limitación radica en su propio tenor literal, y es que solo pueden recoger, y no analizar dichas pruebas si se trata de muestras biológicas de ADN, o cualquier otra, pues no lo permite al integrar dicho precepto legal, la limitación de puesta a disposición de la autoridad judicial.

Dichas funciones, ya establecen la recogida de muestras biológicas, pero **en ningún caso autoriza al análisis de prueba de ADN o muestras biológicas**, pues es el juez quien debe autorizarlo por ser quien tiene legitimidad para acordarlo, y nadie más,

no teniéndolo en ningún caso los agentes de la autoridad, pues ello conllevaría una extensión ilegítima de sus funciones y comisión de un posible ilícito, y por ello además concreta dicho artículo de forma expresa, que **debe ponerse a disposición de la autoridad judicial competente** dichos "…*efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro…*" o en este caso, muestras biológicas.

Pero ello no implica una infracción procesal aislada del Art. 118 y 282 LECr, sino que además vulnera los principios constitucionales establecidos en el Art. 14, 17 y 24 CE, en correlación con los Arts. 326 y 363 LECr.

Entre las facultades del juez instructor, se encuentran las previstas en los **Arts. 326 y 363 LECr**. Entre esas facultades, se establece la de la inspección ocular del lugar del delito, y la recogida (no análisis) de las muestras. Y dispone el primero de los preceptos la facultad exclusiva del juez, la de "recogida, custodia y examen" de las muestras que puedan encontrarse en el lugar de los hechos, pero la LECr, no faculta a su análisis. Ello tiene como razón el que la vulneración de derechos fundamentales, como es el derecho a la intimidad, solo puede darse por resolución judicial motivada. Por tanto, una vez recogidas, custodiadas y examinadas, no podrá analizarse sin la correspondiente autorización judicial en resolución motivada. En cuanto al segundo de los preceptos, es decir, al Art. 363 LECr[6], establece un claro ejemplo del **principio de mínima intervención penal**, y es que solo se llevarán a efecto los análisis de aquellos que sean considerados como indispensables para el buen fin de la investigación judicial. Precisamente en relación a los análisis de ADN, este precepto complementa al anterior, al establecer la necesidad de resolución judicial motivada expresa para tal fin.

De todo ello se infiere sin género de duda la imprescindible e imperativa necesidad de la intervención y autorización judicial en todo momento, no pudiendo obviarse la misma para analizarlo y cotejarlo con la base de datos, pues la ley penal es restrictiva y no extensiva como muchos autores pretenden en justificación de un análisis ilícito que facilitaría la investigación. Debe diferenciarse el hecho de que se autorice la recogida, y otro distinto, que este se analice, con la finalidad de cotejarlo con la base de

[6] **Art. 363 LECr**. "*Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que consideren absolutamente* ***indispensables para la necesaria investigación judicial*** *y la recta administración de justicia.*

Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción ***podrá acordar, en resolución motivada****, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad."*

datos. ello no puede resultar admisible, pues no solo conlleva un comportamiento que pudiere conllevar la prevaricación, sino que además, perdería cualquier clase de licitud y garantía por cuanto es el juez quien debe permitir su análisis, y una vez firme la resolución, salvo urgencia o imperativa necesidad, será cuando podrá cotejarse por la policía judicial con otras muestras obrantes en la base de datos, procedentes de otras causas, pues la presencia de letrado también tiene una finalidad, y es la de garantizar los derechos del investigado, y de esta manera, se priva de defensa alguna al mismo consecuencia de un análisis automatizado.

2. Doctrina jurisprudencial y forma correcta de la práctica de la prueba de ADN.

Otra cuestión importante, es determinar si se pueden cotejar muestras obtenidas e incorporadas a la base de datos con posterioridad a la recogida de los hechos.

Pues bien, la muestra abandonada, conforme los términos del Art. 332 LECr, debe ser verificada por los correspondientes funcionarios, pues de lo contrario, bastaría ir persiguiendo a cualquier persona para recoger sus muestras abandonadas consecuencia de su vida cotidiana (i.e. tirar un chicle, una colilla, un vaso de agua, una lata de refresco, etc.) y esperar que esta coincida, vulnerando el principio de presunción de inocencia, y sobre todo, de una forma totalmente inquisitiva, arbitraria y carente de absolutas garantías, creando prueba, pues perdería dicha prueba cualquier garantía jurídica de imparcialidad y objetividad.

Es por ello que el antedicho **Art. 363 LECr** considera la necesidad de acordar por resolución judicial expresa, motivada, verificando y analizando los principios de idoneidad, especialidad y proporcionalidad entre otros.

Resulta de gran trascendencia la reciente doctrina jurisprudencial que debemos traer a colación, concretamente la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de enero de 2.017, n.º de recurso 10.371/2.016, número de resolución 11/2.017**[7]. Esta resulta un pilar angular en las resoluciones de prueba de ADN, y su cotejo con las bases de datos correspondientes.

Por tanto, es reiterada la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, unida a lo acordado en pleno no jurisdiccional de fecha 31 de enero de 2006 de dicha

[7] Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de Enero de 2.017, nº de recurso 10.371/2.016, número de resolución 11/2.017. Obtenida del Centro de Documentación Jurídica (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial.

Sala, a los cuales nos remitimos expresamente, que **la policía judicial, puede recoger muestras biológicas abandonadas, pero no se le faculta para analizarlas ni contrastarlas sin expresa y razonada autorización judicial,** pues ello pudiere vulnerar derechos fundamentales, no solo en cuanto a vulneración del derecho a la intimidad ex Art. 18 CE se refiere, sino que además ello implica una vulneración del derecho probatorio de la parte de la defensa ex Art. 24 CE, perdiendo toda legitimidad dicho análisis.

Dispone el **fundamento tercero** de dicha **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de enero de 2.017, n.º de recurso 10.371/2.016, número de resolución 11/2.017[8],** que forma un pilar angular de las resoluciones y doctrina jurisprudencial establecida en relación con las muestras de ADN y su cotejo con la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partid del ADN.

Vamos a explicar sucintamente su contenido, y aspectos más relevantes.

En primer lugar, destaca dicha sentencia el contenido de la **Disposición Adicional Tercera** de la Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre que regula la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partid del ADN. Tal resolución destaca el claro y expreso contenido de dicha disposición, indicando que la toma de muestras, requerirá en todo caso, autorización judicial y resolución motivada.

En segundo lugar, hace una referencia a los **Arts. 282, 326 y 363 LECr**, que requieren y exigen, como ya hemos dicho, que la recogida, custodia y examen de las muestras biológicas, **se realicen y verifiquen de forma que puedan garantizarse su autenticidad**.

En tercer lugar, hace una referencia clara y **remisión a la STS de 7 de julio de 2010**, núm. 685/2010, que resuelve la controversia del tenor literal de los antedichos artículos, dejando claro, y sentada doctrina, que **pueden recoger restos genéticos** sin autorización judicial, hecho que había sido desarrollado por el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2006, y que previamente había sido ratificada y sentada dicha doctrina por numerosos antecedentes como las SSTS 1190/2009 de 3 de diciembre, 701/2006 de 27 de julio, 949/2006 de 4 de octubre, y 1257/2006 de 20 de diciembre. Tal reciente sentencia de 7 de Julio de 2010, que ya es

[8] Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de Enero de 2.017, nº de recurso 10.371/2.016, número de resolución 11/2.017. Obtenida del Centro de Documentación Jurídica (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial.

posterior a los acuerdos de pleno antedichos, vienen a aclarar con una vista crítica los **excesos que comete los agentes de policía al analizar sin autorización judicial las muestras biológicas a que se hayan facultados a recoger, aun cuando se trata de muestras abandonadas.**

En cuarto lugar, trata la indicada STS de 19 de enero de 2017, las **garantías que deben respetarse en la toma de muestras.** Realiza a su vez una remisión a la STS 685/2010 de 7 de julio, que lo detalla con mayor concreción, indicando que las muestras abandonadas, podrán ser recogidas por los agentes, **y puestas a disposición de la autoridad judicial** para que determine cuanto proceda realizar respecto de las mismas. Otra **garantía** que exige nuestro alto tribunal, es que si el investigado se encuentra **detenido**, lo que también es equiparable a quien se encuentre **privado de libertad**, el consentimiento del investigado, **requerirá en todo caso de asistencia letrada**. No queda duda que si el investigado se encuentra en dicha situación de detención o privación de libertad, si se niega, no será necesaria dicha asistencia letrada. Insiste dicha resolución en la necesidad de asistencia letrada en estos casos, así como de autorización judicial para su análisis, pero no para su recogida cuando se trate de muestras abandonadas.

En quinto lugar, en cuanto a la **impugnación de la prueba** se refiere, el investigado tiene derecho y se encuentra plenamente legitimado para impugnar esta prueba, pues existen varias posibilidades de que la coincidencia con la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partid del ADN, sea accidental o casual, cuando esa muestra indubitada se consigue a través de la comparación con base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partid del ADN. No solo es posible la existencia de errores, sino también numerosas causas que puedan llevar a esa coincidencia, tales como contaminación, etc… (STS 709/2013 de 10 de octubre). Por tanto **es válida y legítima la impugnación de dicho medio de prueba**. **El acceso a esta base de datos, solo puede tener lugar previo consentimiento del imputado correspondiente, con asistencia letrada o en su defecto y a falta de este con información de sus derechos, previa la correspondiente autorización judicial. Dicha ilicitud de acceso a esa reseña genética indubitada, puede ser acreditada por el investigado y su defensa, solicitando sea traído al procedimiento en cuestión, el expediente de incorporación de su reseña genética, por las distintas causas, entre**

ellas la inexistencia de autorización judicial, o por no existir la asistencia letrada en el consentimiento del imputado.

Por ello no cabe duda conforme a las antedichas resoluciones y doctrina jurisprudencial correspondiente, que la absoluta falta de consentimiento del investigado, tuviera o no asistencia letrada a pesar de resultar obligatoria al momento de su detención, y la ilicitud o ilegalidad en el acceso a la base de datos de la LO 10/2007, por falta de autorización expresa del investigado, o falta de autorización judicial por resolución motivada, es por lo que cabe concluir que conforme dichos requisitos jurisprudenciales y legales, la prueba realizada (análisis de muestras biológicas) y el acceso a la base de datos de ADN de interés criminal (ADNIC) por parte de los agentes instructores sin el preceptivo, obligatorio e imperativa autorización judicial, es por lo que **hacen dicha prueba adolecer de nulidad absoluta, no cupiendo la restitución a la fase procesal correspondiente, puesto que conlleva una imposibilidad real de restituir la situación inicial de los derechos del investigado, debiendo tenerse apartada dicha prueba por ilícita y nula ex Art. 11.1 LOPJ del procedimiento judicial al haber sido obtenida violentando derechos fundamentales del investigado**.

IV. QUEBRANTAMIENTO DE LA CADENA DE CUSTODIA DE DICHA PRUEBA Y VULNERACIÓN Y/O ATENTADO CONTRA EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL INVESTIGADO.

Según refiere GASCÓN ABELLÁN[9], la prueba de ADN, es una prueba con increíble potencial, pero el estado en que las muestras llegan al laboratorio, resulta de gran trascendencia, puesto que ello puede afectar al resultado. Por ejemplo, bien porque no han sido bien recogidos o conservados, o bien porque han resultado contaminados, entre otros. Por eso resulta tan importante garantizar la cadena de custodia, a fin de que estas muestras tengan plenas garantías y surtan plenos efectos probatorios. Del mismo modo evidencia una postura crítica a los numerosos estados que, sin un marco previo regulador de ADN, como resulta el estado español, se han abierto con entusiasmo a las pruebas científicas.

[9] GASCÓN ABELLÁN, M.; Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba de ADN, p. 4.

En adición a todo lo anterior, y precisamente en relación a la cadena de custodia, remitirnos nuevamente a la tan relevante **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de enero de 2017, n.º de recurso 10.371/2016, número de resolución 11/2017[10],** que indica la imperiosa necesidad de que se garantice en todo caso, que desde que se recoge la muestra que puede servir como prueba de cargo, y hasta que se produce su análisis, exposición o examen en el acto de juicio oral, es la misma muestra, y que esta, no ha sufrido alteración alguna, o que ha podido ser manipulada y sustituida, bien de forma intencional, bien de forma accidental. Inclusive en este caso, existe una clara regulación de la forma en que esta debe producirse y realizarse, siendo material regulada en la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, recogiendo y regulando como debe producirse la recogida y custodia de las muestras, y un modelo normalizado al efecto. Si es cierto que distinta jurisprudencia, ha reiterado que la falta de coincidencia del modelo normalizado no conlleva la vulneración de dicha norma, cuyo modelo es uno entre muchos. Pero sí que se establece la necesidad de que las recogidas y su cadena de custodia sea constatada en algún modelo oficial aunque este no sea coincidente. Es decir, se trata de garantizar una cadena de custodia material, y no formal, que garantice que la muestra que se lleva a efecto probatorio al plenario es la misma que se recogió y analizó, a fin de garantizarse los principios de inmediación, publicidad y contradicción de las partes.

Dispone **la LOPJ en su Art. 11.1** que toda prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales será nula de pleno derecho.

En este sentido refiere VILLA BOIX[11], que ***"se permite documentar la trazabilidad de todo el proceso de la cadena de custodia", siendo que de lo que se trata es de no omitir identificaciones tanto de personas físicas como jurídicas intervinientes en la custodia****. De ello, debe dejarse expresa constancia hasta la finalización del proceso.*". Dicha "trazabilidad", resulta un elemento esencial para poder determinar la validez de dicha cadena de custodia, pues sin la misma, no existiría una mínima garantía en cuanto a la integridad, manipulación o contaminación de la prueba en perjuicio del investigado.

[10] Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de enero de 2.017, nº de recurso 10.371/2.016, número de resolución 11/2.017. Obtenida del Centro de Documentación Jurídica (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial.

[11] VILLA BOIX, E. Actas del V Congreso Nacional Penitenciario Legionense, 2018. p. 7.

Se declara sin duda esta cuestión en materias que, como la presente, requieren de autorización expresa y motivada del juez de instrucción, tales como escuchas ilegales o no autorizadas, análisis de pruebas de ADN, entradas y registros sin la correspondiente autorización, etc., declarando nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas en este sentido.

V. DOCTRINA DEL FRUTO DEL ARBOL ENVENENADO.

A tal efecto destacar las sentencias de dicha doctrina jurisprudencial del fruto del árbol prohibido o envenenado SSTC 139/1999, 171/1999, 145/1998, 151/1991, 113/1992 y 136/1992. Muy especialmente debemos destacar la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 11 de marzo de 2008, la cual tiene su fundamento principal en el Art. 11.1 LOPJ, que introdujo por primera vez en nuestro sistema procesal una norma que formula de manera expresa la proscripción de la prueba ilícita, como consecuencia de la doctrina que respecto de este particular había establecido el Tribunal Constitucional en Sentencia 14/1984 de 29 de noviembre. En parecidos términos se pronuncia también en Sentencia Tribunal Supremo número 386/2007 de 29 de marzo, de la Sala primera, al declarar que: "*La ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consique, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta.*"[12]

A ello debemos valorar la existencia o falta de proporcionalidad entre la posible desproporción entre el delito presuntamente cometido y la vulneración de derechos fundamentales y de la intromisión ilegítima en la intimidad del investigado, al procederse al análisis de su perfil genético (elemento más personal e íntimo de la persona), pues hablamos en ocasiones de delitos que no están contemplados como delitos graves, sino como menos graves en el CP o inclusive leves.

Por ende, dicha doctrina lo que refleja, es la nulidad de la prueba proscrita o prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, conforme dispone el Art. 11.1 LOPJ, pero también debe reputarse nula, aquella que tiene su elemento nuclear, base o fundamento en la prueba que ha sido obtenida de forma lícita, deviniendo como un efecto dominó en

[12] Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de Marzo de 2.007, nº de recurso 1070/2.000, número de resolución 386/2.007. Obtenida del Centro de Documentación Jurídica (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial.

ilícita esta otra. Pero dicha doctrina contiene a su vez una limitación clara, y es que si dicha prueba obtenida a través o en base a otra prueba obtenida ilícitamente, será válida siempre y cuando se hubiere podido obtener de forma independiente, o por otros medios. Por ello **es importante determinar la fundamentación fáctica que acuerda la práctica de dicha prueba, a fin de poder verificar si esta deviene nula conforme la doctrina del fruto del árbol envenenado, o si esta es practicada consecuencia de otros medios de prueba o indicios obtenidos lícitamente**.

Según refiere MARTÍNEZ GARCÍA, E.[13] existen dos teorías que admiten la excepción de la prueba "envenenada", y son la **teoría de la fuente independiente**, que conlleva una desconexión causal entre los hechos ilícitos y las pruebas encontradas, que en sí mismas, carecen de ilicitud alguna. Y por otro lado, la **teoría del hallazgo inevitable**, según la cual, tarde o temprano, se hubiera llegado al mismo resultado de forma lícita.

En este sentido debemos considerar que no solo se infringen los derechos constitucionales, sino que se infringen también los derechos fundamentales reconocidos no solo en nuestro ordenamiento constitucional, sino que también se infringen derechos comunitarios, que han quedado establecidos y con plenas garantías, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente Arts. 47 a 54, por lo que tal cuestión puede ser objeto de casación, así como de recursos de naturaleza constitucional, y ante los tribunales europeos correspondientes, pues afectan a derechos fundamentales (constitucionales y europeos).

Según expone MAGRO SERVET[14], las pruebas derivadas de una tramitación irregular, pero no ilícita, existe la posibilidad de subsanación y recuperación de la misma y por ende, de su correspondiente material probatorio irregularmente obtenido o practicado, mediante la práctica de otras pruebas legítimas (teoría de la fuente independiente o del hallazgo inevitable).

Según mi opinión, más restrictiva, conservadora, o garantista de derechos fundamentales, ambas teorías que suponen una excepción, suponen una vulneración de derechos fundamentales y del Art. 11.1. LOPJ, pues tanto la teoría del hallazgo inevitable, como la teoría de la fuente independiente, son insuficientes en sí mismas. Es

[13] MARTÍNEZ GARCÍA, E. La eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal, 2003, pp. 89-95.
[14] MAGRO SERVET, V.; Guía práctica de la casuística existente en los delitos contra la salud pública, 2004, p. 320.

decir, la prueba siempre deberá ser ilícita, cuando haya sido obtenida violentando derechos fundamentales, pues el tenor de dicho precepto, va unido a otros principios, como el derecho a no ser prejuzgado, a la presunción de inocencia, y a no declararse culpable, pues aplicar tales teorías, y por ende admitir tal prueba, aunque hubiere podido ser descubierta por otros medios, de forma inevitable o independiente, no ha sido así, y por tanto, crea ya un criterio previo al enjuiciamiento, que perjudica e intoxica el resto del plenario, rompiéndose la balanza de la presunción de inocencia. Precisamente debe ser una crítica reflexiva la que debería realizarse, pues nunca se sabría si el instructor hubiere alcanzado esa conclusión, la posibilidad de proponerse en el plenario, o simplemente, vulnerando un proceso, en que por error u omisión de alguna parte, no se hubiere nunca planteado, lo que ello supone una actuación inquisitiva contra el investigado inaceptable, y que vulnera todo límite constitucional.

VI. FALTA DE LEGITIMACIÓN DE EXISTENCIA Y CONSERVACIÓN DEL PERFIL GENÉTICO (ADN) DEL INVESTIGADO EN LA BASE DE DATOS CREADA POR LA LEY ORGÁNICA 10/2007 DE 8 DE OCTUBRE.

Según CASADO, M. y GUILLÉN, M., los problemas generados por la utilización de muestras biológicas que puedan contener ADN, tienen gran incidencia social, traspasando los límites de la legalidad y de la ética, o entremezclándose, puesto que actualmente, existe una clara tendencia al almacenamiento de datos de todo tipo, que pueden conllevar su indebido uso o aplicación, y que puede sin duda exceder de los límites y fines con que ha sido obtenido, y especialmente con el consentimiento para el que fue otorgado, para una situación concreta y no otras. Añaden además que el potencial de dichos datos almacenados en "biobancos" es exponencial al uso al que se destinen y que pueden conllevar conflictos jurídicos, éticos y otros de distinta naturaleza y clase. [15]

Son numerosas las ocasiones en que bien por dejadez de la Administración y del investigado, o bien por simple olvido, se obvia en las resoluciones judiciales que acuerdan la absolución o el sobreseimiento de las actuaciones, la eliminación o supresión de los datos de las bases de datos. Inclusive en ocasiones, se mantienen más tiempo del legalmente establecido en dicha base de datos, contra los derechos fundamentales de los investigados cuyo perfil genético, queda guardado de forma

[15] CASADO, M./GUILLÉN M.; ADN forense: problemas éticos y jurídicos. 2014, p. 15.

perpetua por la Administración correspondiente, contra lo prevenido en la ley, utilizándose y aprovechándose de tales datos en ocasiones sin legitimidad para ello.

De gran trascendencia resulta el contenido del Art. 9 de la Ley 10/2007 de 8 de octubre estableciendo el límite temporal al efecto para su conservación en la correspondiente base de datos de ADN.

En ningún caso, su conservación puede exceder o superar el tiempo previsto para la prescripción del delito por el que fueron incorporadas al correspondiente fichero, o el plazo señalado para la cancelación de los correspondientes antecedentes penales.

Pero también comprende que para caso de sentencia absolutoria o sobreseimiento procederá el inmediato dictado de resolución judicial, que acuerde la eliminación de los datos de la base de ADN, pues ha quedado acreditado que o bien carecía de responsabilidad criminal o que siquiera participó en el delito, motivo que impide su conservación pues ha perdido la finalidad para la que fueron legítimamente obtenidos.

Tales requisitos o condiciones para la supresión del perfil genético del investigado, obrante con carácter previo, debe destruirse de forma automática después de que se de alguna de dichas condiciones, pues de lo contrario, se incurre en vulneración automática de derechos fundamentales, así como ello impide que se puedan utilizar por los encargados de dicha base de datos, los perfiles genéticos que constan en la base de datos para su posterior constatación, pues ello, implicaría que la norma perdiere su sentido.

VII. CONCLUSIÓN.

La doctrina jurisprudencial establecida de forma reciente, matiza y aclara sin género de duda que la policía judicial puede recoger muestras biológicas abandonadas, pero concreta sin lugar a duda que, en todo caso, debe ponerse a disposición del tribunal competente, quien decidirá si se analiza, o si se coteja con las bases de datos correspondientes, pero **en ningún caso, podrá analizarse las muestras biológicas o contrastarse automáticamente por la policía judicial**. Y por otro lado, que la base de datos prevenida en la ley orgánica 10/2007 de 8 de octubre, no es una base de datos con carácter indefinido y que permita el almacenamiento de perfiles genéticos por plazos indeterminados, sino que el trascurso del tiempo para que opere la prescripción de la pena o del delito, o la cancelación de los correspondientes antecedentes penales, así como en los casos de absolución o sobreseimiento (libre o provisional), conllevan la

imperativa necesidad de destrucción automática de dicho perfil genético de la correspondiente base de datos, pues su utilización, conllevaría una vulneración flagrante de derechos fundamentales.

Las consecuencias de la práctica ilícita de un análisis no autorizado judicialmente, conllevan su nulidad de pleno derecho conforme dispone el Art. 11 LOPJ. Tal nulidad deviene por cuanto se trata de una injerencia grave en los derechos fundamentales de los investigados, especialmente el derecho a la intimidad, a no confesarse culpable, la presunción de inocencia, así como por tratarse de una actuación arbitraria de los agentes de la autoridad que además, no tiene amparo legal. No se trata de una situación que permita la restitución del derecho, ni que pueda ser subsanado, y por eso debemos inclinarnos y considerar la nulidad de dicho medio de prueba, y no por una anulabilidad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

ALONSO ALONSO, A. y otros, Interpretando la genética forense. ¿Qué puede revelar el ADN sobre un delito? Sense About Science 2017. Reeditada y traducida al castellano en 2019. Recurso electrónico disponible: https://senseaboutscience.org/wp-content/uploads/2019/04/SaS-ForensicGenetics-spanish-translation-WEB-spreads-13_03-amend.pdf

CASADO, M./GUILLÉN M., ADN forense: problemas éticos y jurídicos. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. 2014.

GASCÓN ABELLÁN, M., Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba de ADN. UCLM. Recurso electrónico disponible: https://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf

MAGRO SERVET, V. Guía practica de la casuística existente en los delitos contra la salud pública. Especial referencia a los delitos relativos al tráfico de drogas y su casuística. Todas las dudas y respuestas. La Ley. 2004.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.; Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal. Tirant lo Blanch. 2003.

VILLA BOIX, E. La cadena de custodia en el proceso penaL. Actas del V Congreso Nacional Penitenciario Legionense, Univ. de León, 2018, p. 7. Recurso electrónico disponible en: https://ficp.es/wp-content/uploads/2018/08/Villa-Boix.-Comunicaci%C3%B3n.pdf

www.cendoj.es

https://documentos.diaridegirona.cat/2018/12/auto-cas-susqueda.pdf

www.boe.es

* * * * * *

Alejandro Jesús García David

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid núm. 88.589 y del Ilustre Colegio de Abogados de Alcalá de Henares núm. 4.194. LL.M International Business Law.
Socio de la FICP.

~La tramitación procesal de la ejecución de la responsabilidad civil~

Sumario.- I. Introducción. II. Regulación de la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito. 1. Del tratamiento civil. 2. Del tratamiento de la responsabilidad civil en el Código Penal. 3. Del tratamiento de la responsabilidad civil en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. III. De la ejecución de la responsabilidad de los autores y participes del delito. Especial referencia al grado de responsabilidad. IV. La responsabilidad civil derivada del delito. del orden de prelación de pagos. V. Prerrogativa del fraccionamiento de pago. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

Resumen.- El presente trabajo de fin de curso e investigación, tiene como finalidad el examinar cuestiones fundamentales relativas a la responsabilidad civil en el curso de la ejecutoria penal, y su tratamiento en dicha vía, relacionándolo con la legislación y materia civil que lo complementa, dada su naturaleza mixta, con la finalidad de realizar una crítica constructiva de la problemática y posibles alternativas de la responsabilidad civil ex delito.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de fin de curso e investigación, tiene como finalidad el examinar cuestiones fundamentales relativas a la responsabilidad civil derivada del delito, concretamente cuestiones incidentales y principales problemas que surgen en la aplicación práctica del derecho penal respecto de la responsabilidad civil.

Aun cuando la responsabilidad civil tiene naturaleza de índole civil, sin embargo, se dará curso a la exacción de la misma a través de la correspondiente ejecutoria penal, remitiéndose en cuanto no esté regulado, es decir, con carácter subsidiario a las normas civiles.

Del mismo modo examinaremos la responsabilidad y problemas o cuestiones principales que surgen consecuencia de la coautoría y condena de varias personas por un mismo hecho delictivo. También veremos los principales problemas que surgen frente a los ejecutores y víctimas relativas al fraccionamiento y aplazamiento del pago de la pena e inclusive las insolvencias que frecuentemente dan lugar a incidentes en la tramitación de la ejecución.

II. REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Sin ánimo de entrar en un estudio profundo de regulación de la responsabilidad civil derivada del delito, debe hacerse, al menos, una mínima referencia la ejecución de

la responsabilidad civil ex delito. Esta encuentra su regulación general en la ejecutoria penal de las sentencias, por cuanto el contenido de la propia sentencia, es la que hará en su caso mención a la responsabilidad civil correspondiente. Dicha ejecución de sentencias tiene su regulación en el Libro VII de la LECr, concretamente los Arts. 983 a 999 LECr.

Se trata además de un tratamiento mixto de índole penal y civil. Penal por cuanto la ejecutoria tendrá como finalidad hacer cumplir con la pena impuesta en sentencia, así como con la obligación de satisfacer la responsabilidad civil derivada de dicho delito cometido, debiéndose reparar el daño causado en la medida de lo que resulte posible.

Sin embargo, algunos autores, consideran que dicha responsabilidad, tiene únicamente naturaleza civil, pues como dice SERRANO PÉREZ: "*La obligación de restituir el bien, reparar o indemnizar por los daños y perjuicios causados, tiene naturaleza civil y no penal, aunque se regule en el CP.*"[1]

Y tendrá un tratamiento civil por cuanto lo que se trata con dicha responsabilidad civil, es que se reponga la situación causada consecuencia del delito, a su estado inicial, mediante una obligación de dar, hacer o no hacer (sujeta además al poder coercitivo del estado), o de indemnizar si la restitución u obligación de dar, hacer o no hacer ya no es posible.

1. Del tratamiento civil.

En cuanto refiere a dichas obligaciones de dar, hacer o no hacer, se encuentran reguladas en el código civil, en su Libro IV, Arts. 1088 CC y ss.

Especial mención refiere el Art. 1089 CC, que dispone:

> "*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y de los cuasicontratos, **y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.***".

Por tanto, la responsabilidad civil ex delito deriva o se convierte en una obligación del reo.

Ya contempla el origen de dicha responsabilidad civil la propia regulación civil, que resulta de aplicación subsidiaria a las normas de índole penal que no contemplen o regulen dicha necesidad de cumplir con la obligación derivada del delito.

[1] SERRANO PÉREZ, I. Actas del XVII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, 2016. p. 4.

Incluso sorprenden los términos que utiliza dicha regulación, y son conceptos que a pesar de su antigüedad (debemos recordar que el CC tiene su redacción y publicación en el año 1888-1889), que son los de "*culpa*" y "*negligencia*", conceptos que han sido mantenidos durante los años sin necesidad de cambiar o matizar los mismos dada su clara precisión.

Complementa dicho precepto el Art. 1092 CC, que dice: "*Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal*". Pero a pesar de dicha remisión al código penal, este solo ha contemplado los delitos y sus consecuencias, ya sean directas o accesorias. Es muy breve aunque preciso, el tratamiento que el código penal ofrece a la responsabilidad civil. En este sentido encontramos su regulación en los Arts. 116 y correlativos del Código Penal.

2. Del tratamiento de la responsabilidad civil en el Código Penal

El tratamiento de la responsabilidad civil ex delito, encuentra su tratamiento en el Título V del Libro I del Código Penal que regula "*De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales*".

Dispone el Art. 116.1 CP en su modificación operada por la LO 1/2015 que: "*La persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito, los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.*". Es decir, dicho precepto ya impone la obligación de reparar el daño o perjuicio causado, si se trata de una/s persona/s responsable/s criminalmente del delito que lo causa.

Dicho pronunciamiento de responsabilidad civil, debe recogerse en la sentencia de condena, siempre y cuando esto haya sido objeto del procedimiento, pues de lo contrario, se estaría generando una indefensión grave al condenado ex Art. 24.2 CE, a quien se le priva del derecho a defenderse de unas cuestiones que realmente no han sido objeto del procedimiento. En este sentido es claro el Art. 742 LECr respecto del contenido de la sentencia, no pudiendo resolverse cuestiones que no hayan sido objeto de discusión en el proceso. Dispone dicho Art. 742 LECr, en su párrafo segundo, "*También se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio*"

Por tanto, para que exista un pronunciamiento de responsabilidad civil, este debe haber sido objeto de discusión en el procedimiento. No debemos olvidar que existen

delitos que por su naturaleza pueden no conllevar responsabilidad civil (i.e. quebrantamiento de condena) o haberse renunciado a la responsabilidad civil (i.e. lesiones).

Por otro lado, la regulación específica del cumplimiento de la responsabilidad civil, se encuentra en el Capítulo IV del Título V del Libro I del Código Penal, concretamente Arts. 125 y 126 CP que expondremos más adelante.

3. Del tratamiento de la responsabilidad civil en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto a la responsabilidad civil en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es muy limitado su contenido, que se encuentra en el Título X "*De la responsabilidad civil de terceras personas*" y Título X Bis "*De la especialidad en los delitos contra la hacienda pública*", ambos del Libro II de la LECr, los cuales se encuentran en correlación con el Título IX, que regula "*De las fianzas y embargos*".

Dicha regulación procesal, está quizás más orientada según criterio de este autor, al momento de la instrucción penal, más que a su propia ejecución, tendente a asegurar y garantizar el cumplimiento de la responsabilidad civil para caso de que los investigados, sean posteriormente reputados responsables criminal o civilmente del delito y evitar así que se puedan distraer bienes de distinta clase, motivo por el que tiene relación con el Título IX que regula las fianzas y embargos.

En cuanto al cumplimiento de la responsabilidad civil por vía de ejecución de la pena, encontramos mayor peso en la norma civil correspondiente, es decir, la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contempla los distintos medios y procedimientos para poder ejecutar el cumplimiento de dicha obligación que tiene naturaleza civil. Es dicha regulación la más adecuada para lograr el cumplimiento y exacción de la responsabilidad civil, y ello unido al poder coercitivo del estado, da mayor eficacia y por ende, mayor probabilidad de lograr la satisfacción de la responsabilidad civil en vía penal, que frente a la civil, cuyos destinos son diferentes dada la naturaleza u origen del mismo.

III. DE LA EJECUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES Y PARTÍCIPES DEL DELITO. ESPECIAL REFERENCIA AL GRADO DE RESPONSABILIDAD.

Dispone el Art. 27 CP establece que "*Son responsables criminalmente de los*

delitos los autores y los cómplices".

Como hemos referido anteriormente, tal pronunciamiento de responsabilidad civil debe contenerse en la sentencia correspondiente, siempre y cuando haya sido objeto del procedimiento. En este sentido las disposiciones del código penal establecen la responsabilidad y sus grados en los Arts. 116 a 122 CP.

Como muy bien señala GÓMEZ TOMILLO: "*la realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común*"[2].

Por tanto, el objeto de tal cuestión es que todos ellos (autores y participes), tienen como objetivo la realización del hecho delictivo, siendo que su participación, a efectos de responsabilidad civil, tendrá una mínima trascendencia, pues su deseo era el lograr el hecho delictivo, y por ello realizan al menos, un acto esencial para que el delito tenga lugar, independientemente de que logren o no su objetivo.

Esto resulta trascendental a la hora de determinar cómo deben afrontar los condenados la responsabilidad civil impuesta en sentencia, toda vez que dispone el Art. 109.1 CP que "*La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados*". Es decir, quedan obligados tanto autores como demás partícipes a reparar el daño causado. Esta obligación o responsabilidad que establece la ley comprende distintas formas de reparar la situación o daño causado que según dispone el Art. 110 CP son:

"*1º La restitución.*
2º. La reparación del daño
3º. La indemnización de perjuicios materiales y morales"

Se puede observar de tal disposición, un orden de prelación en la aplicación de la reparación del daño. Prueba de ello es el contenido del Art. 110 CP el cual indica con carácter imperativo en su redacción que "*deberá restituirse, siempre que sea posible...*". Es decir, **la restitución** debe ser la principal forma de llevar a efecto la responsabilidad civil y solo cuando ello no sea posible, se procederá a la aplicación de los demás medios

[2] GÓMEZ TOMILLO, M. Comentarios al Código Penal. 2010, p. 242-243

o formas de resarcimiento de la responsabilidad civil, **con carácter subsidiario y no alternativo.**

Pero no solamente debe atenderse a dicho método si no que como indica JUAN SANCHEZ[3]: "*Para determinar el titular del derecho a la restitución es necesario atender al delito cometido…*", pues en algunos delitos concretos, no es posible la restitución como diremos a continuación.

Sucede en numerosas ocasiones en que el daño causado ya no puede restituirse por resultar este imposible, y como ejemplo más claro, es el delito contra la vida, es decir, los homicidios y asesinatos consumados, pues no se puede devolver la vida a las víctimas. Dado que en ocasiones tampoco se puede reparar el daño como aquí sucede, debe acudirse a la indemnización por los daños materiales y morales, que aunque tienen un claro componente económico, no permite en numerosas ocasiones resarcir a la víctima, pero ello trata de reparar en la medida de lo posible el daño causado con el fin de que esa indemnización ayude a la víctima o sus familiares a sentir que se ha reparado el daño, cuantificándolo económicamente.

Este autor debe discrepar parcialmente del método indemnizatorio, por cuanto determinadas situaciones no son rectificables o solucionadas por vía económica como sucede con el homicidio o asesinato. Pero es que inclusive existen otros delitos en que la cantidad económica a indemnizar, si bien puede ayudar a llevar una vida mejor, motivo por el que se suelen aplicar las tablas y baremos indemnizatorios de los accidentes de tráfico, no son suficientes para reparar el daño causado, motivo por el que el autor que suscribe considera, y es criterio propio, la necesidad de incrementar determinadas penas, o crear un tipo hiperagravado, especialmente cuantas refieren a las lesiones que actualmente se contemplan en el Art. 149 CP, tales como lesiones medulares que conlleven paraplejias o tetraplejias, inutilidad de sentidos como la vista, quemaduras graves en la piel, etc. A tal efecto es numerosa la jurisprudencia que considera las indemnizaciones más allá de tales baremos. En este sentido y a modo de ejemplo, sintetizamos nuestro estudio en las siguientes:

1) Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª, de 28 de Junio de 2010, Recurso n.º 27/2009, Resolución n.º 717/2010. Esta sentencia conoce de un supuesto de lesiones medulares causadas por un golpe sorpresivo en la nuca de una

[3] JUAN SÁNCHEZ, R. La responsabilidad civil en el proceso penal, 2004, p. 142.

persona, causándole una tetraplejia. En cuanto a la responsabilidad civil se refiere, dispone en este sentido a destacar la fundamentación jurídica décimo octava (18ª), apartado 2.6 que:

> "*Teniendo en cuenta que el Baremo utilizado para los anteriores cálculos no indemniza todas las lesiones sufridas por don Carlos Miguel (véase el límite de los 100 puntos) ni se prevé en la Tabla VI del Baremo el trastorno sicótico también apreciado, consideramos que la cantidad de 1.573.779,86 euros reclamado por la representación del perjudicado don Carlos Miguel se ajusta a una mínima indemnización a tan graves consecuencias.*"[4]

Como observamos de dicha resolución, se extienden sus efectos de la determinación de la responsabilidad civil, más allá de los baremos de accidente de tráfico correspondientes, indemnizando en cantidades que traen su causa conforme la libre valoración del tribunal.

2) Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29ª, de 22 de Junio de 2018, Recurso n.º 629/2017, Resolución n.º 364/2018. Dicha sentencia conoce de un procedimiento de pérdida e inutilidad de órgano principal ex Art. 149.1 CP, causándole la pérdida de la visión y función del miembro ocular. Dispone dicha sentencia en su fundamentación jurídica sexta que:

> *"Según el médico forense las secuelas las computa en 24 puntos, por lo que valorando las mismas atenderemos a la edad del perjudicado, 24 años y al Baremo aplicable a los accidentes de circulación vigente al tiempo de sanidad del lesionado, esto es para el año 2017, baremo cuya aplicación no es necesariamente vinculante en el orden penal pero que se acepta como punto de partida orientativo incrementando dichas cantidades especialmente en los supuestos de delitos dolosos, y valorando también la gravedad objetiva del sufrimiento moral causado en relación con el referido hecho causante de dicho perjuicio puesta en relación con la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente y con el mayor perjuicio moral asociado al hecho de haber sido víctima de una acción intencionada. Por ello se considera prudencial la cantidad reclamada por el Ministerio Fiscal de 48.000 euros, más 24.800 euros por los días que tardó en curar de las lesiones, estado impedido para dedicarse a sus ocupaciones habituales, a razón de 100 euros día, pues la Acusación Particular no ha justificado la cantidad pretendida."*[5]

3) Sentencia Tribunal Supremo de fecha 2 de junio de 2010, Recurso n.º 2459/2009, Resolución n.º 558/2010. Dicha sentencia conoce de un supuesto de asesinato por el que la acusada, vierte gasolina sobre su víctima, la cual por cierto fue condenada por violar a la hija de la acusada, lo que dio lugar a unas eximentes

[4] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª de fecha 28 de Junio de 2010, recurso número 27/2009, resolución número 717/2010. Obtenida del Centro de Documentación Jurídica (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial.

[5] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29ª, de 22 de Junio de 2018, Recurso nº 629/2017, Resolución nº 364/2018. Obtenida del Centro de Documentación Jurídica (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial.

incompletas, en las que fundamentaba la defensa para eludir le pago de la responsabilidad civil. Sin embargo, el Tribunal Supremo, concluye que procede la condena por responsabilidad civil y expone:

> "*No es eso lo que se infiere de la sentencia recurrida que en el séptimo de sus fundamentos jurídicos explica y motiva las bases y razones que se han tenido en cuenta para cuantificar las indemnizaciones, sin que pueda olvidarse que, cuando se trata de responsabilidad civil por los daños morales, como se expone en la Sentencia 277/2007, de 30 de marzo, son incuantificables por su propia naturaleza y que baste decir que la jurisprudencia defiere su concreta determinación al prudente arbitrio de los Tribunales de justicia, sin otras limitaciones objetivas que las derivadas de las pretensiones de las partes acusadoras, por razón del principio de congruencia (art. 218 LEC); teniéndose en cuenta, por lo demás, de ordinario, las circunstancias particulares de cada caso, los usos jurisprudenciales y los criterios marcados por el legislador en el baremo establecido para los supuestos de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor, si bien estos últimos son meramente orientativos.*"[6]

En numerosas ocasiones esa responsabilidad civil derivada del delito no es suficiente para la víctima, quien inclusive en no pocas ocasiones, no ve resarcido económicamente el daño por insolvencia del penado. Aquí entramos en una cuestión sumamente conflictiva pues no siempre se logra el resarcimiento del daño, siendo inútil total o parcialmente la ejecutoria penal de la responsabilidad civil.

Por esto precisamente es por lo que resulta sumamente importante, la responsabilidad solidaria de la responsabilidad civil que impone el código penal a los autores del delito ex Art. 116.2 CP. La responsabilidad civil será solidaria, si bien entre los mismos, responderán de su respectiva cuota, respondiendo todos ellos frente a la víctima de forma "*universal*" y "*solidaria*", aunque cabrá entre ellos el derecho de repetición correspondiente. Tal norma tiene como finalidad precisamente dar una mayor protección a la víctima, quien no tiene obligación o deber alguno de sufrir el delito, o los daños correspondientes derivados del mismo.

Por tanto, la responsabilidad civil derivada del delito, será responsabilidad "*solidaria*" de todos los partícipes, aun cuando su cuota no sea equitativa, pero responderán del todo de forma solidaria quedando a salvo el derecho de repetición frente a quien hubiere pagado la cuota del otro.

La ejecutoria penal de la responsabilidad civil por tanto, se dirigirá contra todos los partícipes del delito, quienes con carácter solidario responderán por la totalidad de la

[6] Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de Junio de 2010, Recurso nº 2459/2009, Resolución nº 558/2010. Obtenida del Centro de Documentación Jurídica (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial.

citada responsabilidad civil, y solo una vez que se haya satisfecho la misma íntegramente, podrá tenerse por cumplida, siendo que deberá sustanciarse por los cauces del procedimiento declarativo que pueda corresponder, la acción de repetición frente a los demás que no hubieren cumplido con su cuota.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO. DEL ORDEN DE PRELACION DE PAGOS.

Como indica DE LA FUENTE HONRUBIA[7]: "*La determinación de la cuantía a la que ha de ascender la indemnización, es facultad del Tribunal, pero se requiere la fundamentación de las bases sobre las que la ha determinado (art. 115 CP).*".

Pues bien, como indica SERRANO PÉREZ[8]: "*Los daños o perjuicios causados deben ser probados en el proceso y reflejados en la sentencia*."

En cuanto a las cantidades que se abonan por los penados y responsables civiles subsidiarios, dispone el Art. 126 CP que:

> "*1. Los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario se imputarán por el siguiente orden:*
>
> *1º.- A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios.*
>
> *2º.- A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieren hecho por su cuenta en la causa.*
>
> *3º.- A las costas del acusador particular o privado cuando se impusieren en la sentencia su pago.*
>
> *4º.- A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.*
>
> *5º.- A la multa.*
>
> *2. Cuando el delito hubiere sido de los que solo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado.*"

Este orden tiene un sentido primordial, y es evitar que se cumpla con determinados aspectos de la pena, como la multa, y se tenga por cumplida la responsabilidad penal, y no la civil, evitando así resarcir el daño a la víctima. De esta manera, se difiere el cumplimiento de determinadas penas como la pena multa, hasta la total exacción de la responsabilidad civil.

---

[7] DE LA FUENTE HONRUBIA, F. Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá), 2003, p. 231.

[8] SERRANO PEREZ, I.; Actas del XVII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, 2016, p. 4.

Inclusive esto resulta fundamental para acordar las suspensiones y sustituciones de la pena ex Art. 80 y 89 CP, cuando esto resulta posible, pues en tanto se satisface la responsabilidad civil, o se supedita la suspensión de la pena al cumplimiento de esta, existe al menos una "motivación" para el condenado de cumplir con la restitución o reparación del daño causado a la/s víctima/s, pues en tanto no lo cumpla, o se comprometa de forma seria, real y eficaz al respecto, no podrá sustituir o suspender la misma. Ello no obstante, no implica que todo condenado este dispuesto al cumplimiento de la responsabilidad civil, ni se garantiza de este modo su cumplimiento, pero sí que es cierto que los condenados trataran de garantizarse poder disfrutar de los beneficios legales que la ley establece.

En cuanto refiere al pago de la responsabilidad civil, su incumplimiento por el penado, o la falta de un compromiso serio a su restitución, suele conllevar la falta de beneficios penitenciarios, tales como permisos y la obtención del tercer grado o libertad condicional. Es una cuestión seria para la junta de tratamiento del centro penitenciario, el haber o no cumplido con las responsabilidades civiles, pues determinan el grado de arrepentimiento del penado, y la posibilidad de reincidir de los mismos. Si no existe una obligación o compromiso de pago, no puede determinarse que el penado tenga arrepentimiento alguno, y ello implica que la finalidad penológica de la condena, que no es sino la propia reinserción social, derecho constitucional de todo ciudadano, no tendrá efecto, por lo que no podrá beneficiarse de tales derechos o beneficios que tanto la legislación penal, como penitenciaria, establecen.

V. PRERROGATIVA DEL FRACCIONAMIENTO DE PAGO.

Dispone el Art. 125 CP:

> "*Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el Juez o Tribunal, previa audiencia al perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos.*"

Dicho precepto según parte de la doctrina, considera que debe reputarse de obligado cumplimiento por ser un derecho del reo, así como por establecerlo la ley al inferirse del sentido afirmativo del precepto legal. Sin embargo, otra parte de la doctrina de la que este autor comparte criterio, considera que tal fraccionamiento no es sino una potestad que otorga la ley al juez que corresponda.

Si bien es cierto que es un derecho del reo, dicho derecho tiene un carácter prerrogativo del juzgador atendiendo a la situación de cada procedimiento. No obstante, es sumamente frecuente la solicitud por el reo y la admisión del fraccionamiento del pago de la responsabilidad civil, por cuanto lo que se pretende por la ley, es la reparación del daño, y se busca que se consiga un cumplimiento objetivo.

Este tipo de derechos son sumamente frecuentes ejercidos y acordados cuando el condenado al pago de la responsabilidad civil (ya sea directo o subsidiario), carece de bienes o medios suficientes para cumplir con el pago impuesto, pues lo que pretende la ley, así como inclusive la víctima, es que se resarza de algún modo el daño causado.

En múltiples ocasiones la sociedad y las partes son conscientes de dicha imposibilidad de pago, por lo que es necesario dicho fraccionamiento si queremos que se cumpla con la citada responsabilidad civil y por ello es admitido el fraccionamiento. Sin embargo, es potestad del juez fijar como, cuando y porqué se accede a dicho fraccionamiento.

No cabe admitir el fraccionamiento en supuestos en que el condenado o responsables civiles tienen bienes y medios suficientes para poder satisfacer la responsabilidad civil, pues también lo que se quiere y pretende, es que dicha satisfacción sea a la mayor brevedad posible, a fin de evitar la posible prescripción de la responsabilidad civil.

VI. CONCLUSIONES:

La responsabilidad civil derivada del delito, ya sea directa o subsidiaria, tiene una naturaleza preminentemente civil, si bien encuentra numerosa y principal regulación en el código penal. En cuanto este no contemple, regirán las normas civiles correspondientes.

Existen distintos tipos de resarcimiento de la responsabilidad civil, encontrando en el Código Penal un orden claro a seguir de los medios de lograr la responsabilidad civil, que comienza con la restitución, en segundo lugar la reparación del daño y en tercer lugar, la indemnización de perjuicios materiales y morales. Siempre que sea posible, por tanto, deberá restituirse el daño causado, siendo la reparación del daño, y la indemnización subsidiarios sucesivamente.

Sin embargo, en ocasiones, el daño causado tiene un valor "irrestituible" o "irreparable", aun cuando pueda indemnizarse económicamente a través de los baremos correspondientes.

Es por ello que se hace imperativo buscar métodos alternativos y/o complementarios para satisfacer las responsabilidades de otro modo, o punir mayormente determinadas situaciones en compensación al daño causado, pues no siempre el dinero, puede reparar determinadas situaciones, ni resultar suficiente para poder llevar una vida similar a la que llevaba (i.e. recuperar la movilidad a un tetrapléjico, o la vista a un ciego).

Por otro lado, cabe concluir que en todo caso, deberá acordarse y procederse con prioridad al pago de las responsabilidades civiles antes del pago de cualquier otra obligación, inclusive las costas y la multa que pueda llegar a imponerse, siendo que tal orden de prelación de pagos, tiene como finalidad asegurar la reparación del daño a la/s víctima/s como objetivo principal y prioritario.

BIBLIOGRAFÍA

DE LA FUENTE HONRUBIA, F.; La responsabilidad civil derivada del delito. especial consideración de las personas jurídicas y entes colectivos. Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá), 2002-2003, 2003, Recurso electrónico disponible en: http://hdl.handle.net/10017/6094

GÓMEZ TOMILLO, M. Comentarios al Código Penal, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1ª Edición, 2010.

JUAN SÁNCHEZ, R.; La responsabilidad civil en el proceso penal. Ed. La Ley. Las Rozas (Madrid). 2004.

SERRANO PÉREZ, I.; La responsabilidad civil derivada de la infracción penal. El valor económico del resarcimiento de la víctima. Actas del XVII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León, 2016. Recurso electrónico disponible en: https://ficp.es/actas-xvii-seminario-fddp/

www.cendoj.es

www.boe.es

* * * * * *

Ildefonso Manuel Gómez Padilla

Abogado en ejercicio. Doctorando. Univ. de Jaén. Tri-Master en Derecho Deportivo. Master en Compliance Officer (Controller Jurídico). Master en Criminalística. Master en Criminalidad Juvenil e intervención de menores. Ex-magistrado suplente. Socio de la FICP.

~Evolución histórica del Derecho penitenciario desde el prisma de Michel Foucault y su obra "Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión"~

Sumario.- I. Suplicio. 1. El cuerpo de los condenados. 2. La resonancia de los suplicios. II. Castigo. 1. El castigo generalizado. 2. La Benignidad de las penas. III. Disciplina. 1. Los cuerpos dóciles: a. El arte de las distribuciones. b. El control de la actividad. c. La organización de las génesis. d. La composición de las fuerzas. 2. Los medios del buen encauzamiento: a. La vigilancia jerárquica. b. La sanción normalizadora. c. El examen. IV. El Panoptismo. V. Prisión. 1. Unas instituciones completas y austeras. 2. Ilegalismos y delincuencia. 3. Lo carcelario. VI. Conclusiones.

Resumen.- Con este trabajo, se pretende analizar la evolución de los métodos de vigilancia y castigo desde la edad medieval a la actual sobre la base de la reconocida obra de Michel Foucault, "Vigilar y Castigar: El nacimiento de la Prisión". Con el fin de seguir con el máximo rigor la obra, se van a respetar literalmente los capítulos que componen el libro, adentrándonos en la evolución que ha tenido la sociedad para vigilar y castigar comenzando desde lo material, lo corporal (torturas, suplicio, castigos, etc.) hasta llegar a algo inmaterial (psicológico, alma…).

I. SUPLICIO

1. El cuerpo de los condenados.

A lo largo de la historia desde que tenemos "uso de razón" en todas las civilizaciones se ha pretendido enmendar los comportamientos no autorizados, siendo el método natural por antonomasia "los suplicios al cuerpo" en terminología mas actual lo que se conoce como "tortura". Técnica siempre muy efectiva por el miedo al dolor que de manera natural experimenta el cuerpo humano, al tiempo, que muy cuestionable puesto que si en realidad se pretendía corregir actitudes no se debería amenazar la vida.

En la Edad Media, los mandatarios religiosos eran los que estaban autorizados para imponer las penas y castigar las conductas indebidas. Mezclándose "lo divino con lo humano, esto es, los pecados y las malas acciones eran severamente castigados. El ingenio humano en el desarrollo de su limitada ciencia, se orientaba a hacer de los castigos lo más dolorosos posible, combinando el sufrimiento y el miedo. Además, aparejado al terror y al dolor del reo, se trataba, a modo redentor de humillarlo, exponiendo las ejecuciones de modo ejemplificante ante el resto del pueblo (peculiar precursor del principio preventivo de la pena). Llevadas las ejecuciones publicas a su máxima crueldad, y llegando a la conclusión por la reiterada practica que la misma no era lo efectiva que se pretendía, ya que no se evitaba la reincidencia, se modifican las

formas de los castigos, se eliminan los suplicios, todo ello ligado a un proceso en el que se pretenden penas mas humanas. De este modo, el castigo dejo de teatralizarse y representarse punitivamente hablando con el objetivo de atemorizar a la población, dando paso a un modo de castigar mas oculto y mas humano. La evolución señalada, implica dejar de lado el castigo al cuerpo y se procede a buscar mas el condicionamiento de voluntades y derechos, esto es provocar la muerte del reo, pero sin producir dolor. Ejemplo privilegiado de la época es la creación de la guillotina.

Paralelamente, evoluciona la forma y el objeto de castigar desarrollándose diferentes estudios en torno al concepto de la pena y su verdad. Para llegar hasta aquí, al juez se le autoriza para imponer sanciones utilizando todo un conjunto de juicios apreciativos, diagnósticos, pronósticos, normativos, referentes al delincuente. Consecuencia de esto, evoluciona el sistema penitenciario, considerando el castigo como una cuestión compleja de la función social, la humanización de la penalidad. Como contrapartida, el poder va siempre ligado al conocimiento, lo que permite a los jueces decidir en los casos que se le plantean conforme las reglas penitenciarias; por lo que, consecuentemente, los menos poderosos tendrán mas posibilidades de ser condenados que los ricos y con influencias.

2. La resonancia de los suplicios.

“En los "excesos" de los suplicios, se manifiesta toda una economía del poder”[1]. Alternativamente, se aplicaban otras penas mas leves como la amonestación, prisión de corta duración, resarcimiento de las personas ofendidas, veto, prohibición de ir a un lugar concreto y multas o embargo de bienes.

Los jueces de la época estaban cualificados para dilucidar cuestiones penales, admitiéndose pruebas documentales. Mención especial merece la prueba de confesión, que ya en estos tiempos no era impuesta por medio de la tortura. Sin pruebas no había proceso judicial y se procedía a la conclusión del mismo, en el caso de que hubiera comenzado.

El siglo XVIII se caracteriza por la aplicación de la “tortura judicial”, sus condenas, en primera instancia, obligaban al culpable a publicar la condena que le había sido impuesta portando carteles adheridos a su cuerpo y mostrando su arrepentimiento

[1] FOUCAULT, M.: Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión. 1.ª ed., trad. Aurelio Garzón del Camino Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002. 314 p., p. 41 del original, p. 34 de la versión digital utilizada.

publico en la iglesia. Se convierte en un ritual político mediante la cual se manifiesta el poder real, demostrando a sus súbditos que su poder le permitía ejecutar las penas a su libre albedrío.

Se mantienen sin embargo las ejecuciones publicas para complacer los instintos de venganza del pueblo. Cobra mayor relevancia, si cabe, la imagen del verdugo, que no solo es la figura que aplica la ley, sino el que la materializa a través de la fuerza.

Posteriormente, la práctica punitiva del siglo XIX, se va moderando e intenta evitar que la aplicación del "ius puniendi" del estado no se equipare en crudeza al crimen realizado, esto es, que la pena imputada siempre quede por debajo del crimen cometido; todo ello sin perjuicio, de que para hacer justicia, el estado mantenía que la victima debía padecer un castigo ejemplar.

II. CASTIGO.

> "El castigo es una técnica de coerción de los individuos; pone en acción procedimientos de sometimiento del cuerpo, con los rastros que deja, en forma de hábitos, en el comportamiento; y supone la instalación de un poder específico de gestión de la pena."[2]

1. El castigo generalizado.

"Que las penas sean moderadas y proporcionadas a los delitos, que la muerte no se pronuncie ya si no contra los culpables de asesinato y que los suplicios que indignan a la humanidad sean abolidos."[3]

La justicia criminal, pasa a ser entendida como esa necesidad de una pena sin sufrimiento. Hasta al peor de los asesinos, se le debe respetar. Se acomete entonces un cambio del poder judicial del Estado, la totalidad de los jueces estaban corrompidos desde sus propios nombramientos, hasta en el ejercicio del mismo, evidenciando los privilegios a favor de los poderosos y en detrimento de los pobres y marginados, aplicando de manera implacable la ley sobre estos últimos y de una manera muy flexible para los mas ricos, lo que provoca desigualdad en la aplicación de la justicia existente y del cumplimiento de las penas impuestas. En resumen, con la renovación realizada sobre la justicia en general, se pretendía que las sanciones impuestas por los jueces no se ejecuten de forma arbitraria por estos, es decir, se introduce el principio de legalidad y tipicidad, así, los ciudadanos pueden conocer a que se exponen y los jueces solo se convierten en el instrumento mediante el cual se aplica la ley. Debe existir

[2] Ibídem, p. 136 del original, p. 123 de la versión digital utilizada.
[3] Ibídem, p. 77 del original, p. 67 de la versión digital utilizada.

proporcionalidad entre el delito y la pena impuesta y esto, debe tener su reflejo sobre el orden social, esto es, el fin de la sanción, esta pensada más, para evitar la reincidencia que el propio crimen en si. Se impulsan, así, varias reglas:

- la "regla de la cantidad mínima": por la cual el castigo debe producir un efecto superior al daño producido con el delito cometido y por tanto sin que exceda el beneficio que el criminal obtenga del crimen.
- la "regla de la idealidad suficiente": en donde con la realización de un delito se obtiene un beneficio, y "la eficacia de la pena está en la desventaja que de él se espera".
- la "regla de los efectos laterales": la pena tiene carácter preventivo evitando que se cometa el acto delictivo. La zona limítrofe, permitiría la simulación de un castigo para el culpable si se pudiera asegurar que este no volverá a reincidir.
- la "regla de la certidumbre absoluta": cada crimen y los beneficios que de el se puedan obtener, lleva aparejada una pena determinada vaya asociada la idea de un castigo determinado.
- la "regla de la verdad común": para considerar un crimen como tal el mismo se debe verificar previamente y probado debidamente a través de los indicios y pruebas pertinentes.
- la "regla de la especificación optima": fiel reflejo del principio actual de tipicidad por el que se debe precisar de una manera indubitada cada una de las conductas que puedan dar lugar a una infracción penal. De esta manera, se evita la sensación de impunidad ante la comisión delictiva

2. La Benignidad de las penas.

FOUCAULT sustenta los pensamientos de Peletier, exigiendo correlación milimétrica entre la naturaleza del delito y del castigo. Es indispensable erradicar el delito. Se empieza a introducir el carácter preventivo del derecho penal, así, el delincuente a parte de recibir el castigo correspondiente (principio retributivo de la pena) debe ser reeducado para que comprendan que hay que respetar lo ajeno, si alguna vez tuvieron conocimiento de ello. Foucault parece ser pleno defensor de los trabajos forzados en beneficio del Estado; esclavización del interno al servicio de la sociedad y al servicio del Estado que perdurara en el tiempo en mayor o menor medida, en función

de la gravedad del delito cometido.

Igualmente, considera acreditado que la falta de un oficio es un detonante de la criminalidad. Los presos, para garantizar su reinserción (principio retributivo de forma individual), deben ser empleados continuadamente en trabajos forzados que contribuyan a soportar los gastos de la prisión, evitando la inactividad y preparándolos y socializándolos para el momento en que remita su condena y se vuelvan a incorporar en la sociedad.

Con toda esta evolución en el derecho penitenciario, a finales del siglo XVIII, la cotidianeidad dentro del centro penitenciario se organiza de manera estricta en lo que al empleo del tiempo se refiere. Los reclusos convivirán las 24 horas del día bajo vigilancia bajo un cronograma de trabajo perfectamente definido aparejadas obligaciones y determinadas prohibiciones.

III. DISCIPLINA.

> "La disciplina "fabrica" individuos. La disciplina aumenta las fuerzas del cuerpo (en términos económicos de utilidad) y disminuye esas mismas fuerzas (en términos políticos de obediencia)."[4]

1. Los cuerpos dóciles:

"Es dócil un cuerpo que puede ser sometido, que puede ser utilizado, que puede ser trasformado y perfeccionado"[5]. Históricamente se aprecia al cuerpo humano como objeto del poder, equiparándolo a una maquina que se puede manejar fácilmente. Se configura un nuevo concepto denominado "disciplina" bajo los nuevos métodos de control, docilidad y utilidad, esto es, los cuerpos se manipulan política y mecánicamente para que sean más obedientes y más útiles. Las instituciones fundamentales básicas de una sociedad, tales como el ejercito, hospitales, talleres, colegios y como no, las prisiones, implantaran la disciplina y ejercicio del poder como elementos básicos.

a) El arte de las distribuciones. El primer concepto destacable es la **clausura**, entendiendo por tal, "el encierro obligatorio para controlar y mantener el orden de las personas en su interior, con espacios delimitados para la enseñanza y la obediencia". El segundo, la **localización o división en zonas**, cada individuo en su lugar evitando el sectarismo por grupos. El tercero, los **emplazamientos funcionales** que son lugares habilitados para vigilar, impidiendo se comuniquen entre ellos, creando lugares en los

[4] Ibídem, p. 172 del original, p. 155 de la versión digital utilizada.
[5] Ibídem, p. 140 del original, p. 125 de la versión digital utilizada.

que producir. Finalmente, el **rango** individualizando a los sujetos y reubicándolos en función de las posibles interrelaciones entre ellos. Se distribuyen a los sujetos por valores o méritos, de mayor a menor conocimientos, cultura y capacidades. Paralelamente a esto se reubican en sus celdas que garantizan la interrelacion por niveles y al mismo tiempo el respeto y la obediencia.

b) El control de la actividad. Se controla el tiempo de los reclusos, fijando turnos para realizar trabajos encomendados y precisos, teniendo por fin ultimo la utilización provechosa del tiempo. El fin primordial que persigue el aprovechamiento del tiempo es acostumbrar mediante la repetición de acciones al recluso para que pierda el menor tiempo posible e ir preparandsose para la salida y su resocialización.

c) La organización de las génesis. Inicialmente, se divide la duración en fragmentos, paralelos o sucesivos que buscan finalizar dichos segmentos temporales comprobando al final de cada fragmento, si el sujeto ha alcanzado el nivel esperado, todo ello conforme a la capacidad inicial evaluada de cada sujeto. Como recompensa, superado una fase o fragmento se va progresando en grado, una vez finalizado el grado anterior. De esta manera, con esta metodología se permite computar la actividad del sujeto en el tiempo, reafirmando la autoridad y control sobre el tiempo de los sujetos.

d) La composición de las fuerzas. La disciplina permite individualizar a cada sujeto a través de cuatro características:

- celular: por la distribución en el espacio,
- orgánica: por el cifrado de las actividades,
- genética: por la acumulación del tiempo,
- combinatoria: por la composición de fuerzas.

2. Los medios del buen encauzamiento:

a) La vigilancia jerárquica. La disciplina, mediante la jerarquización vigilada, produce un sistema "integrado" condicionado por la economía en la que se desenvuelve el sistema. La estructura que se conforma, adopta forma de pirámide y por estratos jerarquizados, priorizando al superior sobre el inferior y con mayor capacidad de observación que el estrato inmediatamente mas bajo. Se trabaja y produce en cadena controlando cada una de las fases en las que se desarrollan los empleados.

b) La sanción normalizadora. Se generalizan los castigos disciplinarios a quien no cumpla con las conductas generalmente reconocidas por la sociedad, clasificando el castigo dependiendo de las circunstancias y entorno al sujeto en: **castigo correctivo o punitivo**. Con el objeto de estimular al sujeto, se propone un sistema de recompensas alternativas al castigo, sin perder el origen penal de dicho concepto, convirtiendo, por tanto a las personas en reos. A continuación, se diagnostica a cada individuo, sus capacidades, conocimientos, aptitudes en función de sus habilidades aprendidas con el fin de poder clasificar de manera concreta al individuo.

***c) El examen*.** Este método da la posibilidad de evaluar de forma continua a los sujetos sin utilizar la fuerza. A medida que se va creciendo y entrando en la madurez las exigencias en sus actividades y comportamientos se hace mas estricto, aumentando su poder coactivo. De lo señalado, destaca, por tanto, que la infancia y la adolescencia, no se regularían por este régimen, utilizando, alternativamente un estudio mas particularizado sobre los mismos, esto es, mas expuestos a la individualización.

IV. EL PANOPTISMO.

FOUCAULT exalta las virtudes de una edificación inventada por BENTHAM. Su estructura esta compuesta por una especie de torre, culminando en una cúpula, todo ello circular. Todo este sistema circular se encuentra provisto de habitaciones o dependencias (celdas) que acogen en su seno a lo reclusos. Dichas celdas están dotadas de gran visibilidad, con grandes ventanas, igualmente dotadas de mucha iluminación. Destaca su torre central, epicentro de la construcción que permite ver y vigilar todo lo que acontece en el interior del edificio, tanto pasillos como las propias celdas. El ideal de esa figura arquitectónica es vigilar sin ser detectado.

V. PRISIÓN.

La prisión no ha sido desde el principio una privación de libertad con una función técnica de corrección; inicialmente fue considerada una "detención legal" con un suplemento correctivo, dicho de otro modo, una construcción de transformación de los sujetos que la prisión permite hacer funcionar en el sistema legal.

1. Unas instituciones completas y austeras.

Las prisiones han evolucionado a lo largo de la historia tanto en el fondo como en la forma. FOUCAULT, conceptuaba la “prisión como una estrategia correctiva orientada al dominio sobre los reclusos”, distinguiendo en función de la gravedad de los delitos

para darle a cada uno un castigo adecuado e igual en proporción a sus crímenes. Por contrapartida, no se concibe que un sujeto que ha cometido un delito leve y que lleva aparejada una pena menor conviva en un centro penitenciario que un criminal que ha cometido un delito grave o muy grave que lleva aparejada penas graves o muy graves, sin perder de vista otra catalogación de sujetos, menores, incapaces, etc. Evidentemente, con tanta diversidad de sujetos, estos últimos no pueden compartir las mismas instalaciones, por lo que aparecen otro tipo de centros con características muy concretas y especializadas, como por ejemplo en el caso de los menores, los conocidos en su día como correccionales hoy centro de menores o prisiones para menores. La prisión se convierte en el día a día del recluso y se extiende a todos los campos del sujeto, educación física, aptitud para el trabajo, de su conducta cotidiana, de su actitud moral, de sus inclinaciones.

Una de las características inconfundibles que distingue las prisiones de cualquier otra institución es el **aislamiento**, que tiene como fin el recogimiento del sujeto brindándole la oportunidad de reflexionar sobre las acciones realizadas con el objetivo de conseguir su arrepentimiento. Otro objetivo a conseguir de manera paralela a lo expuesto, pasa por renovar las conciencias de los reclusos a través de técnicas de corrección que se dispongan.

A través del aislamiento se procede a controlar a los reclusos, lo que permite modificar sus pensamientos, y regularizar sus hábitos vitales (comer, dormir, asearse…). Esto les facilitara el poder adaptarse de nuevo a la sociedad.

2. Ilegalismos y delincuencia.

Añadido al aislamiento padecido por los presos, se practicaban sobre ellos otra serie de actos, encadenamientos y paseos públicos por el establecimiento penitenciario con objeto de que redimieran sus actos.

Pero la realidad es que las prisiones no disminuyen la tasa de la criminalidad, al contrario, puede elevarla: “La delincuencia es la venganza de la prisión contra la justicia”.[6] Estadísticamente, esta comprobado que la pena de prisión y mas aun, ligado al aislamiento, provoca la reincidencia. Tras salir de prisión, hay más posibilidades de volver a ella, por consiguiente, en lugar de devolver a la sociedad a unos sujetos rehabilitados, se reinsertan en la sociedad unos delincuentes peligrosos. Foucault

[6] Ibídem, p. 260 del original, p. 236 de la versión digital utilizada.

afirma: “La prisión fabrica también delincuentes al imponer a los detenidos coacciones violentas; está destinada a aplicar las leyes y a enseñar a respetarlas; ahora bien, todo su funcionamiento se desarrolla sobre el modo de abuso de poder. Arbitrariedad de la administración: "El sentimiento de la injusticia que un preso experimenta es una de las causas que más pueden hacer indomable su carácter. Cuando se ve así expuesto a sufrimientos que la ley no ha ordenado ni aun previsto, cae en un estado habitual de cólera contra todo lo que lo rodea; no ve sino verdugos en todos los agentes de la autoridad; no cree ya haber sido culpable: acusa a la propia justicia.” La conclusión es que los centros penitenciarios favorecen la creación de delincuentes, y en ese entorno grupal y jerarquizado, se puede dar pie a nuevas organizaciones criminales o complicidades futuras. Por lo expuesto, se proponen los siguientes principios aplicables en los centros penitenciarios:

a) Principio de la corrección.

b) Principio de la clasificación.

c) Principio de la modulación de las penas.

d) Principio del trabajo como obligación y como derecho.

e) Principio de la educación penitenciaria.

f) Principio del control técnico de la detención.

g) Principio de las instituciones anejas.

Las penas no reprimirán las ilegalidades, sino que las diferenciarán. Foucault, desarrollaba la dimensión política de los ilegalismos populares de dos maneras: unas prácticas hasta entonces localizadas y en cierto modo limitadas a sí mismas. La otra, se gestaron los primeros ilegalismos campesinos a comienzos del siglo XIX, los cuales estuvieron en contra del nuevo régimen de la explotación legal del trabajo. Esa ilegalidad provoco el aumento de los delitos: violencia, robos, etc. No obstante, la prisión alcanza su objetivo, sin que se entre a valorar si ese medio pudiera incurrir en algún tipo de ilegalismo, que se supera bajo el auspicio del “ius puniendi statale”.

3. Lo carcelario.

Las prisiones se deben orientar no tan solo con fines represivos y coactivos de libertad, también preventivos mediante instrumentos a través de la disciplina, la reflexión, el trabajo y la educación, entre otros, que facilite a los reclusos recursos para

su resocialización una vez que recuperen su libertad y evitar que reincidan nuevamente. Foucault afirma que: "se ha visto que la prisión transformaba, en la justicia penal, el proceso punitivo en una técnica penitenciaria". La prisión, es fuente de producción de delincuentes. El sistema carcelario tiene normas que reproducen leyes, sanciones equiparables a veredictos y penas. Por último, el sistema carcelario se consolida como el instrumento de castigo que va más acorde con la "nueva economía del poder". Su funcionamiento en forma de panóptico, ha sido por tiempo inmemorial instrumento simple pero imprescindible para su estudio sirviendo para objetivizar el comportamiento humano.

VI. CONCLUSIONES.

Posiblemente en la actualidad hoy nos avergonzamos de las prisiones que tenemos, pero en el S XIX se sentían orgullosos de las fortalezas que construían, muy frecuentemente en el mismo centro de la ciudad como edificio fundamental, reemplazando los patíbulos. Ya no se mutila, ni se lesiona el cuerpo, sino que se corrige el alma. La practica recurrente de encerrar para corregir, tal cual se concibe en la actualidad no se puede considerar reminiscencias de las mazmorras de la Edad Media, sino "tecnología nueva", esto es un conjunto de procedimientos para dividir en zonas, controlar, medir, encauzar a los individuos y hacerlos "dóciles y útiles".

La evolución que ha seguido después de tantos años el derecho penitenciario español, ha culminado en este nuevo sistema de individualización científica, gracias al cual se ha podido llevar a cabo un estudio personalizado de cada penado, clasificándolos conforme a su personalidad y a sus necesidades. Gracias a este nuevo sistema, en el que rige tanto la separación como el tratamiento penitenciario por grados, se ha conseguido un mayor control dentro de los Establecimientos penitenciarios, intentando alcanzar un fin fundamental: la **reeducación y reinserción social total del penado**. No obstante, el delincuente, sobre todo en determinados delitos, esta demostrado estadísticamente que reincide, por lo que debemos cuestionarnos si realmente en la actualidad el sistema que se está siguiendo para reeducar a los penados es el correcto.

* * * * * *

Noelia González Mozas

Abogada, Valencia. Socia de la FICP.

~Delimitación conceptual de la responsabilidad civil derivada de los delitos~

Sumario.- I. Introducción. II. Concepto y contenido de la responsabilidad civil derivada del delito. 1. Concepto. 2. Contenido. III. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del delito. 1. Naturaleza civil de la responsabilidad civil derivada del delito. 2. Interpretación del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. IV. Presupuestos de la responsabilidad civil derivada del delito. V. Sujetos civilmente responsables y perjudicados a los que se deben reparar los daños causados. 1. Sujetos civilmente responsables. 2. Perjudicados a los que se deben reparar los daños causados. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento, la comisión de un hecho delictivo determina tanto la existencia de responsabilidad penal como la posible existencia de responsabilidad civil derivada del delito. Su finalidad es reparar los efectos que el delito haya tenido sobre la víctima y sobre los perjudicados por él[1].

El origen de la referida responsabilidad lo encontramos en los artículos 1089 y 1092 del Código Civil[2]. El artículo 1089 del CC establece que "las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia". Por su parte, el artículo 1092 del CC establece que "Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal".

La remisión que hace el artículo 1092 CC determina que la responsabilidad civil derivada del delito se rija por las disposiciones del Código Penal[3], concretamente por la regulación contenida en sus artículos 109 a 122. Por lo tanto, podemos afirmar que la obligación de reparar los daños y perjuicios derivados del delito se regirá por las

[1] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C./JUDEL PRIETO, A./PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., en Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General. 2011, BIB 2011\5713, analizan la responsabilidad civil derivada del delito y afirman: "Antón Oneca iniciaba el estudio de la responsabilidad civil indicando que «el delito, además de la pena y de las medidas de seguridad, puede tener por consecuencia sanciones civiles de carácter reparador. Estas derivan de que el hecho delictivo, además de ser un ilícito penal, constituye un ilícito civil». El fenómeno criminal provoca consecuencias proyectadas en la sanción penal, por un lado, y en la obligación de reparar el mal causado a la víctima, por otro".

[2] En adelante, CC.

[3] En adelante, CP.

disposiciones del Código Penal y de forma supletoria por las disposiciones del Código Civil[4].

En el presente trabajo se analiza el concepto y contenido de la responsabilidad civil derivada del delito. Asimismo, y teniendo en cuenta que tradicionalmente ha sido una cuestión controvertida que ha dado lugar a varias posturas doctrinales, también se analiza la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del delito.

Una vez revisado el concepto, contenido y naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del delito, se estudian los presupuestos necesarios para que concurra la referida responsabilidad.

Finalmente, se hace una breve referencia a los sujetos civilmente responsables y a los perjudicados.

II. CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

1. Concepto

El artículo 109 CP establece que "la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados".

[4] TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentarios al Código Penal español. Tomo I. 2016, tras afirmar que la obligación de reparar los daños y perjuicios derivados del delito se regirá por las disposiciones del Código Penal y, de forma supletoria, por las disposiciones del Código Civil, sostiene que la referida regla tiene las siguientes excepciones:

"a) El Código Penal incluye en determinados delitos específicas obligaciones de reparar (por ejemplo, cfr. arts. 193, 319.3 y 339 CP).

b) Algunos delitos tienen establecido un régimen propio para la determinación de los conceptos indemnizatorios y a quién corresponde asumir las obligaciones, y el Código Penal expresamente remite a esas leyes para decidir esas cuestiones. Así sucede, por ejemplo, con el artículo 272, que remite a la Ley de Propiedad Intelectual la resolución a lo concerniente a la responsabilidad civil en delitos de esa naturaleza. En ese caso y otros análogos esas Leyes son de preferente aplicación, sin perjuicio de la función supletoria de las reglas generales.

c) En otros delitos, el Ordenamiento ofrece normas orientativas o vinculantes que deben ser tenidas en cuenta como reglas complementarias o interpretativas de los preceptos contenidos en el Código Penal. Tal ocurre, por ejemplo, con la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, la Ley de Protección Civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la Ley de Contrabando, la Ley de defensa de los consumidores y usuarios de 2007, la Ley de Accidentes de Trabajo, la Ley de Seguridad Social y otras. Todas ellas tienen carácter de derecho complementario, es decir, ni suplen ni son suplidas por los preceptos penales, salvo expresa indicación de éstos.

Lo único que está vedado a cualquier Ley es violentar los principios estrictamente penales, como, por ejemplo, que nunca se deriva responsabilidad civil por un hecho cometido bajo el amparo de una causa de justificación".

Tomando en consideración lo anterior, la responsabilidad civil derivada del delito se puede definir como la obligación de resarcir o compensar los efectos que un hecho delictivo genera sobre la víctima y sobre los perjudicados por él (que pueden ser personas físicas o jurídicas distintas de la víctima[5]).

La responsabilidad civil derivada del delito se encuentra regulada en los artículos 109 a 122 CP. Sin embargo, que su regulación se encuentre recogida en el Código Penal no determina que la responsabilidad civil se tenga que reclamar obligatoriamente en el proceso penal. El perjudicado puede optar por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil[6] (artículo 109.2 CP).

Aunque del tenor literal del artículo 109 CP se pueda interpretar que todo hecho delictivo determina el surgimiento de una doble responsabilidad civil/penal, es importante destacar que no todo hecho delictivo determina la existencia de responsabilidad civil. Esta conclusión se extrae del artículo 116.1 CP, que establece que "toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios". Por lo tanto, la responsabilidad civil no existirá en todos los casos en los que se produzca un ilícito penal, sino que surgirá cuando la conducta ilícita haya producido un daño patrimonial o moral.

Como afirma TAMARIT SUMALLA, es posible que en determinados delitos no concurra responsabilidad civil, como ocurre por ejemplo en los "delitos de contenido inmaterial, o en delitos de peligro, o en supuestos de tentativa"[7]. Además de lo anterior, hay determinados supuestos en los que deben responder civilmente personas que no han tenido relación con el hecho delictivo.

2. Contenido

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 CP, la responsabilidad civil derivada del delito comprende tres obligaciones: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales. Sin perjuicio de su posterior desarrollo, procede destacar que las referidas obligaciones se pueden imponer de forma separada y que la imposición de una de ellas no excluye la imposición de las otras. El

[5] DE LA FUENTE HONRUBIA, F., AFDUA, 2003, pp. 231 a 247.

[6] Junto con esta posibilidad, el perjudicado puede optar por la renuncia a la responsabilidad civil o la reserva de acciones para ejercitarla, en su caso, en un procedimiento posterior.

[7] TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentarios, 2016.

alcance y naturaleza de los daños y perjuicios determinará que se dé una u otra obligación[8].

a) Restitución

El artículo 111 CP establece el sentido y alcance de la restitución. De conformidad con lo establecido en el referido precepto, "deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito".

Se trata, por tanto, de la obligación de restituir el bien a su poseedor con abono de los deterioros y menoscabos que hubiera podido sufrir el bien. La restitución debe realizarse incluso en aquellos supuestos en los que el bien se encuentre en poder de un tercero de buena fe, sin perjuicio del derecho de repetición que este, en su caso, pueda ejercer.

La restitución tiene reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia preferencia respecto a la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios[9], siempre que sea posible. Nótese que el propio artículo 111 CP en su apartado 2 se refiere a aquellos supuestos en los que el tercero haya adquirido el bien con los

[8] MAPELLI CAFFARENA, B., Las consecuencias jurídicas del delito, 2011, BIB 2012\6580, p. 2.

[9] TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentarios, 2016, analiza la obligación de restitución y concluye: "La restitución del mismo bien objeto del hecho típico tiene reconocida una preferencia respecto a las otras dos formas previstas en el artículo 110. Tal prelación ha sido inferida por la jurisprudencia del «carácter gradual y escalonado» de la enumeración que se efectúa en el citado precepto (vid. STS 13 octubre 1990). En cualquier caso, si el argumento no parece por sí solo convincente, la misma conclusión puede ser sostenida a partir de la expresión «siempre que sea posible», por lo que cabe afirmar, en el mismo sentido que lo hace la citada sentencia, que «únicamente cuando tal restitución no es posible, o las cosas recuperadas han sufrido demérito o deterioro, con la consiguiente devaluación, procederá establecer la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios, siendo desatinado fijar daños y perjuicios cuando los efectos del delito se han recuperado o restituido sin tara o depreciación apreciables». La doctrina ha advertido asimismo que la preferencia concedida a la restitución impide sustituir esta solución por el pago del precio más intereses, lo cual ha sido llevado por algunos autores hasta el caso en que lo aceptase el propio agraviado, dada la naturaleza pública del Derecho penal, conclusión ciertamente exagerada en la medida que desconoce el carácter de Derecho privado de las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código Penal. Por otra parte, el Código no excluye expresamente del carácter preferente de la restitución a los bienes fungibles ni cabe interpretar en este sentido la expresión «siempre que sea posible», puesto que también en estos supuestos cabe tener en cuenta el valor moral que para el perjudicado tenga el objeto. Cuestión aparte es que en el caso del dinero se haya negado su consideración como «cosa», sin perjuicio de que también en tal caso pueda atenderse, por ejemplo, al valor de cierta moneda o billete para un coleccionista".

En el mismo sentido, DE LA FUENTE HONRUBIA, F., AFDUA, 2003, p. 230.

requisitos y forma que lo hagan irreivindicable[10].

b) Reparación

La reparación se encuentra regulada en el artículo 112 CP y puede consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer[11]. Será el juez o tribunal el que determinará, en función de la naturaleza y condiciones personales y patrimoniales del culpable, "si las obligaciones han de ser cumplidas personalmente por el obligado o si pueden ser ejecutadas a su costa"[12].

TAMARIT SUMALLA sostiene que la consideración de las condiciones personales y patrimoniales del culpable para determinar el alcance de las obligaciones responde a "la voluntad de lograr una fórmula de equilibrio entre los intereses del condenado y los de los perjudicados" y a "la pretensión de evitar que la insolvencia parcial del sujeto se convierta ya en un obstáculo insalvable para la consecución de una cierta compensación, con efectos positivos tanto para el autor como para la víctima"[13].

c) Indemnización de perjuicios materiales y morales

El artículo 113 CP establece que "la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros".

La indemnización de perjuicios comprende no solo el daño emergente, sino también el lucro cesante y el daño moral[14], por lo tanto, su contenido es más amplio que

[10] TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentarios, 2016, concluye en relación con los bienes irreivindicables: "El citado párrafo establece como lógica excepción al derecho a la restitución los supuestos en los que el tercero haya adquirido el bien de forma irreivindicable, lo cual constituye una remisión tácita a las disposiciones del Código Civil u otras leyes que así lo prevean, como por ejemplo, la venta pública y de objetos empeñados en el Monte de Piedad (art. 464.2 y 3 CC), la adquisición por prescripción mediante posesión ininterrumpida (arts. 1940, 1955 y 1957 CC) o la adquisición en Bolsa, feria o mercado de comerciante legalmente establecido (arts. 464 y 1955 CC y 85 y 86 C.Com)".

[11] TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentarios, 2016, sostiene en relación con esta cuestión: "La reparación puede también plasmarse en una obligación de hacer, como por ejemplo, restaurar una cosa o un lugar, o publicar alguna información o explicación a cargo del ofensor, como específicamente se manda en los delitos contra el honor (art. 216), lo cual es fácilmente comprensible. Ahora bien, que también pueda consistir la reparación en «no hacer» algo parece más complicado, si nos atenemos a la idea de que estamos valorando la reparación del daño producido en cosas, salvo que se entienda que la obligación de no hacer puede incluirse como obligación de no volver a causar daño o abstenerse de continuar en una actividad. Resulta, en cualquier modo, una posibilidad, sin duda contemplada en el artículo 1099 del CC, pero algo imprecisa en cuanto a obligación reparadora de daño ya causado".

[12] DE LA FUENTE HONRUBIA, F., AFDUA, 2003, p. 230.

[13] TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentarios, 2016.

[14] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C./JUDEL PRIETO, A./PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., en Manual de Derecho Penal, 2011, p.8.

el de la reparación y la restitución.

Finalmente, conviene destacar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 CP, serán los jueces y tribunales los que de forma razonada determinarán el importe de la indemnización en la sentencia o, en su caso, cuando esta se ejecute[15].

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

1. Naturaleza civil de la responsabilidad civil derivada del delito

Como se ha adelantado, una de las cuestiones más controvertidas en relación con la responsabilidad civil derivada del delito ha sido la relativa a su naturaleza jurídica[16]. A lo largo de los años ha existido un debate doctrinal respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del delito. A pesar de que el referido debate, como veremos, se encuentra resuelto y que la postura del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional son coincidentes (ambos concluyen que su naturaleza jurídica es civil), hay algunos autores que consideran que todavía es una cuestión controvertida[17].

En relación con lo anterior, podemos afirmar que existen tres posturas doctrinales respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del delito: en primer lugar, un sector doctrinal considera que la responsabilidad civil derivada del delito es una responsabilidad puramente civil; en segundo lugar, otro sector doctrinal considera que su naturaleza es penal; y, en tercer lugar, un sector doctrinal considera que la responsabilidad civil derivada del delito tiene una naturaleza mixta. A continuación se analizan brevemente las referidas posturas.

a) Naturaleza civil

En relación con la primera postura doctrinal, esto es, aquellos que consideran que se trata de una responsabilidad puramente civil, procede citar a SUÁREZ-MIRA

[15] DE LA FUENTE HONRUBIA, F., AFDUA, 2003, p. 231, en relación con la indemnización sostiene que "la tarea más compleja es la valoración de los daños morales".

[16] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C./JUDEL PRIETO, A./PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., en Manual de Derecho Penal, 2011, pp. 2-3, sostienen que "pese a lo expuesto -que debería llevar a la conclusión lógica de que estamos ante una institución propia del Derecho Civil-, lo cierto es que el examen de la naturaleza ha suscitado dudas en la doctrina, y no sólo en la española. Sobre ello existe una discusión aún no concluida, aunque va prevaleciendo sólidamente el criterio de que la cuestión resarcitoria es siempre una cuestión civil, independientemente de que los tribunales penales estén habilitados para pronunciarse sobre obligaciones que no nacen del delito, sino de los hechos que lo constituyen, en cuanto originadores de la restitución, la reparación o la indemnización".

[17] HORTAL IBARRA, J. C., Indret, 4, 2014, p. 8, afirma que "Una de las cuestiones más controvertidas y, a mi juicio, no zanjadas, es la relativa a la naturaleza jurídica de la llamada «responsabilidad civil ex delicto»".

RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ[18], quienes, al analizar la naturaleza de la responsabilidad civil derivada del delito, afirman que "existe una discusión aún no concluida, aunque va prevaleciendo sólidamente el criterio de que la cuestión resarcitoria es siempre una cuestión civil, independientemente de que los tribunales penales estén habilitados para pronunciarse sobre obligaciones que no nacen del delito, sino de los hechos que lo constituyen, en cuanto originadores de la restitución, la reparación o la indemnización".

Como hemos adelantado, y a pesar de que la naturaleza civil de la responsabilidad civil derivada del delito es el criterio mayoritario, a continuación, siguiendo a ROIG TORRES[19] se sintetizan las razones que han propiciado que un sector doctrinal cuestione la naturaleza de esta responsabilidad.

En primer lugar, a pesar de que hay autores que afirman sin ambages que la responsabilidad civil derivada del delito es una parte de la responsabilidad civil extracontractual[20], hay cuestiones que separan la responsabilidad civil derivada del delito de la responsabilidad extracontractual (trae causa de un hecho delictivo, regulación, tramitación procesal, etc.) y propician que se pueda poner en cuestión su naturaleza civil.

Además de lo anterior, existen otros elementos que permiten cuestionar su naturaleza. Entre ellos, ROIG TORRES se refiere a la tradición jurídica y afirma lo siguiente: "Baste recordar que en el Derecho primitivo la pena del culpable y la reparación del ofendido no estaban nítidamente deslindadas, sino que era precisamente la víctima la encargada de impartir el castigo al agresor; inicialmente mediante la venganza privada, y después por medio de la composición (materializada en el pago de una cantidad económica del ofensor al agraviado). Más tarde, cuando el Estado asumió

[18] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C./JUDEL PRIETO, A./PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., en Manual de Derecho Penal, 2011, pp. 2-3.

[19] ROIG TORRES, M., Normativa aplicable. La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, 2010, pp. 22-28.

[20] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C./JUDEL PRIETO, A./PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., en Manual de Derecho Penal, 2011, p. 3, analizan la responsabilidad civil derivada del delito y afirman: "Alastuey apunta algunas otras razones que avalan la tesis mayoritaria de la naturaleza civil. La responsabilidad civil *ex delicto* es una parte de la responsabilidad civil extracontractual, y el art. 1089 CC la menciona como fuente de las obligaciones; asimismo, las normas civiles juegan como supletorias de las lagunas de las normas de rango penal. El Código Penal, aunque contiene un número abundante y sistemático de disposiciones sobre la materia, no disciplina todas las cuestiones derivadas de la obligación de reparar. Así, los preceptos sobre transmisibilidad de las obligaciones, renuncia a la acción civil, prescripción, etc., no tienen reflejo dentro del CP, y ese vacío se colma acudiendo a las normas del Derecho Civil, más que sobradas para disciplinar la responsabilidad aun cuando se exija ante los Tribunales penales, lo que lleva a inquirir el porqué de la introducción de esa materia en el CP".

la potestad sancionadora se diferenció la multa entregada al Erario público en concepto de pena, y la cantidad satisfecha al perjudicado como reparación privada, pero a pesar de ese deslinde tanto la responsabilidad civil como la pena se siguieron concibiendo como dos sanciones presididas por un fin retributivo común; y este entendimiento favoreció la regulación de la responsabilidad civil en el CP".

En segundo lugar, otro de los factores que permiten cuestionar la naturaleza civil de la responsabilidad civil derivada del delito es su regulación positiva.

En nuestro ordenamiento, la responsabilidad civil derivada del delito se regula en el Código Penal, aunque su origen se encuentre en normas de responsabilidad civil. En este sentido, hay que destacar que el origen de la responsabilidad civil derivada del delito lo encontramos en los artículos 1089 y 1092 CC. Por un lado, el artículo 1089 CC establece que "las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia"; por otro lado, el artículo 1092 CC establece que "Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal".

Esta remisión que hace el artículo 1092 CC en cuanto a la regulación de la responsabilidad civil a las disposiciones contenidas en el Código Penal, concretamente a los artículos 109 a 122 CP, es la que ha sido cuestionada por la doctrina[21] y favorece distintas interpretaciones.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ analizan la regulación positiva de la responsabilidad civil y sostienen que "la obligación de resarcir tiene un claro fundamento en el Código Civil, y en concreto en el artículo 1092, aunque este precepto se limita a remitir a las disposiciones del CP; ello, unido a la necesidad de que exista un previo hecho típico, ha conducido a algunos autores a mantener que la responsabilidad es penal (MOLINA BLÁZQUEZ), mientras otros entienden que se trata de una responsabilidad de naturaleza mixta (QUINTANO)".

En relación con la regulación positiva de la responsabilidad civil, TAMARIT SUMALLA afirma que la inclusión en el Código Penal de la responsabilidad civil derivada del delito trae casusa de "razones históricas, concretadas en el mayor retraso

[21] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C./JUDEL PRIETO, A./PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., en Manual de Derecho Penal, 2011, p.2.

del proceso codificador civil respecto al penal", y que estas razones no han sido valoradas positivamente por la doctrina civilista ni penalista[22].

Sin embargo, como sostienen SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ, la doble regulación en el Código Civil y en el Código Penal de la responsabilidad civil derivada del delito "no debería ser suficiente para atribuir una concreta naturaleza a la obligación de reparar, porque la mera ubicación de las normas en un texto no determina su carácter. Éste resulta de la esfera en que desenvuelve sus efectos, y en este sentido no cabe desconocer que la obligación de reparación tiene al hecho delictivo como presupuesto, pero no supone que el interés público protegido por el Derecho Penal se vea afectado de un modo directo. Además, esa dualidad es explicable como fruto de nuestro proceso de codificación, ya que el Código Penal se adelantó al Código Civil. Así, el CP de 1822 recogió la obligación de reparar para evitar que la misma quedase insólitamente regulada por las vetustas acciones romanas. El Código Civil de 1889 se atuvo a reconocer esa tradición y a la remisión normativa".

En términos similares se pronuncia ROIG TORRES, que afirma que "el encuadramiento sistemático de una norma no prejuzga la naturaleza de su contenido. De otra parte, la responsabilidad civil regulada en el texto punitivo presenta algunas especialidades respecto a la responsabilidad extracontractual, que pueden aconsejar su ordenación separada (arts. 116.2 CP y 1137 CC, 120 CP y 1903 CC, 1964 y 1968.2 CC, etc.). Finalmente, no se puede obviar que hoy existe cierta interconexión entre la

[22] TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentarios, 2016, sostiene: "Según la doctrina civilista, carece de sentido que sea el Código Penal el que regule las obligaciones que nacen de los delitos, cual si se tratara de un cuerpo extraño dentro del derecho de obligaciones. Por lo tanto, lo correcto sería desarrollar el tema en el articulado del Código Civil, terminando con la equívoca remisión que este Código hace al Código Penal (art. 1092 CC), siendo así que la naturaleza de estas obligaciones es jurídico-civil, y que, como es lógico, para cualquier duda o determinación de criterio a seguir, subsiste la aplicabilidad del Código Civil en todo lo que no regule el Código Penal. Además de ello, la dogmática civil ha ido elaborando una estructura objetiva y subjetiva de la culpa contractual y extracontractual relativamente cercana a la formulación de la doctrina de la imputación objetiva del resultado en derecho penal. Siendo así parece conveniente que la disciplina de la responsabilidad civil «ex delicto» se aproxime en sus principios y fundamentos a la propia configuración civil de la responsabilidad por daño. Además de la anterior crítica la doctrina ha señalado la parquedad de la regulación penal y la vetustez de sus criterios de determinación del contenido de la responsabilidad civil y de las personas responsables directa, solidaria y subsidiariamente.

Por otra parte, a favor del mantenimiento de la responsabilidad civil en el Código Penal se ha aducido que ello deriva no sólo de la tradición, sino también de una necesidad técnica, puesto que la responsabilidad «ex delicto» se regula tomando conceptos cuyo significado solamente es conocible a través de la interpretación jurídico-penal. Además, se añade, los Tribunales penales, deben poder tener a su disposición, y dentro de un mismo Código, las bases normativas de la totalidad del fallo, procesalmente sometido a unos principios propios en su formulación y a un régimen de recursos determinado (casación) en donde la responsabilidad civil ha de ser decidida, a tal efecto, como fruto de la aplicación de una ley formalmente penal".

sanción penal y la reparación del daño, de suerte que la primera se utiliza para fomentar la reparación, y a su vez, ésta incide en el monto y en la ejecución de la pena (arts. 21.5, 80.3, 81.3, 88.1, 90.1, 91, 136.2, etc.). Sin embargo, ese influjo mutuo, con el que se pretende favorecer la satisfacción de la víctima, no altera la respectiva naturaleza de las consecuencias penales y civiles del hecho delictivo."

Otra de las razones esgrimidas por un sector doctrinal para cuestionar la naturaleza civil de la responsabilidad civil derivada del delito es su articulación a través del proceso penal; sin embargo, la posibilidad de ejercitar la acción civil en el proceso penal tampoco es razón suficiente para determinar su naturaleza[23].

La reclamación de la responsabilidad civil ante la jurisdicción penal es una opción que la ley atribuye al perjudicado por un hecho delictivo (cuya identidad puede coincidir o no con la de la víctima). El perjudicado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 CP puede optar por exigir la responsabilidad civil acudiendo tanto a la jurisdicción civil como a la jurisdicción penal.

Tomando en consideración lo anterior, es evidente que la posibilidad de reclamar la responsabilidad civil derivada del delito en vía penal no tiene entidad suficiente para determinar *per se* que la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad es penal.

Además de los argumentos anteriormente expuestos, la doctrina tradicionalmente ha utilizado el origen delictivo de la responsabilidad civil para cuestionar su naturaleza[24]. En relación con esta cuestión, procede traer a colación los artículos 109 y 116 CP.

El artículo 109 CP establece:

> "1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.
>
> 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil".

Por otro lado, el artículo 116 CP establece:

> "1. Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.
>
> 2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables

[23] ROIG TORRES, M., Normativa aplicable, 2010, p. 79.

[24] GALLEGO SOLER, J. I., De la responsabilidad civil y las costas procesales, en Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, 2015, pp. 402 y ss.

> solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.
>
> La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.
>
> Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.
>
> 3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos".
>
> El tenor literal de ambos preceptos evidencia que el origen de la responsabilidad civil que nos ocupa no es el delito en sí mismo, "sino ese comportamiento en cuanto acontecimiento fáctico; lo que sucede es que ese mismo proceder es calificado por dos disciplinas distintas, a la vez, como infracción penal (por afectar a valores penalmente protegidos), y, como ilícito civil (por dañar intereses jurídico-privados)" [25].

Finalmente, en relación con los argumentos que permiten cuestionar la naturaleza civil de la responsabilidad civil derivada del delito, ROIG TORRES se refiere a las propuestas surgidas en el derecho anglosajón[26] e importadas a Europa "en las que se propugna la inclusión de la reparación del daño como institución penal (bien sea como pena, como fin de la misma, o como sanción autónoma), o como vía para resolver el conflicto fuera de los estrechos márgenes del proceso penal formal. En el contexto de estas formulaciones, la pena y el resarcimiento del daño se conciben como sanciones complementarias, que buscan al mismo tiempo proteger a las víctimas y combatir la delincuencia, de modo que su contenido y sus funciones no están deslindados".

Sin perjuicio de que lo anteriormente expuesto evidencia que el criterio mayoritario es que la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del delito es civil y, en consecuencia, que se sujeta a los principios y garantías del derecho civil, a

[25] ROIG TORRES, M., Normativa aplicable, 2010, p. 80.

[26] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C./JUDEL PRIETO, A./PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., en Manual de Derecho Penal, 2011, p.3., hacen referencia a las tendencias provenientes del mundo anglosajón y afirman: "Otra perspectiva cercana a la naturaleza y a las funciones de la responsabilidad civil aconseja la mención de las tendencias provenientes del mundo anglosajón en las que se objetiva la idea de que la indemnización de los perjuicios causados a la víctima es capaz de actuar como sustitutivo de la pena, otorgándole un carácter sancionador, o como complemento de la misma, con igual carácter penal. Ello se ha plasmado principalmente en dos instituciones: la *Restitution order* del Derecho norteamericano *(Mandatory Victim Restitution Act de 1996),* y la *Compensatio order (Criminal Justice Act de 1988)* del Derecho inglés. Estas dos figuras permiten que los Tribunales señalen la obligación de resarcir los daños causados a la víctima como mecanismo no sólo reparador, sino punitivo, de manera que su incumplimiento pueda dar lugar a la revocación de la *probation*. Este tipo de mecanismos gozan del atractivo propio de cualquier medio que permita evitar el recurso a la pena privativa de libertad; por el contrario, tienen el inconveniente de situar los fines de la justicia penal en los intereses privados, desatendiendo otros intereses indisponibles".

continuación se hará una breve referencia a las posturas doctrinales que consideran que su naturaleza jurídica es penal o mixta.

b) Naturaleza penal

La naturaleza penal de la responsabilidad civil derivada del delito ha sido defendida por un sector minoritario de la doctrina. Como explica HORTAL IBARRA[27], los argumentos esgrimidos por este sector doctrinal para defender la naturaleza penal se pueden sintetizar en la "existencia de un régimen "*ad hoc*" en el Código Penal"; en "el hecho de que traiga causa del delito"; y en "la hipotética función restauradora atribuida al Derecho penal en tanto instrumento encaminado al restablecimiento de los efectos derivados del delito, y entre ellos, los daños materiales y morales irrogados a la víctima".

c) Naturaleza mixta

Por último, procede hacer referencia a un tercer sector doctrinal que defiende la naturaleza mixta de la responsabilidad civil derivada del delito. Siguiendo a HORTAL IBARRA cabe concluir que se trata de autores que admiten la naturaleza civil de esta responsabilidad, pero "hacen especial hincapié en sus aspectos político-criminales, defienden —coherentemente— su ubicación en el Código Penal e, incluso, le asignan una función preventivo-intimidatoria junto a su consustancial finalidad compensatoria-reparadora. De todos ellos, ha sido QUINTERO OLIVARES quien en los últimos tiempos ha dedicado más esfuerzo en su fundamentación. Dicho autor parte de una idea sencilla. Todas las normas y, también las que disciplinan la responsabilidad civil *ex delicto* establecidas en el Código penal, deben participar de la función propia de esta rama del ordenamiento jurídico. De no compartir tal función y fundamento —continúa—, lo más lógico es ubicarlas en el Código civil. Las particularidades en las reglas que la regulan son tan significativas que, a su juicio, no es recomendable su tratamiento unitario en la legislación civil, sin perjuicio del carácter supletorio asignado a estas últimas. Y completa su defensa *en pro* de la ubicación penal de esta responsabilidad civil trayendo a colación dos argumentos íntimamente relacionados. Esto es, la vinculación de su regulación a conceptos sujetos a la interpretación penal y su aplicación por los

[27] HORTAL IBARRA, J. C., Indret, 4, 2014, pp. 10 y ss.

Tribunales penales. Todo ello, a juicio del citado autor, aconsejaría el tratamiento unificado de la RC *ex delicto* en el mismo Código"[28].

Se trata de una postura intermedia entre los sectores doctrinales que defienden su naturaleza penal/civil.

2. Interpretación del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional

Finalmente, y a fin de evidenciar que la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del delito es una cuestión que a día de hoy no es controvertida, es necesario destacar que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo mantienen que la naturaleza de la responsabilidad civil derivada del delito regulada en los artículos 109 a 122 CP es civil[29].

En este sentido, cabe citar, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 98/1993, de 22 de marzo[30], que concluye lo siguiente: "La naturaleza exclusivamente civil de la pretensión de resarcimiento, con un sustrato económico o patrimonial y un destinatario individualizado, aparece vinculada a la responsabilidad penal pero está nítidamente diferenciada de ella si se observa que puede ser renunciada o puede reservarse su ejercicio independiente en la jurisdicción homónima. En consecuencia, resulta posible mantener la validez de la Sentencia impugnada respecto de los pronunciamientos sobre la calificación penal de los hechos con la correlativa pena, en su caso y sobre la responsabilidad civil derivada de aquélla en cuanto afectaban a los demás perjudicados, cuyas indemnizaciones hace tiempo que habrán sido satisfechas. La demanda de amparo no se opone a estos aspectos de la Sentencia, que viene a aceptar implícitamente y en aquélla se hace valer únicamente el propio derecho al resarcimiento, olvidado por unos y otros en ese proceso".

Y, en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 246/2007, de 10 de diciembre[31], que concluye: "Teniendo en cuenta que los pronunciamientos en materia de responsabilidad civil derivada de delitos o faltas no constituyen una sanción ni penal ni administrativa y que el derecho a la legalidad sancionadora que consagra el art. 25.1 CE (RCL 1978, 2836) es una garantía que se

[28] HORTAL IBARRA, J. C., Indret, 4, 2014, p. 12.

[29] Para un estudio en profundidad, véase ROIG TORRES, M., Normativa aplicable, 2010, pp. 22-28.

[30] Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, número 98/1993, de 22 de marzo de 1993 (RTC 1993\98).

[31] Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, número 246/2007, de 10 de diciembre de 2007 (RTC 2007\246).

proyecta estrictamente sobre los actos a través de los cuales se ejercita el ius puniendi del Estado en sentido amplio (potestades sancionadoras penal y administrativa), hemos de concluir que, conforme a nuestra doctrina (por todas, SSTC 237/1993, de 12 de julio [RTC 1993, 237], F. 2; 189/2001, de 24 de septiembre [RTC 2001, 189], F. 3; AATC 161/1983, de 13 de abril [RTC 1983, 161 AUTO]; 88/1993, de 15 de marzo [RTC 1993, 88 AUTO], F. 3), la cuestión aquí planteada está al margen del contenido propio de este derecho fundamental y ha de ubicarse, en su caso, en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)".

Esta misma postura ha sido adoptada por el Tribunal Supremo, por lo que cabe citar por todas, la Sentencia número 530/2019, de 31 de octubre[32] o la Sentencia número 367/1997, de 19 de marzo[33]. Esta última concluye: "Baste decir que las normas sobre

[32] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 530/2019, de 31 de octubre (RJ 2019/4595). La referida sentencia establece: "La doctrina civil y penal barajan tres argumentos para fundamentar la naturaleza exclusivamente civil de la RC ex delicto y librarla así de toda impureza penal.

1.- En primer lugar, sostienen que dicha responsabilidad no deriva de la infracción penal, sino del daño producido como consecuencia de la comisión del ilícito penal. 2.- En segundo lugar, y en coherencia con lo anterior, entienden que sólo nace en los supuestos en que el delito comporta un daño o perjuicio efectivo a la víctima. De ahí - continúan- que no quepa RC ex delicto en los delitos de peligro y en la tentativa. Por último, y para enfatizar que no nace de la infracción penal, destacan que surge incluso cuando, en puridad, no se ha cometido un delito entendido como hecho típico, antijurídico y culpable, trayendo a colación los casos de estado de necesidad y error, previstos, respectivamente, en los arts. 118.1.3ª y 118.2 del CP. La mejor doctrina suele plantearse en este tema que si partimos de una definición dogmático-técnica de delito, tengan razón quienes han cuestionado el propio nomen iuris "responsabilidad civil derivada de delito", y que, incluso, podría incluso defenderse la sustitución de la clásica expresión "responsabilidad civil derivada de delito" por la mención "Responsabilidad civil derivada de un hecho tipificado como delito".

3.- Además, hay que destacar que la reparación del daño es susceptible de transmisión en aquellos supuestos en que se impone de forma directa a persona distinta de la autora del hecho constitutivo de delito. También cabe señalar la autonomía de la responsabilidad civil respecto de la responsabilidad penal, debiendo rechazarse cualquier teoría que establezca la accesoriedad de la primera en relación con la segunda.

Por otro lado, la doctrina destaca que para determinar si existe o no responsabilidad civil, deberá tenerse en cuenta el resultado final del hecho criminal, que es lo que aquí ha ocurrido finalmente.

Queda claro, como apunta la mejor doctrina que todos sabemos que uno de los principios fundamentales de la convivencia humana presente ya en la sociedad romana es el de "alterum non laedere": De él se deriva que quien cause un daño a otro debe repararlo. Teniendo esto en cuenta debemos señalar que sobre estas dos ideas se construye la teoría de la responsabilidad civil. Y se añade que es impropio hablar de responsabilidad civil derivada de delito como algo distinto de la responsabilidad extracontractual, pues ambas tienen la misma finalidad puramente indemnizatoria, y ambas tienen el mismo fundamento: no es el delito el fundamento de la primera, sino, al igual que el de la segunda, el daño causado al perjudicado, atribuible al responsable (que puede no ser el autor del delito, como en este caso ocurre) por concurrir un adecuado criterio de imputación.

Por tanto, debemos entender que la responsabilidad deriva de la producción de daños, con independencia de que exista o no un delito. Será más concreto, entonces, hablar de responsabilidad civil por daños causados en la comisión de un ilícito penal. Y, por descontado, el fundamento de la responsabilidad civil "por delito" está, al igual que el de la responsabilidad por hecho ilícito civil, en el daño. Y éste obliga a repararlo, tanto si se produce a consecuencia de un delito como si deriva de una conducta no delictiva".

[33] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), número 367/1997, de 19 de marzo (RJ 1997/2332).

responsabilidad civil no pierden su carácter y naturaleza de normas civiles, aunque formen parte del contenido del Código Penal y por ello carecen de efecto retroactivo".

IV. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

La responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige la concurrencia de tres presupuestos: conducta ilícita, daño y relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos, "entendida no sólo como una relación de causalidad natural, sino también como una relación de causalidad adecuada determinada mediante criterios normativo-jurídicos de imputación objetiva"[34].

En relación con la causalidad, debe notarse que no toda conducta que pueda tener relación con el daño puede considerarse su causa, por lo que, en última instancia, se trata de determinar si, aplicando criterios de carácter jurídico, el daño puede ponerse a cargo del responsable[35].

La jurisprudencia ha establecido la relevancia jurídica que, junto con los elementos propiamente fácticos de la relación de causalidad material, reviste el juicio de imputación objetiva.

Entre las sentencias que recuerdan que es necesario que quepa imputar objetivamente un daño para la atribución de responsabilidad puede consultarse, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 1094/2005, de 26 de septiembre de 2005[36], que establece lo siguiente:

> "Tiene declarado esta Sala, como son exponente las SS. 1611/2000 de 19.10 (RJ 2000, 9263) y 1494/2003 de 10.11 (RJ 2004, 1770), que es la teoría de la imputación objetiva la que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar

[34] FERNÁNDEZ CRENDE, A., InDret, 1, 2006, pp. 1-10.

[35] LACRUZ BERDEJO, J. L., Elementos de Derecho civil, Vol. II, 1999, p. 488. "Al respecto, es de interés la tesis sostenida en nuestra doctrina, entre otros muchos, por el profesor Lacruz: "Se proponen, en realidad, dos cuestiones distintas: a) De una parte, la relación de causalidad en sentido propio, es decir, el que tiene en la lógica y las ciencias de la naturaleza. Causa, entonces, es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido. A este concepto de causa corresponde la teoría de la equivalencia de las condiciones, y su dilucidación es cuestión de mero hecho, no mezclada con razonamientos o valoraciones jurídicas. b) Pero el Ordenamiento no hace responder al sujeto de cualquier consecuencia dañosa de su conducta, alejada o inesperada que sea. El problema de determinar cuáles de los eventos dañosos causalmente ligados a la conducta del responsable pueden ser puestos a su cargo y cuáles no es una "cuestión de Derecho" (como quaestiones iuris la califican la SS. 19 de octubre 1992 y 23 septiembre 1996), que debe responderse con los criterios explícitos o implícitos en cada Ordenamiento jurídico. A esto se llama en ocasiones "causalidad jurídica", pero más precisamente "imputación objetiva" (objektive Zurechnung en la doctrina alemana)".

[36] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), número 1094/2005, de 26 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7336).

> entre acción y resultado y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consecuencias jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.
>
> Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar:
>
> 1º. Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado.
>
> 2º. Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción [...]".

Finalmente, la sentencia concluye: "En general es posible afirmar que sin causalidad (en el sentido de una Ley natural de causalidad) no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro".

Siguiendo a FERNÁNDEZ CRENDE[37], a continuación se enumeran algunos de los criterios de imputación objetiva que pueden servir para determinar si procede imputar el

[37] FERNÁNDEZ CRENDE, A., Indret 1, 2006, pp. 4-6, realiza un amplio estudio de los criterios de imputación objetiva y concluye: "La regla general de responsabilidad civil establece que, para imponer a alguien la obligación de reparar un daño, es necesario que éste lo haya causado. En una primera aproximación, la causalidad entendida como **causalidad natural o de hecho** se determina a través del criterio de la *conditio sine qua non*: causa es toda condición *sine qua non* del daño, es decir aquél de los elementos o de las condiciones, que, de haber faltado, el resultado dañoso no se hubiera producido. Pero, mediante la aplicación de este criterio podemos identificar una multitud de causas de un mismo daño todas ellas igualmente equivalentes (teoría de la equivalencia).

La crítica es simple: una aplicación estricta de la regla de la causalidad natural responsabilizaría a media humanidad de lo que le sucede a la otra media. Es obvio que no sería razonable hacer responsable a una persona de cualquier consecuencia dañosa de su conducta, por alejada e inesperada que ésta fuese. Por ello, la doctrina jurídica ha elaborado un concepto jurídico de causalidad, la **causalidad adecuada**, que descarta aquellas causas más remotas, imprevisibles o improbables y permite hacer responsable o responsables a las personas cuyas conductas fueron las causas más adecuadas del daño (teoría de la adecuación o, en palabras de la sentencia comentada, de la relevancia).

La causalidad adecuada es cláusula de cierre y criterio de imputación objetiva al mismo tiempo: debemos imputar el daño a aquellos responsables cuyas conductas sean causas más adecuadas y exonerar de responsabilidad a aquéllos cuyas conductas sean más remotas. Junto a ella, existen otros **criterios normativo-jurídicos de imputación objetiva** que, en situaciones más concretas, nos sirven para imputar negativa o positivamente el daño al posible responsable. El problema radica en que, siendo criterios de elaboración doctrinal, algunas leyes los han hechos suyos de forma puntual y los jueces los han aplicado de forma dispersa.

La doctrina suele enumerar algunos de los siguientes: (i) **riesgo permitido o riesgo general de la vida**, que excluye la imputación de aquellos resultados dañosos que sean realización de riesgos ligados de manera muy general a la existencia humana y a la forma de socialización y civilización correspondiente; (ii) **prohibición de regreso**, que propone negar la imputación del evento dañoso, cuando en el proceso causal iniciado por el posible responsable se haya interpuesto una conducta dolosa o gravemente negligente de un tercero. Sólo procedería imputar la responsabilidad a aquél que hubiera iniciado el curso causal si éste estaba en una posición de garante respecto del bien jurídico lesionado; (iii) **incremento del**

daño al posible responsable: riesgo permitido o riesgo general de la vida, prohibición de regreso, incremento del riesgo, fin de protección de la norma, competencia de la víctima y provocación.

V. SUJETOS CIVILMENTE RESPONSABLES Y PERJUDICADOS A LOS QUE SE DEBEN REPARAR LOS DAÑOS CAUSADOS

Finalmente, procede hacer una breve referencia a los sujetos civilmente responsables y a los perjudicados a los que se deben reparar los daños causados[38].

En primer lugar, hay que destacar que, de conformidad con lo establecido en los artículos 109 y 116 CP, la responsabilidad civil puede recaer sobre una o varias personas. En caso de que sean varias personas, los jueces y tribunales determinarán la cuota por la que debe responder cada uno de ellos.

Sin perjuicio de lo anterior, tomando en consideración que, como se ha adelantado, no todas las conductas ilícitas determinan la existencia de responsabilidad civil ni todo aquel que es responsable penal es en todo caso responsable civil, a continuación se realiza una breve referencia a los sujetos que pueden ser responsables civilmente de forma directa, solidaria, subsidiaria o como partícipes a título lucrativo.

1. Sujetos civilmente responsables

a) Responsables directos

La responsabilidad civil directa recae, *a priori*, sobre aquellos que resulten responsables penalmente, ya sea como autores o como cómplices[39].

---

riesgo, que niega la imputación del daño a la conducta del posible responsable cuando ésta no haya incrementado de forma sustancial el riesgo para la víctima; (iv) **fin de protección de la norma**, que exonera de responsabilidad al posible responsable cuando el comportamiento ilícito de éste haya vulnerado una norma que no tenía como finalidad proteger el bien jurídico lesionado; (v) **competencia de la víctima**, que rechaza la imputación en caso de que el control sobre la acción que provocó el daño fuera competencia de la víctima; (vi) **provocación**".

[38] No se realiza un estudio en profundidad de la materia por exceder del objeto del presente trabajo.

[39] Para determinar quiénes resultan responsables penalmente como autores o cómplices hay que acudir a lo dispuesto en los artículos 27 a 29 del Código Penal.

El artículo 27 CP establece que "Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices".

El artículo 28 CP establece que "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado".

El art. 29 CP establece que "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

Además de concurrir responsabilidad civil en los autores o cómplices de delitos, también concurre responsabilidad civil directa en determinados supuestos de exención de la responsabilidad penal. En relación con estos supuestos, el artículo 118 CP establece que la exención de responsabilidad criminal prevista en los números 1.º a 3.º y 5.º y 6.º del artículo 20 CP[40] no comprende la responsabilidad civil y determina quiénes son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal: i) "quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte"; ii) "el ebrio y el intoxicado" en el supuesto previsto en el artículo 20.2.º CP; iii) "las personas en cuyo favor se haya precavido el mal" en el supuesto previsto en el artículo 20.5.º CP; iv) "los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho" en el supuesto previsto en el artículo 20.6.º CP; y v) "los autores del hecho" en supuestos de error invencible (artículo 14 CP).

Además de los supuestos anteriormente expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 CP, las aseguradoras también pueden ser responsables

[40] El artículo 20 CP establece: "Están exentos de responsabilidad criminal:

1. º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3. º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

6. º El que obre impulsado por miedo insuperable.

7. º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código".

civiles directas cuando, como consecuencia de un hecho previsto en el CP, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado.

b) Responsables subsidiarios

Son responsables civiles subsidiarios aquellos que responden en defecto de los responsables penales. Los artículos 120 y 121 CP prevén una serie de supuestos en los que se determina la obligación de responder civilmente a personas que no tuvieron relación con el hecho delictivo.

El artículo 120 CP contiene los siguientes supuestos: i) "Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia"; ii) "Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212"[41]; iii) "Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción"; iv) "Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios"; y, v) "Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas".

Por otro lado, el artículo 121 CP prevé la responsabilidad subsidiaria de las Administraciones públicas[42].

[41] Se refiere al supuesto de responsabilidad civil solidaria de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.

[42] El artículo 121 CP establece: "El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos

c) Responsables solidarios

El artículo 116.2 CP prevé la responsabilidad solidaria de los "autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase", "entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables".

d) Responsabilidad civil de las personas jurídicas

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través del artículo 31 bis CP, lo que determinó la incorporación del apartado tercero del artículo 116 CP, que establece que "La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos".

De conformidad con lo establecido en el referido precepto, la responsabilidad penal de una persona jurídica determinará su responsabilidad civil directa y solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.

Asimismo, y como se ha adelantado, de conformidad con lo establecido en el artículo 120.4 CP, las personas jurídicas serán responsables civiles de forma subsidiaria "por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios".

e) Partícipes a título lucrativo

Finalmente, procede hacer referencia a un último supuesto en el que los partícipes a título lucrativo, aun no siendo responsables civiles, pueden verse obligados a cumplir una obligación civil[43] (artículo 122 CP).

---

servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario".

[43] TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentarios, 2016, sostiene: "Ciertamente los sujetos mencionados en este artículo 122 no son responsables civiles, aunque puedan ser compelidos a cumplir una obligación civil, cual es la de restituir. Si fueran responsables civiles, ya fuera por serlo también criminales, ya por serlo directos o subsidiarios, su obligación vendría determinada por imperativo de los preceptos que ya hemos comentado antes. Quiere ello decir que, de no existir la regla prevista en el artículo 122 CP (antes art. 108 CP/1973) las personas mencionadas no podrían ser obligadas a restituir, al menos no podrían serlo en el marco del proceso penal. Con ello queremos decir que el fundamento jurídico de esta obligación existe, sin duda, pero no se derivaría, en orden a la exigencia, directamente del hecho delictivo pues, como luego veremos, su fundamento es otro".

2. Perjudicados a los que se deben reparar los daños causados

El artículo 113 CP establece que "la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros".

Del tenor literal del referido precepto se infiere que la obligación de reparar los daños causados se extiende tanto al agraviado como a sus familiares o terceros, es decir, "a todos aquellos que, por cualquier causa, hayan sentido los efectos negativos de la acción criminal"[44]. Por lo tanto, el perjudicado no tiene por qué coincidir con la víctima del delito o, al menos, no con la víctima directa[45].

VI. CONCLUSIONES

En nuestro ordenamiento jurídico, la comisión de un hecho delictivo determina dos tipos de responsabilidad: penal y civil. La finalidad de la responsabilidad civil derivada del delito es reparar los efectos que el delito haya tenido sobre la víctima y sobre los perjudicados por él.

La responsabilidad civil derivada del delito tiene su origen en los artículos 1089 y 1092 del CC, si bien este último precepto hace remisión expresa a las disposiciones del Código Penal, concretamente en sus artículos 109 a 122. Lo anterior determina que la obligación de reparar los daños y perjuicios derivados del delito se regirá por las disposiciones del Código Penal y de forma supletoria por las disposiciones del Código Civil.

Aunque la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del delito tradicionalmente ha sido una cuestión controvertida, la referida cuestión ha sido superada. Actualmente no es una cuestión debatida que la responsabilidad civil derivada del delito tiene naturaleza civil.

Para que concurra responsabilidad civil derivada del delito es necesario que concurran tres presupuestos: conducta ilícita, daño y relación de causalidad, si bien la relación entre la acción y el resultado debe responder a criterios de imputación objetiva.

La responsabilidad civil derivada del delito puede ser exigida tanto a responsables penales de la acción ilícita como a aquellos que, de conformidad con las disposiciones

[44] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C./JUDEL PRIETO, A./PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., en Manual de Derecho Penal, 2011, pp.8-9.

[45] FUSTER-FABRA, J. M., IURIS. Actualidad y Práctica de Derecho, 2005, p. 36.

del Código Penal, deban responder de forma solidaria o subsidiaria aunque no hayan tenido participación directa en los hechos de los que trae causa la responsabilidad civil.

VII. BIBLIOGRAFÍA

DE LA FUENTE HONRUBIA, F., La responsabilidad civil derivada del delito. Especial consideración a las personas jurídicas y entes colectivos. AFDUA, 2003.

FERNÁNDEZ CRENDE, A., Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto: criterio de la provocación, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, núm. 1, Barcelona, 2006.

FUSTER-FABRA, J. M., Responsabilidad civil derivada del delito, IURIS. Actualidad y Práctica de Derecho, 2005.

GALLEGO SOLER, J. I., De la responsabilidad civil y las costas procesales, en Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

HORTAL IBARRA, J. C., La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo resolver la cuadratura del círculo, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, núm. 4, Barcelona, 2014.

LACRUZ BERDEJO, J. L., Elementos de Derecho civil, vol. II, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.

MAPELLI CAFFARENA, B., Las consecuencias jurídicas del delito, Aranzadi, 2011, BIB 2012\6580.

PANTALEÓN PRIETO, F., Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación, en Centenario del Código Civil (1889-1989), vol.2, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1990.

ROIG TORRES, M., Normativa aplicable, La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C./ JUDEL PRIETO, A./ PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. Responsabilidad civil derivada de infracción penal, en Manual de Derecho Penal. Tomo I, Parte General, Aranzadi, 2011.

TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentarios al Código Penal español. Tomo I, Aranzadi, 2016, versión electrónica disponible en https://proview.thomsonreuters.com

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 530/2019, de 31 de octubre (RJ 2019/4595).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, número 246/2007, de 10 de diciembre de 2007 (RTC 2007\246).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1094/2005, de 26 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7336).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 367/1997, de 19 de marzo de 1997 (RJ 1997/2332).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, número 98/1993, de 22 de marzo de 1993 (RTC 1993\98).

* * * * *

Pino Esther Hormiga Franco

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias, España. Licenciada en Criminología. Socia de la FICP.

~La expulsión de los extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión~

Resumen.- Algunas modificaciones legislativas ha tenido la expulsión de extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión motivada por la necesidad de ajustar su aplicación al Derecho internacional y comunitario con fundamento en la prevención general de conformidad con el principio de proporcionalidad con absoluto respeto a los derechos individuales. La medida sustitutiva de expulsión de extranjeros por la pena de prisión se podrá aplicar a los que no ostenten la nacionalidad española incluidos los ciudadanos de la Unión Europea. En este texto se trata de exponer la aplicación de la medida sustitutiva atendiendo a la última reforma e intentando buscar las respuestas a la problemática situación que se crea con la expulsión de los ciudadanos extranjeros de España de penados o sometidos a procesos penales.

Sumario.- I. Naturaleza jurídica, fundamento y finalidad de la expulsión sustitutiva. II. Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación. Efectos. III. Procedimiento. Audiencia del penado y sus circunstancias personales del condenado. IV. Bibliografía.

I. NATURALEZA JURÍDICA, FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA.

Por primera vez, la expulsión como figura sustitutiva de las penas de prisión por debajo de los seis años, fue regulado en el artículo 89 del Código Penal de 1995.

La modificación legislativa operada en la L.O. 8/2000, reformó el precepto ampliando el ámbito de aplicación objetiva y otorgando a la autoridad judicial, a instancia del Ministerio Fiscal, la opción de expulsar a los extranjeros no residentes legalmente en España condenados a penas de prisión igual o superior a seis años, siempre que hubieran cumplido las tres cuartas partes de la condena.[1]

La siguiente reforma legislativa fue la L.O. 11/2003 consistió en primer lugar, en ampliar la expulsión judicial como pena sustitutiva al cumplimiento de la condena, de manera obligatoria para penados a penas privativas de libertad que sean extranjeros irregulares en el territorio español salvo que la autoridad judicial aconsejase por la naturaleza del hecho delictivo el cumplimiento de la pena en territorio español, aunque el TS a través de su jurisprudencia fue proclive en no apreciar la expulsión cuando el penado tuviera cualquier clase de arraigo en nuestro país. En segundo lugar, cuando la pena privativa de libertad fuera superior a seis años, se podrá optar por la expulsión que será sustitutiva parcialmente debiendo cumplir las ¾ partes en territorio español o

[1] NISTAL BURÓN, J., La condición de extranjero en el sistema penitenciario español, 2017, pp. 28 y ss.

encontrarse en el tercer grado y en tercer lugar, la adopción de esta medida se resolverá en sentencia.

La siguiente modificación legislativa fue operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, donde ya el precepto del artículo 89 del CP permitía resolver sobre la sustitución de la pena por la expulsión en la etapa de ejecución.

Y la última reforma legislativa del artículo 89 del CP se ha llevado a cabo por la L.O. 1/2015.

El actual art. 89 del Código Penal deja claro que el instituto de la sustitución no es aplicable como tal a penados españoles sino, únicamente, a los que sean extranjeros, pudiendo decirse que el beneficio de que antes pudieran gozar por esta vía los reos foráneos se ha transformado en una modalidad de suspensión.[2] Es decir, se aplica únicamente a extranjeros.

El artículo 89 reformado que se dedica a la sustitución, se redacta de manera extensiva, ampliando a los extranjeros con residencia legal y ajustando la normativa a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Supremo y al Derecho comparado. Es decir, la sustitución de las penas de prisión por expulsión del condenado extranjero se extiende a los extranjeros no residentes y residentes legalmente y excepcionalmente a las personas de la Unión Europea.

Encontrar la naturaleza jurídica de la expulsión como pena sustitutiva no ha sido tarea fácil. No se trata de una pena ni su finalidad es la reeducación y la reinserción social. La expulsión judicial de extranjeros se encuentra recogida en el catálogo de medidas de seguridad del art. 96.3 del Código Penal reformado por la L.O. 15/2003 y ello ha motivado que se considere como una medida de seguridad no privativa de libertad.[3] Según SÁNCHEZ MELGAR la expulsión judicial de extranjeros se fundamenta en que "no se trata propiamente de una sustitución de penas, porque aquí no existe efecto novatorio alguno, sino que lo que se sustituye es la misma ejecución de la pena que se cambia por la expulsión del extranjero del territorio nacional" y que "la expulsión de extranjeros obedece a razones de política criminal conforme a las cuales, el extranjero que delinque en nuestro país, no merece la confianza del Estado asumiendo

[2] DE ELENA DE MURILLO, V., La nueva regulación de la suspensión de la ejecución de penas de prisión tras la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, 2016, p. 9.

[3] SOLAZ SOLAZ, E., La Ley Penal, 144, 2020, p. 4.

su acogimiento y residencia, y la ley habilita a su expulsión en dos supuestos; o inmediatamente a la comisión delictiva —declarada así por sentencia firme—, o bien tras un período, más o menos largo, de cumplimiento de la pena de prisión impuesta.". Así dice este autor, que estamos ante una medida de seguridad, "pues no se trata propiamente de una sustitución de penas, al no existir efecto novatorio alguno, sino que lo que se sustituye es la misma ejecución de la pena que se cambia por la expulsión del extranjero del territorio nacional. Prueba de ello, es que la expulsión no es ninguna pena que se articule en catálogo alguno de nuestro Código Penal.". Esta opinión la defiende la Fiscalía General del Estado[4], el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Según mantiene PLASENCIA DOMÍNGUEZ, las expulsiones judiciales reguladas en el art. 89 CP no constituyen una medida de seguridad, sino una forma sustitutiva de ejecución de la pena de prisión siendo así que la única forma de sustitución posible de dicha pena es la expulsión judicial sustitutiva impuesta a un extranjero.

Es cierto que el artículo 96.3.2ª) entiende que se trata de una medida de seguridad, sin embargo por unanimidad los asistentes[5] entienden que nos encontramos ante una forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad, como se expone en el epígrafe del Capítulo III del Título III, "De las penas", del Libro Primero del CP sin perjuicio de que pueda considerarse como medida de seguridad en la forma en que se recoge el artículo 96, exclusivamente en los supuestos contemplados en el artículo 108, es decir, cuando se adopte como sustitutoria de una medida de seguridad. La inclusión de la expulsión del extranjero en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad y la forma y efectos de su ejecución no ha sufrido modificación, a diferencia de lo ocurrido con el artículo 89, desde la reforma operada por la LO 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana; violencia doméstica e integración social de los Extranjeros.

II. ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE APLICACIÓN. EFECTOS.

En el contexto objetivo de aplicación incluye la pena privativa de libertad únicamente la de prisión, porque el resto de penas privativas de libertad como la localización permanente o la prisión derivada de las responsabilidades personales

[4] La Circular 7/15, de la Fiscalía General del Estado, ha señalado que "La expulsión de los ciudadanos extranjeros prevista en el art. 89 del CP es una medida sustitutiva de la pena de prisión por la que se restringen los derechos a entrar, residir o transitar por territorio nacional para favorecer la realización de los fines de la política inmigratoria que corresponde al Gobierno.".

[5] Conclusiones del Seminario Nueva Configuración de la suspensión y la sustitución de las penas tras la reforma del Código Penal, Madrid, del 27 al 29 de abril de 2016, pág. 14.

subsidiarias por impago de multa no se puede aplicar la sustitución de la pena por expulsión. Y en el ámbito subjetivo de aplicación se aplica a los extranjeros residentes y no residentes legalmente así como a los ciudadanos del marco europeo.

En cuánto a la aplicabilidad del precepto debemos distinguir lo siguiente:

a) De manera preceptiva, el apartado primero del artículo 89 del CP establece la sustitución de la pena de prisión de más de un año y menos de cinco años por la expulsión del territorio español, salvo que "excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el Juez o Tribunal pueda acordar «la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional".

   Se debe excluir la pena de prisión que no exceda del año. No es posible sumar varias penas inferiores al año para que el resultado supere el año de prisión y sustituirla por la expulsión. A estas penas se les podrá aplicar el beneficio de la suspensión del artículo 80 y siguientes del CP.

   Al hilo de lo anterior, la reciente STS 233/2020, de 26 de mayo, establece el límite de la pena en un año y fija que será la pena impuesta y no la pena en abstracto, es decir la establecida en sentencia, de conformidad con el artículo 25 del Constitución Española.

b) La sustitución de las penas privativas de libertad superiores a cinco años o varias condenas que superen esa duración. Aquí hubo problemática de si con tal mención de "penas que excedieran de esa duración" se quiso decir penas privativas de libertad de más de cinco años o varias condenas que sumadas excedan los cinco años. Este tipo de sustitución judicial comprende la pena o penas de prisión superiores a cinco años del artículo 89.2 del CP, cuando se refiere a "varias penas que excedieran de esa duración" porque en el caso que no sobre pasara este límite, nos encontraríamos en el apartado primero del precepto.

   Dentro de este apartado segundo, hay un inciso 1º que contempla el cumplimiento íntegro de la pena. Se trata de delitos especialmente graves, entre los cuales se

incluyen aquellos que conlleven la pena de prisión permanente revisable y que vulneren bienes jurídicos protegidos de carácter personal. Y también hay un inciso 2º del apartado segundo del artículo 89 del CP que contempla el cumplimiento de la pena de modo parcial al regular que "en estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio nacional, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.".

En resumen, cuando se trate de pena o penas superiores a cinco años, el Juez o Tribunal podrá acordar el cumplimiento parcial o íntegro de la pena pero aún así se podría aplicar la sustitución cuando el condenado llegara al tercer grado penitenciario o se le concediera la libertad condicional.

c) El apartado cuarto del artículo 89 del CP no aplica la sustitución total y parcial de la pena privativa de libertad por expulsión en base al principio de proporcionalidad cuando la medida de seguridad agrave al penado por el arraigo familiar y personal del extranjero en el territorio español valorando la gravedad del delito por el que ha sido sancionado.

No se puede aplicar la medida de sustitución por expulsión en aquellos delitos previstos en los artículos 117 bis, 312, 313 y 318 bis del Código Penal.

En referencia al ámbito subjetivo, después de la reforma del artículo 89 del CP por la L.O. 1/2015, la medida de sustitución de la pena por expulsión se podrá aplicar a personas extranjeras que no residan legalmente en el territorio español, así como ciudadanos que sean residentes en España. Con esta reforma se logra una equiparación absoluta entre extranjeros no residentes y residentes. Cuando afecte a ciudadanos de la Unión Europea se podrá aplicar la sustitución de la pena por la expulsión siempre y cuando la persona de conformidad con el apartado 4º del art. 89 del CP "represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales".

Es decir, que este ámbito subjetivo de aplicación del artículo 89 del CP, se extiende en la actualidad a las personas que no hayan adquirido ni ostenten la nacionalidad española, esto es, ciudadanos extranjeros stricto sensu con independencia

de su residencia legal en territorio español[6], ciudadanos nacionales de un Estado miembro de la UE, y ciudadanos residentes en España por tiempo que exceda a diez años, estos dos últimos con particulares cautelas.

Cuando el legislador se refiere a los ciudadanos de la Unión Europea, alude a todo aquel al que resulte aplicable el régimen de la Unión Europea, lo que también comprende a los nacionales de los Estados asimilados, y a los nacionales de terceros países que sean miembros de la familia del ciudadano de la Unión Europea que le acompañen o se reúnan con él.[7]

Ahora bien hay otro supuesto cuando el extranjero cualquiera que sea su nacionalidad[8], resida más de diez años en España[9] con independencia de la residencia y

[6] En este sentido, la Circular FGE 7/2015, se refiere específicamente a una serie de colectivos que pueden plantear ciertas dudas, en los siguientes términos:

Respecto de los apátridas, en principio nada impide su expulsión, si bien de conformidad con lo dispuesto por el art. 63 bis LOEX se les deberá ofrecer un plazo de 30 días prorrogables para que puedan gestionar su admisión legal en otro país. Si ello no ocurre, se considerará que la expulsión ha devenido imposible, por lo que procederá exigir el cumplimiento de la pena, sin excluir la posibilidad de concesión del beneficio de suspensión de ejecución de la condena, sin concurrieren los requisitos legales para ello. En cuanto a los asilados protegidos por el estatuto contenido en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, no podrán ser expulsados sin un acto previo de revocación de dicho estatuto. Los indocumentados o de nacionalidad u origen no determinado en la práctica no podrán ser expulsados, aun cuando teóricamente no estén excluidos del régimen previsto por el art. 89 CP.

[7] PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., Diario La Ley, 9639, 25 de mayo de 2020, p. 5.

[8] La STS nº 221/2017, de 29 de marzo, que en su fundamento jurídico séptimo, al analizar el régimen normativo del artículo 89 tras su redacción por LO 1/2015, viene a estimar que dicho párrafo no va referido exclusivamente a los nacionales de países de la Unión Europea, sino a todo extranjero, cualquiera que sea su nacionalidad…

[9] En este sentido la STS de 18 de mayo de 2017, que analiza la expulsión de un ciudadano no europeo, afirmándose que si se hubiera probado que vivió en España más de 10 años sólo sería posible la expulsión en los supuestos previstos en el tercer párrafo: "ese mismo artículo en la redacción vigente, tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, dispone en su apartado cuarto, entre otros extremos, lo siguiente: No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.".

También se dispone en ese apartado cuarto que si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además: a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

El recurrente se opone a la expulsión alegando que tenía residencia legal en España en vigor y un hijo de nacionalidad española.

El Tribunal de instancia al decidir la expulsión sustituyendo a parte de la pena privativa de libertad, se limita a decir, en relación a sus circunstancias personales, que no se ha acreditado arraigo familiar en España, sin perjuicio de tratarse de un residente legal en nuestro país.

Además de lo escueta motivación en la que se decide sobre la expulsión, se declara probado que es residente legal en España sin precisarse el tiempo que dura esa residencia y por consiguiente no se sabe si ha durado lo diez años a que se refiere el apartado cuarto del vigente artículo 89 para excluir la expulsión, ya que no se trata de ninguno de los delitos que la hubieran permitido a pesar de haber residido diez años ya que no ha sido condenado, como sucede con los otros acusados, por delito de integración en grupo criminal. La redacción del artículo 89 que estaba vigente cuando se produjeron los hechos excluye

de ser ciudadano europeo se puede aplicar la expulsión por razones de seguridad colectiva porque se trate de delitos contra las personas, contra la vida, libertad, integridad física e indemnidad sexual con pena de más de cinco años y se aprecie la posibilidad de reincidencia o reiteración delictiva o si se tratara de delitos de terrorismo u organización criminal. De lo contrario la expulsión de una persona que resida más de diez años en España podría ser desproporcionada. En esta línea el Tribunal Constitucional señala "resultaba necesario ponderar la existencia de una situación de arraigo familiar, en los términos en lo que después ha sido impuesto legislativamente en el art. 89.4 CP, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo".

III. PROCEDIMIENTO. AUDIENCIA AL PENADO Y SUS CIRCUSNTANCIAS PERSONALES DEL CONDENADO.

Para la expulsión administrativa a quién se le imputa un hecho delictivo, será necesario para llevar a cabo el procedimiento de expulsión que se lleve dentro de un proceso penal o judicial, que exista una solicitud administrativa y se celebre la audiencia al penado.

Se trata de un procedimiento penal donde se esté tramitando una causa penal por un delito, se trata de un procedimiento abierto donde no se haya decretado el sobreseimiento libre ni provisional de la causa. “Establece la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, como momento preclusivo para autorizar la expulsión el momento de comienzo de juicio oral. Ello encuentra perfecta lógica en los casos en los que pueda preverse una celebración rápida y la veloz llegada de la sentencia firme que pueda incorporar ya como pena sustitutiva la expulsión. Sin embargo, estimamos que esa situación no será siempre la que acompañe al comienzo de la vista, sino que la inversión de esfuerzos y tiempo puede resultar completamente ilógico en determinados casos, por lo que sería más racional el análisis, caso por paso, de las circunstancias, objetivos a perseguir y ponderación de intereses en juego.”.[10] Es posible la autorización administrativa para la expulsión mientras dure la instrucción y cuando todavía no se haya pasado a la etapa intermedia del procedimiento, excepto cuando se trata de delitos graves. En este caso de expulsión no voluntaria, se trataría de una medida restrictiva de los derechos del extranjero afectado que el Estado puede aplicar legítimamente en el

expresamente la expulsión de los residentes legales e España. Así las cosas, procede estimar el motivo dejándose sin efecto la expulsión del ahora recurrente que se había acordado por el Tribunal de instancia.

[10] MAGARIÑOS YÁNEZ, J.A., Diario La Ley, 8799, julio de 2016, p. 5.

contexto de una política criminal unida a una política de extranjería que le preocupa legítimamente legislar, no existiendo un derecho constitucional a la reinserción y debiendo entenderse el art 25.2 CE como una simple orientación dirigida al orientador penal.[11] En estos casos, el extranjero aún no ha sido juzgado y se le expulsa por vía administrativa de conformidad con la Ley de Extranjería. Cuando exista condena donde se aplique la expulsión recogida en el artículo 57.2 de la Ley de Extranjería, ya no se podrá acordar la expulsión por las autoridades administrativas.

La expulsión administrativa como consecuencia de la conducta infractora y/o delictiva del extranjero viene ampliamente regulada en la LOEX, luego afecta y es aplicable a los extranjeros de «terceros países» a quienes no se aplica el régimen comunitario, pues para aquellos condenados que se hallan bajo el ámbito de aplicación del RD 240/007 sólo se prevé la expulsión «administrativa o gubernativa» para casos más bien excepcionales, ya que en el caso de estas personas únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión si existen motivos graves de orden público o seguridad pública.[12]

La consecuencia directa de la expulsión es la prohibición de entrada en el territorio español de conformidad con el artículo 58 de la LOEX.

La expulsión administrativa se hace así cada vez más frecuente entre los extranjeros en prisión, utilizándose además en el caso contemplado en el art. 57.2 LO 4/2000 el procedimiento sancionador preferente. Señala el art. 234 Reglamento de extranjería, RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión se realizará por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en las letras a) y b) del art. 54.1, así como en las letras d) y f) del art. 53.1 y en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.[13]

Ahora bien, cuando exista condena penal firme se aplica los supuestos del artículo 89 del CP, excluyendo así la expulsión administrativa y trasladando la sustitución de expulsión en la sentencia o en la ejecución de la sentencia con unos límites y restricciones.

[11] HERNÁNDEZ OLIVEROS, J.C., La Ley penal, 138, 2019, p. 4.
[12] MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., Las medidas repatriativas en el ámbito penitenciario: especial mención al traslado de personas condenadas a la luz de las nuevas reformas legislativas, 2015, p. 2
[13] LEGANÉS GOMEZ, S., Diario La Ley, 8579. 9 de julio de 2015, p. 7.

Debe quedar fuera el concepto de responsable civil, si no conlleva una responsabilidad penal.

Debemos distinguir en la expulsión cuando la sustitución de la pena es íntegra o parcial. La regla general será que la pena se sustituya de manera total por la expulsión siempre que sean penas inferiores a cinco años excepto si por motivos de prevención general el cumplimiento parcial de la pena sea lo más conveniente. Este límite de cinco años en el Código Penal se diferencian las penas graves de la menos graves y también sirve para diferenciar la competencia de los Juzgados de lo Penal de la Audiencia Provincial.

Dentro del cumplimiento parcial de la pena hay que diferenciar cuando se trata de penas de más de un año hasta cinco años o de penas de más de cinco años de prisión. El primer supuesto está contemplado en el segundo párrafo del artículo 89.1 del CP que se acordará su ejecución *"que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional."*. La reforma legislativa propugna como regla general la expulsión con la singularidad de que explica las razones para decidir si la ejecución de la pena es total o parcial antes de la expulsión.

Esta regla favorable a la expulsión en contextos de proporcionalidad de la respuesta jurídica sale más reforzada en el nuevo texto legal, en la medida en que ya en ese mismo apartado primero, al que se habría trasladado, en parte, la posibilidad de una sustitución parcial de la pena por expulsión, la previsión de que el juez o tribunal pueda acordar la ejecución de una parte de la pena y la sustitución del resto por expulsión cuando ello resulta necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, está precedida del adverbio "excepcionalmente", pudiéndose concluir que el Legislador pretende que el juez en el momento de ponderar las necesidades de defensa del orden jurídico y de restablecimiento de la confianza en el derecho, tenga presente que su voluntad es la de llevar a cabo la expulsión en sustitución de toda la pena y no sólo de parte.[14]

Cuando se trate de pena o penas de más de cinco años, la regla es la ejecución de la pena, en todo o en parte, no hay límite de cumplimiento parcial por lo que el juzgador

[14] GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión, 2016, p. 170.

podrá discrecionalmente resolver la cantidad de pena a cumplir en territorio español por el extranjero, manteniéndose el resto de presupuestos tales como el tercer grado o la libertad condicional antes de la expulsión.

En cuánto a la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea, el artículo 89.4 del CP en sus apartados 2º y 3º se ajustan a la Directiva 2004/38/CE[15] relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El ciudadano de la UE por el hecho de cometer un hecho delictivo con pena de más de un año no se le puede decretar la expulsión como medida sustitutiva sino que será necesaria que se acompañe de los demás requisitos que recoge la citada Directiva como son la peligrosidad del autor, el arraigo en nuestro país junto con la valoración del hecho ilícito cometido. Así el art. 89.4 CP, apartado segundo establece que "la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.". Y en el párrafo tercero todavía se refuerza aún más a los ciudadanos de la UE si hubieran residido durante diez años en España contra la expulsión precisando para la misma motivos importantes de seguridad pública.

El Estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo y RD 476/2020 de 27 de marzo, como consecuencia de la pandemia, afectó a la sustitución judicial de la pena y a la sustitución del proceso penal por la expulsión administrativa debido al cierre de fronteras decretado por numerosos países, lo que significa que de manera transitoria hasta no se reanude la normalidad en la que pueda llevarse a efecto la repatriación de los ciudadanos extranjeros afectados, los Fiscales deberán adoptar una serie de medidas acordes con la situación de excepcionalidad y que se acomoda a las previsiones generales establecidas por la Circular 2/2006 de 27 de julio de la FGE, "sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España" que señala que "los Sres. Fiscales se pronunciarán en contra del internamiento o instarán el cese del mismo, si su cumplimiento hubiera comenzado, cuando se constate que dicha ejecución resulta de imposible materialización".[16]

[15] RECIO JUÁREZ, M., Diario La Ley, 8602, 10 de septiembre de 2015, p. 6.

[16] Nota interna de extranjería nº 1/2020 de la Fiscalía General del Estado, sobre el internamiento cautelar administrativo de extranjeros; de la sustitución total de las penas privativas de libertad por la expulsión; y de la sustitución del proceso penal por la expulsión.

Tras la reforma efectuada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ya no se dice nada sobre la previa audiencia del penado ni audiencia de las partes, aunque tanto el TS como el TC se habían venido pronunciando en materia de expulsión de extranjero sobre la necesidad de la audiencia para cumplir con el principio de contradicción antes de dictar o acordar la decisión sobre la sustitución.

Aunque se haga alusión a la previa audiencia en el artículo 89.3 del CP al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, en el trámite de ejecución, es decir cuando haya que resolverse en auto posterior al dictado de la sentencia, habrá que llevarse a cabo para poder así escuchar al acusado o penado, a las partes y al Ministerio Fiscal y poder valorar incluso con la práctica de prueba sobre la pertinencia de la medida de sustitución. Pero de esta misma manera deberá exigirse en el plenario cuando se vaya a resolver en la sentencia para cumplir con el principio de contradicción para valorar asió la proporcionalidad de la medida con las limitaciones previstas en el artículo 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

La audiencia del penado aunque no está contemplada en la L.O.E. en el artículo 57.1, que sólo hace referencia al Ministerio Fiscal, debe ser escuchado antes de resolver sobre la decisión de la sustitución de la pena. El plazo de tres días se debe calificar de breve. Se podrán dar audiencia al penado junto a las partes personadas y perjudicadas y los letrados intervinientes salvo que se tratara de delitos leves. La materia a tratar en la audiencia versará de las circunstancias personales, de arraigo del investigado en el país así como los presupuestos del delito, la posible reincidencia y el abono en las responsabilidades económicas. La ya mencionada Circular 2/2006 FGE, que "la audiencia se integre en la primera de las declaraciones del investigado, por una cuestión de economía procesal, en los casos en los que pueda preverse una posterior petición gubernativa de autorización de expulsión.".

En principio durante el juicio oral, el tema de la expulsión puede ser abordado y podría oírse a las partes su calificación o informe antes de ser dictada la sentencia. Ahora bien, una vez dictada la sentencia y cuando la cuestión de la sustitución por expulsión deba ser resuelto en auto motivo y aparte deberá celebrarse la pertinente audiencia para preguntar a las partes y al Ministerio Fiscal su decisión sobre la adopción de la medida de expulsión del conformidad con el artículo 89.3 del CP.

En conclusión ya sea en el juicio o plenario o ya se produzca en la fase de ejecución penal, debe de practicarse la audiencia al penado antes de resolver sobre la

expulsión para que el Tribunal pueda valorar los elementos de prueba necesarios para la sustitución total o parcial de la pena.

En este caso, una vez analizada todas las circunstancias concurrentes sobre el investigado, el juez resolverá a través de auto motivado sobre la expulsión pero no como sustitución de una pena que no se ha producido sino si el proceso penal abierto impide una ejecución de una resolución administrativa ya impuesta por la Administración. Como afirma, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 1999, "el papel del Juez Penal en este caso es, pues, en cierto modo análogo al del Juez que conoce en sede de "habeas corpus" de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales Contencioso-Administrativos, pero el Juez Penal debe velar "prima facie" por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención".

En cuánto a las circunstancias del penado hay que tener en cuenta como dice nuestro Alto Tribunal en la STS de 22 de marzo de 2018 que se refiere en esta materia los presupuestos ha tener en cuenta para la decisión de la expulsión o no del extranjero se base en un "examen imperativo y ponderado de las circunstancias del penado, la decisión adoptada no sopesa en modo alguno las circunstancias personales y sociales que concurren en el acusado a la hora de acordar su expulsión como medida sustitutoria de la pena impuesta, ni tampoco plasma las razones que pudieran fundamentar una resolución de esa índole. Pues ni siquiera trae a colación el criterio del arraigo en nuestro país, criterio que enfatizó la reforma penal de 2015 como pauta especial a tener en cuenta con el fin de salvaguardar el principio de proporcionalidad. Y es que si el legislador ha establecido el arraigo como criterio rector prioritario para decidir sobre la proporcionalidad de la expulsión del territorio nacional como procedimiento sustitutivo de la ejecución de la pena privativa de libertad, es incuestionable que la interpretación de la Sala de instancia resulta inasumible, ya que ni siquiera se reseñan en la fundamentación de la sentencia las singulares circunstancias familiares que concurren en la persona del acusado como sustento relevante para apoyar una clara situación fáctica de arraigo. Concurre pues una situación de arraigo familiar en nuestro país que permite considerar la expulsión como claramente desproporcionada, al frustrar de modo concluyente los fines de prevención especial de una pena privativa de libertad de un año

y medio de prisión, al mismo tiempo que se menoscaba el interés familiar que aparece representado por dos hijos de escasa edad y por la compañera del acusado.".

De conformidad con los previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos hay que valorar como la expulsión afectaría a la vida privada y familiar del extranjero así como hay que valorar también los delitos cometidos o la gravedad del hecho criminal cometido, siempre desde el prisma de la proporcionalidad de la medida de sustitución de la pena de prisión. Así se quiere con esta ponderación de circunstancias excluir la expulsión de manera automática estableciendo una serie de limitaciones por ser necesario y exigible por la doctrina constitucional y por la jurisprudencia del TEDH. Porque esta expulsión automática de extranjeros iría en contra del principio de igualdad ante la ley si se diera un tratamiento discriminatorio a los extranjeros extracomunitarios de los extranjeros comunitarios.

Además de valorar la naturaleza del hecho delictivo, la reincidencia o reiteración delictiva uno de los elementos también ha tener en cuenta en la valoración es la peligrosidad como criterio fundamental para motivar la suspensión junto con el resto de circunstancias personales del autor. Para ello, el Juez o Tribunal tendrá en cuenta los antecedentes penales que no estén cancelados o que sean susceptibles de cancelación.

En resumen, hay que tener en cuenta algunas indicaciones interpretando la sentencia ya mencionada 221/2017, de 29 de marzo del Tribunal Supremo, a saber:

1. Además de conocer el ilícito criminal cometido y sus circunstancias habrá que analizar la persona si es residente o no en España, si es ciudadano de la UE o extranjero que no pertenece a la UE.

2. Si se tratara de un ciudadano de la UE es de aplicación la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE.

3. Hay que tener en cuenta en defensa del orden jurídico y de la seguridad jurídica que la finalidad de la expulsión judicial en sustitución del cumplimiento total o parcial de la pena es la prevención general positiva. Habrá de aplicarse este principio en la práctica a la hora de la interpretación de la norma del artículo 89 del CP. Es necesario que la sociedad contemple como garantía de seguridad de que el derecho penal tiene unos fines no sólo educativos sino de prevención de manera que los intereses generales estén también salvaguardados frente a la delincuencia. En este sentido, el artículo 89 del CP concede una discrecionalidad

muy amplia al Juzgador a la hora de la aplicación de la expulsión como medida sustitutiva de la pena sobre todo en las penas comprendidas entre el año y los cinco años de prisión.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

DE ELENA MURILLO, Victorio. La nueva regulación de la suspensión de la ejecución de penas de prisión tras la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, 2016.

HERNÁNDEZ OLIVEROS, Juan Carlos. La expulsión de cada vez más ciudadanos extranjeros implicados en hechos delictivos. La Ley penal, 138. Mayo-junio 2019.

LEGANÉS GÓMEZ, Santiago. La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015. Diario La Ley n.º 8579. 9 de julio de 2015. Formación a Distancia. CGPJ. 2, 2016.

MAGARIÑOS YÁNEZ, José Alberto. La expulsión de ciudadanos extranjeros sometidos a procedimientos penales antes de su finalización. Presupuestos y efectos en el proceso. Diario La Ley, 8799. Julio de 2016.

MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther. Las medidas repatriativas en el ámbito penitenciario: especial mención al traslado de personas condenadas a la luz de las nuevas reformas legislativas. La Ley Penal, 115. Julio-agosto 2015.

NISTAL BURÓN, Javier. La condición de extranjero en el sistema penitenciario español. Año 2017. Tirant Lo Blanch.

PLASENCIA DOMÍNGUEZ, Natividad. Guía práctica para las expulsiones judiciales sustitutivas del artículo 89 del Código Penal. Diario La Ley, 9639. 25 de mayo de 2020.

RECIO JUÁREZ, Matías. Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal. Diario La Ley, 8602. 10 de septiembre de 2015.

SOLAZ SOLAZ, Esteban. La sustitución de la pena por expulsión de extranjeros en el proceso penal. La Ley Penal, 144. Mayo-junio 2020.

* * * * * *

M.ª José Leonís Sánchez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia de la FICP

~Derecho al propio entorno virtual: derechos fundamentales que convergen en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo~

I. INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado donde las comunicaciones juegan un papel crucial para engranarlo y así posibilitar su sostenimiento, estas se han de conjugar con el cada vez más reducido ámbito de privacidad del individuo. David devora a Goliat y en evitación, o cuando menos minimización de ello, se hace preciso un mayor control por parte de los poderes públicos, quienes a través de la regulación de los diferentes accesos respecto a los datos personales de los habitantes del planeta, en ocasiones inconsentidos, han de proporcionar la necesaria protección de esa esfera tan deseada. Los consentimientos a este acceso, pasan por aceptar condiciones en gran medida desconocidas para el gran público y en cierto modo tornan en obligatorio ese consentimiento, a fin de poder acceder al servicio o información deseados.

El ámbito judicial no es ajeno a la deriva de las nuevas tecnologías y, adaptándose a la realidad social de los tiempos, responde jurídicamente a las nuevas situaciones que se le plantean. La protección a la intimidad y a los datos personales o autodeterminación informativa, así como al secreto de las comunicaciones que forman parte del derecho al entorno virtual del individuo, va anudados a una delimitación de los requisitos que ha de contemplar el acto habilitante de la injerencia.

Uno de los actos más problemáticos lo constituirían el registro de datos personales de los dispositivos de almacenamiento masivo.

II. DERECHO AL PROPIO ENTORNO VIRTUAL: ELENCO DE DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS EN EL REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 18 CE, APARTADOS 1, 3 Y 4

Ese reseñado mundo globalizado, interconectado a través de las redes sociales y aplicaciones, entre ellas, las de mensajería instantánea, se sirve de diferentes dispositivos de almacenamiento masivo (ordenadores personales, smartphones,

tablets…) para la consecución de sus fines. Estos dispositivos constituyen un universo de información personal, que precisa de una protección independiente de la que se requiere para acceder al mueble o inmueble que puedan albergarlos.

El denominado derecho del individuo al entorno digital, se encuentra englobado dentro de los de nuevo cuño: los derechos de cuarta generación, nacidos a remolque de las nuevas tecnologías[1].

En la medida en la que albergan una gran cantidad de datos vinculados a la esfera privada de su titular, su injerencia conculcaría diversos derechos fundamentales. El derecho a la intimidad (art.18.1 CE), en el caso de la agenda de contactos, fotografías y archivos personales; el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y el derecho a la protección de datos o autodeterminación informativa (art. 18.4 CE), cuando se trate de datos personales y geolocalización. Esta es la descripción a la que hace referencia la STS 489/2018, de 23 de octubre, que sirve de guía a la importante STS n.º 462/2019, de 14 de octubre, donde se alaba la regulación que el legislador llevó a cabo con la afortunada reforma procesal de la LECRIM, operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que en la materia que nos ocupa, supuso la introducción del Capítulo VIII, relativa al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, a través de los *sexies.*[2]

La buscada nulidad de las pruebas en el ámbito tecnológico por las defensas, requerirán acreditación de esa concreta vulneración de los reseñados derechos fundamentales en liza[3].

Estos derechos fundamentales no sólo son de observancia en el binomio particulares-poderes públicos, sino también en las relaciones entre particulares y/o empresas[4].

Comienza a asomarse en la jurisprudencia allá por el año 2013, en concreto la precitada STS 342/2003, de 17 de abril, con ocasión del volcado de datos de un ordenador en un asunto seguido por la comisión de un delito de pornografía infantil, entre otros, recoge que en el acceso al contenido de un ordenador confluyen varios

[1] Hasta ahora se conocían tres generaciones de derechos: los de primera generación, individuales, de carácter civil y político; los de segunda, económicos, sociales y culturales; y los de tercera, colectivos y referidos a cuestiones de solidaridad y mantenimiento de la paz.

[2] Esta misma jurisprudencia es recogida en la STS 9/2019, de 15 de enero.

[3] VELASCO NÚÑEZ, E., Diligencias de investigación penal. "Delitos cometidos a través de internet", 2010 pp. 60-70.

[4] DELGADO MARTÍN, J., La Ley 3841/2017, pp. 3-15.

derechos fundamentales como consecuencia de los datos técnicos y personales que en ellos se encuentran y, que como decíamos anteriormente, afectan al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), secreto comunicaciones (art. 18.3 CE) y protección de datos o autodeterminación informativa (art. 18.4 CE). Dada su multifuncionalidad, precisan de un tratamiento jurídico unitario. Y aunque su protección constitucional es diversa, en el momento de la vulneración convergen, como consecuencia de formar parte del derecho al propio entorno virtual. En esta resolución, se le define como aquel "*...en el que se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos".*

Sería posteriormente recogida esta sentencia en la STS 723/2018, de 23 de enero, a propósito de un supuesto de volcado de datos, dictaminando que los agentes contaban con la habilitación legal para su incautación y la actuación fue validada a posteriori, por medio de auto en el que se hace constar la proporcionalidad y necesidad de la medida como consecuencia de la recepción de la diligencia de ampliación de análisis de los datos.

En época anterior a la mentada reforma procesal, ya se recogían jurisprudencialmente los requisitos para la práctica de este tipo de diligencia de registro en los dispositivos de almacenamiento masivo. Requisitos que serían asumidos posteriormente por la Ley Orgánica 13/2015. Así, la STS 342/2013, de 17 de abril[5], ponía de manifiesto la necesidad de una autorización judicial como presupuesto habilitante para la injerencia por parte de los investigadores en el acceso a los contenidos de cualquier ordenador, puesto que en ellos cohabitan datos técnicos junto con datos personales protegibles constitucionalmente.

Ese acto jurisdiccional habilitante es autónomo del que autoriza la entrada al lugar físico en el que se encuentran los dispositivos en cuestión, por lo que la resolución judicial ha de razonar el sacrificio de los derechos que confluyen en el mismo momento del uso de los instrumentos tecnológicos. Aunque VELASCO NÚÑEZ[6] apunta a la

[5] Citada en la mentada STS nº 462/2019, de 14 de octubre.

[6] VELASCO NÚÑEZ, E., Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de datos y registros remotos. SP/DOCT/74334. Septiembre 2018, pp. 2-6.

posibilidad de una remisión a los fundamentos de derecho tenidos en cuenta en el acto habilitante de la injerencia a la inviolabilidad del domicilio, dada la similitud de los argumentos y ejemplifica la situación de una autorización para la entrada en un domicilio con el fin hallar prueba acerca de un delito de blanqueo de capitales, en la que también se permite la inspección del ordenador hallado, a los fines de comprobar en el mismo la existencia o no del delito investigado.

Antaño, alguna sentencia de la Sala[7] no puso objeciones al acceso de los agentes al contenido de un CD, que guardaba información oficial, no personal, con ocasión de una autorizada entrada y registro. La reforma procesal, cercena cualquier posibilidad de aprovechamiento conjunto de la habilitación para la entrada y registro y el acceso al contenido del dispositivo, prescribiéndose en el artículo 588 sexies a, la necesidad de una motivación individualizada. Cabe, por tanto, que la autorización se produzca con carácter previo, en la misma resolución de entrada y registro o, posteriormente, una vez se ha practicado la diligencia en cuestión en la que se ha procedido a la incautación de los instrumentos tecnológicos. La policía judicial, dispondrá de dos opciones, o bien recoger estos dispositivos o la información necesaria para la investigación en ellos, aunque siempre sometidos a las limitaciones del artículo 588 sexies.c.2 LECRIM.[8]

La Circular FGE 5/2019 recoge esta necesidad de autorización judicial, con independencia del derecho afectado.

Esta autorización judicial huelga mediando consentimiento del titular al acceso a los diferentes dispositivos tecnológicos.[9]

No están excluidos los descubrimientos casuales previstos en las disposiciones comunes del Capítulo IV, artículo 588 bis i que remite al artículo 589 bis LCRIM, los cuales serán objeto del correspondiente testimonio para su posterior investigación.

El alcance de la medida limitativa forma parte del contenido del acto jurisdiccional habilitante, expresado de forma específica en el artículo 588 sexies c LECRIM y genérica en el artículo 588 bis c 3 c) LECRIM. Anteriormente a esta previsión legal ya nos habían adentrado en esta necesidad de previsión en la resolución

[7] Véase STS nº 691/2009, de 5 de junio.
[8] DELGADO MARTÍN, J., La Ley 229/2016, pp. 5-12.
[9] Véase STS 489/2018, de 23 de octubre, citada por la STS 332/2019, de 27 de junio.

judicial, tanto la jurisprudencia del TEDH como el TS[10]. La precitada STS n.º 462/2019, de 14 de octubre, se pronuncia sobre la extensión de la injerencia, señalando que la resolución judicial habilitante ha de operar con una perspectiva *ex ante* "*...o lo que es lo mismo, prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido como consecuencia de la actuación de investigación en cuyo contexto se inscribe la medida cuestionada".* Y así justifica la extensión del clonado de los datos móviles de los acusado, a los whatsapps, vídeos e imágenes por un período de tiempo referido a los ocho meses anteriores a la comisión del delito, por ser el mecanismo más idóneo; por el hecho de que los diferentes datos proporcionaban elementos para descubrir el carácter consentido o no de la violación y por último, porque desde una perspectiva temporal, se podría averiguar cómo eran las relaciones personales entre las partes antes del hecho delictivo. Según RODRÍGUEZ LAINZ[11], esta sentencia es la primera que aborda esta cuestión de forma nítida, suponiendo este alcance de la medida un "*límite jurídico a la capacidad de acceso a la información"* a la memoria de estos instrumentos tecnológicos.

Comparto la petición efectuada por SÁNCHEZ ILLERA[12], acerca de la necesidad de clarificar la confusa jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, por cuanto que la protección constitucional ofrecida (necesidad de autorización judicial previa o no y legitimad del acceso de los agentes de la autoridad al registro de los dispositivos tecnológicos sin esa autorización, en los supuestos de urgencia, aunque bajo la observancia del principio de proporcionalidad), es diferente según se considere que el acceso al contenido de llamadas y comunicaciones, realizadas o recibidas, afectan al secreto de las comunicaciones.

1. Breves pinceladas de los derechos fundamentales protagonistas

a) Derecho a la intimidad personal→artículo 18.1 CE

Este derecho 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,

[10] RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. en su artículo Alcance de la medida de injerencia y registro de dispositivo de almacenamiento masivo de datos. Comentario a la STS, Sala Segunda, de lo Penal. 14-10-2019. SP/DOCT/84003, diciembre 2019, pp. 2-4., recoge las SSTEDH, Secc. 4ª, de 16 de octubre de 2007 y Secc. 1ª, de 3 de julio de 2012. En relación al Tribunal Supremo, cita el voto particular STS 316/2011, de 6 de abril, al que sucederían las SSTS 15/2012, de 20 de enero; 67/2012, de 9 de febrero; 109/2012, de 14 de febrero:; 380/2012, de 16 de mayo; 478/2012, d 29 de mayo; 794/2012, 11 de octubre y 209/2013, de 6 de marzo.

[11] RODRÍGUEZ LAINZ, *op. cit.*, p. 4.

[12] SÁNCHEZ YLLERA, I., Formación a distancia del CGPJ, 3, 2016, p. 1.

para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC 159/2009, de 29 de junio). Confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre y 70/2009, de 23 de marzo). Sin embargo, no cabe hablar de una injerencia ilegítima en dos supuestos. El primero, se produciría mediando consentimiento eficaz para la intromisión, siempre que no "*subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogido"* (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre y 70/2009, de 23 de marzo). El segundo, cuando lo que se trata es de proteger otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (STC159/2009, de 29 de junio), derivado del carácter no absoluto o ilimitado de los derechos fundamentales.

Para ceder ante la existencia de un interés constitucionalmente prevalente, se exige la concurrencia de tres requisitos, según la STC 89/2006, de 27 de marzo, que (i) esa posibilidad de injerencia sobre el derecho tenga su reflejo normativo, (ii) la limitación del derecho persiga un fin legítimo previsto en la Constitución y (iii) como regla general, medie una autorización judicial motivada, aunque al no existir reserva constitucional a favor del Juez, cabe la posibilidad de una habilitación legal a la policía judicial para la realización de intervenciones corporales de carácter leve, reconocimientos e inspecciones, siempre que se observe el principio de proporcionalidad, concretado en los juicios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto[13].

La averiguación del delito es incardinable dentro de este "*fin constitucionalmente legítimo*", quedando amparada la actuación relativa al examen de los efectos y documentos incautados al detenido, practicada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dentro la habilitación legal del artículo 282 LECRIM, en la medida en la que se encuentra entre las funciones de la policía judicial la de practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y de sus autores e incautar los efectos,

[13] Doctrina recogida en la STC 173/2011, de 7 de noviembre, en la que analiza si un ordenador puede ser medio idóneo para el ejercicio de la intimidad personal, de tal forma que para acceder a su contenido, se precisará del preceptivo consentimiento o de la concurrencia de los presupuestos constitucionales construidos jurisprudencialmente para su injerencia. Menciona que, a pesar de no existir consentimiento del titular del ordenador para su acceso, pues el mismo tan sólo se lo concedió al encargado del establecimiento de informática al que llevó el ordenador para su reparación, lo cierto es que la injerencia del derecho por parte de la policía judicial vendría legitimada por desarrollarse en el marco de una investigación por pornografía infantil, ser necesaria y proporcionada.

instrumentos o pruebas, aunque siempre con la debida observación de los requisitos del principio de proporcionalidad. La actuación policial quedará legitimada en los supuestos de inmediatez para la averiguación de los hechos, delincuentes u obtención de pruebas. En todo caso, se habrá de practicar una valoración *ex ante* y *ex post* tanto de la urgencia y necesidad de la actuación policial como del cumplimiento del principio de proporcionalidad. De detectarse una ausencia de los parámetros constitucionales en el control judicial *ex post*, llevaría anudada la ilicitud de la prueba obtenida de este modo[14].

Es necesario distinguir cada uno de estos derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 CE, pues la protección resulta diferente. Así, en los artículos 18.1 y 18.4 CE, no existe una previsión constitucional sobre autorización judicial para su injerencia, a diferencia de lo acontecido con la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) o el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Esta es la razón por la que excepcionalmente "... *se ha admitido la legitimidad constitucional de que, en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal, la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyen una injerencia leve en la intimidad de las personas, siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad"*[15]. Sobre este particular, SÁNCHEZ ILLERA[16] cita varias sentencias del reseñado tribunal.

A título de ejemplo, este derecho podría verse implicado en los supuestos de:

– desnudo integral→ no es un derecho de carácter absoluto y ello tiene su reflejo no sólo en el hecho de que en ciertos casos cede ante las exigencias públicas, sino que puede incluso el titular del derecho aceptar inmisiones en el mismo. Así, se considera como causa legítima de una limitación de la intimidad **corporal**, cuando se trate de hechos relevantes dentro de un proceso de investigación criminal. Se exigirá resolución judicial motivada y que cumpla con los requisitos del principio de proporcionalidad. Ello no es óbice a una "*simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, por parte de la policía judicial,*

[14] STC 173/2011, de 7 de noviembre, citada *ut supra.*

[15] STC 281/2006, de 9 de octubre, citada en la STC 142/2012, de 2 de julio de 2012.

[16] SÁNCHEZ YLLERA, I, Formación a distancia del CGPJ, 3, 2016, pp.4-5. → SSTC 37/1989, de 15 de febrero, en materia de inspección ginecológica a fin de averiguar un delito de aborto; 207/1996, de 16 de febrero, muestra de cabello para averiguar consumo de cocaína y 142/2012, de 2 de julio y 115/2013, de 9 de mayo, sobre consulta policial de la agenda de contactos de una aplicación de telefonía de un teléfono móvil de uso personal.

siempre que actúen bajo los principios de proporcionalidad y razonabilidad" [17]. Importante también en esta resolución, es la posibilidad de revocación, en cualquier momento, del consentimiento prestado.

– derecho a la confidencialidad de la historia clínica→ considerado por el Tribunal Constitucional como trasunto del derecho a la intimidad y el derecho a la salud física o psíquica de una persona es incardinable en el derecho a la intimidad personal al formar parte de su vida privada. Concede finalmente el amparo, no sólo por la falta de previsión legal al respecto sino por no responder a los parámetros de la proporcionalidad, cuales son, "*que persiga un fin legítimo de un modo idóneo, necesario y ventajoso desde la perspectiva constitucional"*[18].

– apertura de agenda de un teléfono móvil por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado→ Tratándose de ordenadores personales, incidirá en el derecho a la intimidad personal cuando se difundan a terceros datos personales y al secreto de las comunicaciones, en definitiva, tratándose de datos relativos a la comunicación[19]. Concluye la sentencia del Tribunal Constitucional la no injerencia de los agentes de la Guardia Civil que accedieron a la agenda de la coimputada, en el secreto de las comunicaciones, al no haber obtenido dato alguno relativo a la comunicación emitida o recibida en el terminal. No obstante, la potencial afectación al secreto de las comunicaciones, obliga a extremar el control sobre la correcta aplicación del principio de proporcionalidad en el acceso al instrumento desde la norma legal habilitante, como de la concreta actuación realizada bajo esa norma legal.

Distinto sería el acceso a los datos borrados intencionadamente, que requeriría de un acceso a la memoria hash. En este supuesto, como apunta RODRÍGUEZ LAINZ[20] "...*el principio de proporcionalidad de la medida se verá directamente afectado, vulnerado, en tanto en cuanto no podamos superar el juicio ponderativo de la necesaria proporcionalidad entre el fin público perseguido con tal injerencia y el grado de*

[17] STC 196/2006 d 3 de julio de 2006, que recoge, entre otras, la STC207/1996, DE 16 de diciembre), dictada a propósito de un recurso de amparo por la realización de una toma de orina acordada judicialmente a un interno en centro penitenciario.

[18] STC 70/2009, de 23 de marzo de 2009, citada anteriormente.

[19] STC 142/2012, de 2 de julio, en la que se cita, entre otras, a la STC 70/2002, de 3 de abril y STC 173/2011, de 7 de noviembre.

[20] RODRÍGUEZ LAIN, J.L. La Ley 4367/2015, p. 12.

afectación de la intimidad de la persona sujeto pasivo de la medida. Estaríamos cerrando con ello las puertas a los denominados delitos leves.".

b) Derecho al secreto de las comunicaciones→ artículo 18.3 CE

La intromisión en el derecho fundamental del artículo 18.3 CE, no solo requiere de la concurrencia de una autorización judicial, como sucede con toda injerencia estatal sobre los derechos fundamentales y libertades públicas, que afecte a su desarrollo (art. 81.1 CE) o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE) sino también de una habilitación legal[21]. Esta necesaria autorización judicial, reconocida constitucionalmente, no precisa de una justificación fáctica exhaustiva por cuanto que inicialmente tan sólo se conocen indicios y lo que se pretende con la medida es proceder a la determinación de los hechos y de sus autores (STS 404/2016, de 11 de mayo).

Dos son los niveles del estándar de legalidad (constitucional y ordinaria) a examinar, en caso de injerencia del derecho al secreto de las comunicaciones con fines de investigación criminal. Estos niveles son coincidentes con las dos facetas que pueden tener lugar en el proceso: como medio de investigación o como prueba en sí. En el primer supuesto, deben respetar las exigencias de legalidad constitucional, a saber, judicialidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la medida. Superados estos requisitos, se habrá de valorar la concurrencia de los relativos a la legalidad ordinaria, cuando deban de ser apreciadas como prueba en sí, como medio de prueba. Estos requisitos son los que permiten la valoración directa por el órgano de enjuiciamiento. (STS n.º 1212/2011, de 15 de noviembre).

Únicamente quedarán amparadas por la protección del secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, las que se encuentran abiertas en el momento de la injerencia, quedando excluidas las finalizadas que derivan de un proceso técnico o electrónico de conservación o documentación, que se integrarían en el derecho recogido en el art. 18.1 CE y/o al derecho a la autodeterminación informativa del art. 18.4 CE[22].

Dentro del ámbito material del derecho no solo se recogen las comunicaciones abiertas, sino también la interceptación en sentido estricto, esto es, la aprehensión física del soporte del mensaje, siendo indiferente su conocimiento, así como la recogida del

[21] STC 145/2104, de 22 de septiembre.

[22] STS 462/2019, de 14 de octubre, se pronuncia sobre la legalidad de la prospección del contenido de los smartphones de los acusados, por y sobre este aspecto se basa en las SSTS 1235/2002, de 27 de junio; 1647/2002, de 1 de octubre; 864/2015, de 10 de diciembre, entre otras.

proceso de comunicación. Se extendería igualmente tanto a la identidad subjetiva de los partícipes en la comunicación, englobando así la entrega de listados de llamadas telefónicas y registro de llamadas entrantes y salientes proporcionados por las empresas de telefonía.[23] Por tanto, los mensajes de correo electrónico que ya han sido leídos por su destinatario, abandonan el círculo de protección de este derecho al secreto de las comunicaciones.

Quedan igualmente desvinculadas del ámbito de protección, las irregularidades cometidas en el control judicial a posteriori (STC 126/2000, de 16 de mayo, citada en la STC 145/2014, de 22 de septiembre), tales como la entrega y selección de las cintas grabadas, la custodia de los originales y la transcripción de su contenido, al no producirse en el mismo momento de la injerencia del derecho y ello sin perjuicio de la no validez de la prueba en concreto para la enervación del derecho a la presunción de inocencia.

c) Derecho a la protección de los datos personales, autodeterminación informativa→ artículo 18.4 CE

1) Evolución normativa

Se puede afirmar que este derecho fundamental de las personas físicas a la protección de sus derechos de carácter personal, recogido en el artículo 18.4 CE, tiene una puesta en valor reciente.

Como apunta GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS[24] este derecho a la protección de los datos tiene un carácter instrumental y la protección no deriva de ese dato en sí mismo considerado, sino de la exteriorización para que pueda desarrollarse libre de intromisiones externas.

Cabría situar su origen en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar: *"Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia".*

[23] Véase STS 97/2015, de 24 de febrero, recogiendo esta descripción de la STC 230/2007, de 5 de noviembre o SSTEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido y 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido).

[24] GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E., La Ley 3870/2017, pp. 3-15.

Sobre el año 1967, tiene lugar la creación de una Comisión Consultiva a fin de analizar la posible incidencia de las nuevas tecnologías sobre la esfera privada de las personas físicas.

En los años ochenta, verá la luz el Convenio n.º 108 para la protección de las personas respecto al tratamiento de los datos de carácter personal, consignándose los principios en la materia que toda legislación nacional ha de poner en práctica para la protección de este tipo de derechos[25]. Según ADINOLFI [26] como consecuencia de este Convenio y de la "… *actuación nomofiláctica de la jurisprudencia comunitaria, se difunde la aceptación de que se está hablando además, de un derecho fundamental del dominio de las propias informaciones personales y en consecuencia, el reconocimiento al derecho absoluto y exclusivo de la creación de la propia identidad personal".*

Posteriormente llegaría la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en la que se normativiza sobre dos cuestiones esenciales y que serán el germen de futuras regulaciones. Por una parte, la posibilidad del individuo de extinguir, actualizar o modificar sus datos personales y por otra, la de conservar los datos almacenados el tiempo necesario para alcanzar el fin para el que fueron creados.

Será en el año 2007, en concreto el 7 de diciembre, con la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando de forma específica se recoja la protección de datos de carácter personal, en su artículo 8[27].

La Directiva 95/46/CE, quedará superada por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Se pretende acabar con los problemas de armonización de la reseñada Directiva 95/46/CE en los Estados Miembros.

---

[25] GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E. op. cit. Nota 3.

[26] ADINOLFI, G. Revista Española de Derecho Constitucional, 77, 2006, pp. 130-137.

[27] Artículo 8 Carta de Derechos Fundamentales de la UE*: "1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación.3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente".*

Por último, en materia de investigación penal, se dicta la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. España, que tenía hasta el 6 de mayo de 2018 para proceder a su trasposición, ha sido sancionada por la conducta omisiva. Hasta su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, serán de aplicación los artículos 22 a 24 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, según la Disposición Transitoria cuarta de la vigente Ley Orgánica Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

En nuestro país, este derecho fundamental aparece previsto en el artículo 18.4 CE. Partimos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos personales, derogada por la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales, por imperativo de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. El citado Reglamento 2016/679, provocó el dictado de la Ley Orgánica 3/2018, que dejaría sin efecto a la Ley Orgánica 15/1999, con las previsiones contenidas en su Disposición Transitoria cuarta, antes reseñadas.

2) Panorama jurisprudencial

Desde un inicio el Tribunal Constitucional es sensible a esta esfera de privacidad del individuo y así ya en su sentencia 254/1993, de 20 de julio define cuál es su ámbito objetivo, señalando que "*la llamada libertad informática" es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)*".

Posteriormente, otorgaría el estatuto de derecho autónomo e independiente a esta posibilidad del individuo de decidir sobre la cesión o no sus datos personales en sus SSTC 94/1998, de 4 de mayo y 292/2000, de 30 de noviembre.

Este reconocimiento a la libertad informática, conocido también como "*habeas data"* o facultad del individuo a decidir qué datos personales pueden o no ser conocidos

en una sociedad presidida por una gran informatización o utilizados para fines distintos a los que dio su autorización ha sido contemplado en diferentes sentencias tanto del Tribunal Constitucional como del Alto Tribunal. Así, STS 489/2018 de 23 de octubre, en base a SSTC 11/98 de 13 de enero y 45/99 de 22 de marzo; STS 1328/2009, de 30 de diciembre; STS 319/2018, de 28 de junio; STS 379/2018, de 23 de julio y STS 634/19, de 19 de diciembre.

La libertad informativa del individuo puede verse lesionada como consecuencia de la universalización tanto en el acceso a las hemerotecas como en el acceso a la información a través de los motores de búsqueda. Puede entrar en conflicto con los navegantes de la red a acceder a la información contenida en la misma o bien con el derecho de los medios de comunicación en su función de proporcionar información veraz. En este supuesto, tal y como puso de manifiesto la STC 58/2018, de 4 de junio, la resolución del conflicto dependerá del tipo de información, así como del interés público que tenga esa persona. Se habrán de tener en cuenta dos cuestiones: "… *la función que desempeñan los medios de comunicación y la doble dimensión (estrictamente informativa o fundamentalmente investigadora) de esa función".*

En relación al tipo de los datos a proteger, la STS n.º 634/2019, de 19 de diciembre, considera que los números de teléfono incorporados en ficheros automatizados (en el supuesto de hecho, la Oficina del Servicio de Ocupación de la Generalitat de Cataluña) tienen la consideración de "*datos reservados"* de carácter personal a los que alude la conducta típica del artículo 197.2 CP, por cuanto que puede ocasionar molestias e incluso problemas de seguridad personal. La doctrina de la Sala es partidaria de una concepción amplia del concepto de "dato reservado".

A pesar de ser un derecho de nuevo cuño, podemos encontrar algunos supuestos de delimitación de la conculcación del mismo.

Así, la STS 426/2014, de 26 de mayo menciona que la jurisprudencia no considera la lesión de este derecho ni del secreto de las comunicaciones, en la utilización de un escáner por parte de la policía para la obtención de las claves alfanuméricas correspondientes al IMEI y al IMSI, dado que por sí solos no tienen autonomía y precisan de otros datos complementarios para la obtención de datos del titular de la línea de teléfono, datos que albergan las compañías de telefonía.

Tratándose de la obtención de imágenes en espacio público, supuesto que podría ser encuadrable en la protección de datos del artículo 18.4 CE, al estar protegida por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y el mentado Reglamento europeo, nuestro Alto Tribunal considera que no existe lesión. Esta es la misma conclusión que alcanza la Circular FGE 4/2019, de 6 de marzo, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de imagen, de seguimiento y de localización, señalando que las imágenes captadas por la Policía Judicial en vía pública no afectan a los derechos recogidos en el artículo 18 CE, a diferencia de las grabaciones obtenidas a través de sistemas de videovigilancia, que sí pueden afectar al derecho recogido en el artículo 18.4 CE. Estas imágenes podrán ser utilizadas como prueba de cargo de la acusación, cuando se lleven a cabo fuera del domicilio o lugares donde se desarrolla la intimidad del individuo. En caso contrario, sería necesario la previa autorización judicial[28].

Para concluir, conviene indicar que, a pesar de los aspectos positivos de la necesaria reforma procesal, sobre todo en el ámbito tecnológico, se echa de menos una regulación más precisa a fin de salvaguardar al instructor habilitante de sorpresivas acciones penales, como la que le ocurrió al juez instructor de una causa, frente al que se interpuso querella. A pesar de ello, finalmente salió airoso por medio de Auto del Tribunal Supremo, sección 1 del 6 de febrero de 2019. Entendió el Tribunal Supremo que no se estaba en el supuesto contemplado por el TEDH en su sentencia de 3 de mayo de 2015, caso Pruteaunu vs. Rumanía -46 a 58, según la cual, se producirá quebranto del derecho a la vida privada del abogado que conversa con un cliente cuya línea telefónica se intervino (art. 8 del CEDH), cuando el abogado carece de la posibilidad de interesar en el procedimiento penal el control de la legalidad de las grabaciones que personalmente le afectaban, o de solicitar la destrucción de las mismas. Sin embargo, esta posibilidad no le fue restringida al abogado que interpuso la querella, habiendo interesado que la destrucción se extendiera a todas las conversaciones de las que se podía deducir su participación en el delito y ello sin perjuicio de que sean objeto de una investigación en procedimiento distinto.

BIBLIOGRAFÍA

ADINOLFI, G., Revista Española de Derecho Constitucional, 77, mayo-agosto (2006).

[28] Véanse SSTS de 6 de mayo de 1993, 7 de febrero, 6 de abril y 21 de mayo de 1994, 18 de diciembre de 1995, 27 de febrero de 1996, 5 de mayo de 1997, 968/1998 de 17 de julio, 188/1999, de 15 de febrero, 1207/1999, de 23 de julio, 387/2001, de 13 de marzo, 27 de septiembre de 2002, y 180/2012de 14 de marzo.

DELGADO MARTÍN, J., La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración. La Ley 3841/2017.

DELGADO MARTÍN, J., Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015. La Ley 229/2016.

GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E., La protección de datos en el tratamiento procesal de los dispositivos de almacenamiento masivo de información. La Ley 3870/2017.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., Alcance de la medida de injerencia y registro de dispositivo de almacenamiento masivo de datos. Comentario a la STS, Sala Segunda, de lo Penal. 14-10-2019. SP/DOCT/84003. Diciembre 2019.

RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2ª, 300/2015, de 19 de mayo). La Ley 4367/2015.

SÁNCHEZ YLLERA, I., Las reformas del proceso penal (2016). Formación a distancia del CGPJ. Núm 3, año 2016.

VELASCO NÚÑEZ, E., Diligencias de investigación penal. "Delitos cometidos a través de internet". Editorial La Ley. Madrid, junio 2010.

VELASCO NÚÑEZ, E., Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de datos y registros remotos. SP/DOCT/74334. Septiembre 2018.

* * * * * *

M.ª José Leonís Sánchez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia de la FICP

~Laborización voluntaria vs penalización de la prostitución~

I. INTRODUCCIÓN

Todo gira siempre en torno a la aceptación de una profesión que desde el inicio de los tiempos ha tenido muchos detractores, unas veces al socaire de los movimientos feministas y otras de los conservadores, pero siempre con un denominador común: la insuficiente empatía hacia quienes ejercen esta denominada por algunos, "la profesión más antigua del mundo".

Dos son las posturas mayoritarias sobre las que pivota este acontecimiento. Legalización versus abolición, siendo la primera de difícil digestión para varios colectivos de la sociedad que ven en ello una escalada hacia la cosificación de la mujer en una sociedad en la que el "*ME TOO"* ha hecho temblar los cimientos de la concepción tradicional de la prostitución.

En este trabajo trazaremos unas pinceladas sobre el marco normativo de la prostitución desde una perspectiva internacional, europea y nacional, pasando por su situación legal en países de nuestro entorno y la posible laborización de la prostitución voluntaria.

II. POSTURAS IDEOLÓGICAS FRENTE A LA PROSTITUCIÓN

En función del pensamiento ideológico que se observe, hallamos cuatro posiciones jurídicas en relación a la prostitución. Y así, LOUSADA AROCHENA[1] cita los siguientes:

– prohibicionismo: se criminaliza a la prostituta y al proxeneta, no así al cliente. Se alimenta de los postulados relativos a la Moral y al Derecho y se sigue en países como Egipto e Irlanda.

– despenalización/reglamentismo: la despenalización es deseada por los sectores liberales de la sociedad y, como señala el autor, "*se empareja con el reglamentismo o regulación cuasi-policial de la prostitución despenalizada".* Los

[1] LOUSADA AROCHENA, j.f. La Ley Digital 1971/2007, pp.1 y 2. Consulta 24/10/19.

reglamentistas consideran que la prostituta es creadora del riesgo a otros bienes jurídicos como la seguridad ciudadana y la salud pública, debiendo primar por encima de los intereses de quienes ejercen la prostitución. Grecia y Turquía realizan controles oficiales. Inglaterra, Francia e Italia, prohíben la prostitución callejera y Austria la admite pero en prostíbulos legalizados.

– laborización: es países como Alemania, Dinamarca y Holanda, donde se las considera como un sujeto merecedor de derechos laborales, entre los que se encontraría el estar dadas de alta en el sistema de la Seguridad Social.

– abolicionismo: la prostitución denigra a la mujer y la trata como una esclava, llegando incluso a considerarlo como un supuesto de violencia de género. No se criminaliza a la prostituta, pero sí a todo lo que la rodea, a pesar de existir consentimiento. Se trata sobre todo de estrechar el cerco a los clientes. Esta concepción, como veremos posteriormente es la que cada vez cuenta con más adeptos tanto en el ámbito internacional y, en especial, en el europeo[2].

Señala JAREÑO LEAL[3] que cobra fuerza como argumento proclive a esta opción, el mantener y perpetuar con la prostitución la desigualdad.

El modelo sueco se está abrigando en otros países, como Islandia, Canadá, Singapur, Sudáfrica, Corea del Sur. En Noruega también persiguiéndose incluso a los que hacen turismo sexual. En el caso de Finlandia, se castiga la compra de servicios sexuales, pero únicamente si la prostituta es víctima de redes de trata.

III. REGULACIÓN NORMATIVA

1. Ámbito internacional

Hemos de remontarnos al año 1904 para hallar un instrumento normativo que facilite la persecución de los delitos de trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual. En concreto, el Acuerdo Internacional de 18 de mayo para la trata de blancas, al que le seguiría el Convenio internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas, modificados por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948. El Protocolo aprobado por la Asamblea

[2] Suecia es el caso paradigmático del abolicionismo, donde además se procura dotar a las prostitutas de una red asistencial, con el último objetivo de su eliminación. Si bien, se ha conseguido prácticamente la erradicación de la presencia de las prostitutas de las grandes urbes o zonas concurridas y así evitar ser sorprendidos por la policía, ello no puede impedir la proliferación de la prostitución vía internet.

[3] JAREÑO LEAL, A. Dossiers feministes. 9. 2006, pp. 215-216.

General de las Naciones Unidad de 20 de octubre de 1947, modificaría el Convenio internacional del 30 de septiembre de 1921 para la represión de la trata de mujeres y niños y el Convenio internacional del 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, o el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (Lake Success, Nueva York, 21 de marzo de 1950)[4], todos ellos ratificados por España. En relación a este último convenio, se adopta una postura abolicionista de la prostitución, considerando la indignidad que su ejercicio supone para la mujer, a la vez que ataca al proxeneta, señalando que "*la trata con fines de prostitución es incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana".*

Un hito importante en la lucha de la trata de seres humanos, será el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente en mujeres y niños del año 2000[5], denominado Protocolo de Palermo y vinculante para los Estados firmantes. Dentro del consensuado concepto de trata de seres humanos, recoge el supuesto de la explotación "*en la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual"*, sin definirse estos términos y conminando a los Estados firmantes a la tipificación de este delito en su derecho interno.

Fue la Resolución 64/293 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 2010, la que aprobará el Plan de Acción Mundial para combatir la trata de seres humanos.

Conviene resaltar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño referente a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía[6] considerándose a los menores de edad como víctimas, aun sin la concurrencia de coacción, amenaza o engaño.

2. Ámbito europeo

Dos son los instrumentos a destacar en la prevención de la trata de seres humanos, especialmente de mujeres y niñas.

[4] Introducción de la Plan Integral de Lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018 del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Página web http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf

[5] Recogido en el seno de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado por Resolución 55/25 de la Asamblea General, ratificada por España el 21 de febrero de 2002 (BOE 11/12/2003).

[6] Recogido por la Asamblea General de Naciones Unidad, Res. A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000, en vigor desde el 18 de enero de 2002.

En primer lugar, el Convenio del Consejo de Europa número 197, de 3 de mayo de 2005, para la acción contra la trata de seres humanos (en adelante, Convenio de Varsovia) y ratificado por España el 2 de abril de 2009 (BOE de 10 de octubre de 2009). Mantiene el concepto de trata de seres humanos del Convenio de Palermo y se extiende a cualquier forma de explotación. Por otra parte, para el seguimiento en la aplicación del Convenio, se acuerda la creación de un Grupo de expertos en trata de seres humanos, denominado GRETA, debiendo ser escogidos sus miembros (entre 10 y 15) entre personas "*de elevada moralidad".* En segundo lugar, el Convenio europeo número 210 sobre la prevención y la lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, en vigor desde el 1 de agosto de 2014, ratificado por España el 11 de abril de 2014 (BOE de 6 de junio de 2014) y con entrada en vigor el 1 de agosto de 2014, conocido como el Convenio de Estambul, que marca como objetivo prioritario la protección de las mujeres contra todas las formas de violencia, así como prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica e incentiva la tipificación como delito del matrimonio forzado, violencia física, violencia sexual, mutilación genital femenina, aborto y esterilización forzosos y acoso sexual.

En lo que se refiere a la Unión Europea, la prohibición no ha entrado en escena, considerándose la prostitución por cuenta propia como una actividad económica por parte del TJCE, concepción que produce ciertos resquemores en la institución comunitaria representativa de los ciudadanos europeos, el Parlamento Europeo, cuya tendencia va en la senda abolicionista[7].

Merece especial mención, por su importancia en la materia, la Directiva 2011/36/UE, del 5 de abril de 2011 del Parlamento y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas[8].

[7] Así, la Resolución del Parlamento europeo de 2 de febrero de 2006, excita a los Estados miembros a combatir la conceptuación de la prostitución como una actividad laboral y la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014, (2013/2103(INI) sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género[7], mantiene esta postura señalando que "*la prostitución y la prostitución forzada están intrínsecamente ligadas a la desigualdad de género*", llegando a culpabilizar a los proxenetas de quienes manifiesta que *"realizan cálculos y actúan para afianzar o aumentar sus mercados y maximizar los beneficios*" y a los compradores de sexo porque "*desempeñan un papel fundamental, puesto que mantienen la demanda de este mercado*". Es contrario a la normalización porque *"incide en la violencia contra la mujer; señala, en particular, que los hombres que compran sexo son más proclives a cometer actos sexuales coercitivos, así como otros actos de violencia, contra las mujeres y que, con frecuencia, muestran actitudes misóginas".*

[8] Que incide igualmente en examinar la trata de seres humanos desde la perspectiva de género. En ejecución de esta directiva, la Comisión elaboró la ambiciosa Estrategia de la Unión Europea para la

Los anteriores instrumentos normativos no afectarían a la prostitución de mayores de edad, ejercida de forma voluntaria.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 20 de noviembre de 2001, caso número 268/99, no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre si es atentatoria de la dignidad humana conforme a la Carta de Derechos Humanos, únicamente lo hizo para considerarla como actividad económica en tanto fuera independiente.

Sí en cambio el TEDH[9] ha dictaminado que la trata de seres humanos vulnera la prohibición de esclavitud y trabajos forzados a los que hace mención el artículo 4 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH). Apunta LÓPEZ-VERAZA PÉREZ[10] a la importancia de la postura que adopte el TJUE, ante la no previsión en el CEDH de la dignidad como derecho humano.

3. Ámbito nacional

Abonando el camino abierto por los diferentes convenios internacionales firmados, España diseña y aprueba en el año 2008[11] el Plan Integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual que recoge 61 medidas que pretenden sensibilizar a la sociedad para promover reacciones de "tolerancia cero" contra los actos delictivos relacionados con la trata. Las medidas se dividen ejes principales: asistencia social a las víctimas, lucha efectiva contra las mafias y traficantes y sensibilización, prevención y coordinación[12]. Compartimos la opinión de DÍAZ VELÁZQUEZ[13] sobre la escasa virtualidad que puede tener el corto espacio de tiempo de

erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016), contenida en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones de 19 de junio de 2012. Las prioridades contenidas en esta estrategia sirvieron de base al Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con fines de explotación sexual (2015-2018) del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

[9] Sentencias Siliadin c. Francia, nº 73316/01(TEDH, sección II) 26 de julio de 2005 y Ratsev c. Chipre nº 25965/04 (TEDH, sección IV).

[10] LÓPEZ-VERAZA PÉREZ, C. Explotación sexual de la mujer en el ámbito de la prostitución y su respuesta jurídica. Estudio conforme a los estándares internacionales, con especial referencia al término explotación, al proxenetismo y a su compatibilidad con la dignidad humana. Ed. Sepin SP/doct/82159. Septiembre 2019, p. 3.

[11] En el año 2007 se acordó la elaboración de una ponencia en el Congreso de los Diputados sobre la situación en el país de la prostitución
http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CORT/BOCG/A/CG_A367.PDF

[12] Página web: https://www.lamoncloa.gob.es/paginas/archivo/121208-enlacetrata.aspx

[13] DÍAZ VELÁZQUEZ, M.A. Lover boy: un proxeneta del siglo XXI. Ed. Sepin SP/DOCT/22323. Marzo 2017, p. 6. Consulta 31/10/2019.

30 días concedido a las víctimas de explotación sexual a fin de que decidan sobre si colaboran o no con las autoridades policiales en la investigación de los delitos de explotación sexual. Tiempo durante el que gozaran de una protección integral por parte de las autoridades españolas. A este plan le seguirían dos actuaciones gubernamentales más. La primera de ellas, la Estrategia Nacional para la erradicación de la Violencia contra la Mujer (2013-2016), aprobada en Consejo de Ministros del 26 de julio de 2013, que pone en marcha toda una serie de medios personales y materiales para la erradicación de la violencia sobre las mujeres en general y de género en particular, considerando esta explotación sexual como una forma de violencia de género.

Posteriormente, le llegaría el turno al Plan Integral contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (2015-2018)[14] En el que se tuvieron en cuenta las recomendaciones e informes emitidos por los diferentes organismos nacionales e internacionales (Oficina del Defensor del Pueblo, Departamento de Estado de los Estados Unidos sobre el tráfico de personas y el Grupo GRETA del Consejo de Europa sobre el Informe sobre la aplicación por España del Convenio del Consejo de Euro de Acción contra la Trata de Seres Humanos en septiembre de 2013).

Desde el ámbito judicial se está trabajando en la mayor sensibilización de los diferentes operadores jurídicos implicados en la trata de seres humanos, exponente de ello vendría dado por la Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos[15].

En la actualidad, la convulsa situación política de nuestro país, ha provocado que la Proposición de Ley Orgánica de medidas para la erradicación de la explotación sexual de mujeres, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, publicado en el B.O.C.G. de 29 de junio de 2018, haya caducado como consecuencia del fin de la XIII Legislatura[16]. Por otra parte, el

[14]Página web: ttp://www.interior.gob.es/documents/642012/5707784/Plan+Integral+Trata+2015/f74fd062-48ce-47d4-bedf-aae0ce2a0509

[15] Guía elaborada por el Consejo General del Poder Judicial. Noviembre 2018. Página web: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-presenta-una-Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-para-detectar-e-investigar-la-trata-de-seres-humanos-con-fines-de-explotacion

[16] A través de esta proposición se pretende una modificación del artículo 187 CP, de los artículos 2 y 6 de la Ley de Publicidad y del artículo 36.11 de Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo de Protección de la Seguridad Ciudadana, justificándolo en la necesidad de recuperar como figura delictiva el proxenetismo lucrativo aunque medie consentimiento de la víctima, modificar la Ley de Publicidad en concordancia con la mercantilización de los cuerpos de las mujeres que constituyen los anuncios de prostitución, y en tercer lugar modificar de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana para eliminar cualquier tipo de responsabilidad administrativa/penal que recaiga sobre las mujeres en situación de prostitución y

Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 19 de febrero de 2019, aprobó la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, relativa a la erradicación de la prostitución y la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual. B.O.C.G. de 14 de diciembre de 2018, en el que se defiende la abolición de la prostitución, por lo que se habrá de impulsar la aprobación de una futura Ley de lucha integral y multidisciplinar contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual y la aprobación de un nuevo plan integral en la línea del aprobado para el periodo 2015-2018.

La normativa española ha debido realizar las oportunas reformas, a fin de intentar alcanzar sus compromisos internacionales. La reforma del Código Penal del 24 de enero de 1963, vino auspiciada por la ratificación el 18 de junio de junio de 1962 del reseñado Tratado de *Lake Success.* Es el Código Penal de 1995, el que despenaliza la prostitución voluntaria, situación que perdurará hasta las reformas al mismo por las Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril y 11/2003, de 29 de septiembre, por cuanto que se criminaliza la explotación sexual, aun con el consentimiento de la víctima. La reforma de 2003 introduce la prostitución voluntaria de adultos como un tipo autónomo e independiente de la forzada, punible en los supuestos de explotación lucrativa de la prostitución consentida, tipificada en el artículo 188.1 del CP, hoy 187.1[17]. Esta despenalización hizo proliferar regulaciones administrativas municipales como la Ordenanza Local sobre establecimientos públicos dedicados a la prostitución, aprobada el 12 de mayo de 1999 por el Pleno del Ayuntamiento de Bilbao o el Decreto 217/2002, de 1 de agosto, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, aprobado por la Generalitat de Cataluña[18].

La Ley Orgánica 5/2010, supuso la penalización de conductas que hasta ahora no se hallaban descritas como típicas, así como una agravación de penas ya existentes.

La reforma del año 2015, operada por la Ley Orgánica 1/2015, ocasionó un cambio de estas previsiones legales, separando en dos preceptos lo que antes se recogía en un *totum revolutum*. Así el artículo 187 contemplará únicamente las conductas relativas a mayores de edad y el artículo 188 tan solo la explotación sexual y corrupción

suprimir al mismo tiempo la tendencia al acuartelamiento o invisibilización de esta forma de violencia contra las mujeres. Página web: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-282-1.PDF.

[17] CARMONA SALGADO, C. La Ley Digital 3396/2015, p. 13. Consulta 24/10/2019.

[18] LOUSADA AROCHENA, J.F. La Ley Digital 1971/2007, p.3.

de menores o personas con discapacidad. En relación a la prostitución coactiva de adultos, el artículo 187 mantiene el espíritu de la legislación anterior, pero en un buena técnica legislativa explicita el concepto de "explotación lucrativa", tal y como señalaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo, bajo la concurrencia de alguna de estas circunstancias: vulnerabilidad personal o económica de la víctima o imposición, en su ejercicio de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas. Estas presunciones operan como *iuris et de iure*, a pesar de contar con el consentimiento de la víctima y por otra las circunstancias son *numerus apertus*, deducida de la expresión "en todo caso", posibilitando así la apreciación de circunstancias análogas. Se otorga una penalidad diferente según se trate de prostitución coactiva (2 a 5 años, aumentando así un año), de la explotación sexual (2 a 4 años). No se alteran los subtipos agravados recogidos en el artículo 187.2, ni la consideración de concurso real entre los delitos de prostitución y las agresiones y abusos sexuales sobre la víctima del apartado tercero[19], a los que se hacía mención en los Acuerdos de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo[20]. En cambio, cuando la prostitución concurre con el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP, es un acto preparatorio, por lo que nos hallaremos ante la presencia de un concurso medial a penar conforme al artículo 77.3 CP, según recoge la STS 786/2016, de 20 de octubre. Por tanto, la compra de servicios sexuales no está penalmente tipificada, salvo en el supuesto de menores de edad o persona discapacitada. Sí está criminalizada la prostitución coactiva, en los supuestos indicados.

Se echa de menos una mayor concreción en el tipo penal del artículo 187 a fin de excluir aquellas situaciones en las que existe un convenio entre el proxeneta y quien ejerce la prostitución[21].

La sanción en sí de la prostitución voluntaria no está penalizada, sin embargo, vía administrativa cabría la aplicación de una multa en caso de que se desoiga por quien ofrece sus servicios sexuales en los lugares y circunstancias a las que hace mención el artículo 36.11 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad

[19] GARCÍA PÉREZ, J.J. Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores: Comentario del artículo 187 del Código Penal. Ed. Sepin. SP/DOCT/21354. Marzo 2016. P.5. Consulta 31/10/2019.

[20] Acuerdos de Pleno de la Sala del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006, 24 de abril de 2007 y 28 de febrero de 2008.

[21] LÓPEZ-VERAZA PÉREZ, C. Explotación sexual, 2019, p. 6.

ciudadana[22]. Al cliente sí le podría sancionar administrativa cuando se retribuya los servicios sexuales en los reseñados lugares y circunstancias.

IV. ¿SERÍA POSIBLE UNA LABORIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN VOLUNTARIA?

Hemos visto que en la regulación de la prostitución en España no se ha mantenido en el tiempo una postura clara frente a la misma, no hallándose regulada en la actualidad.

El debate se mueve entre el abolicionismo o su regulación. Los argumentos para su supresión han pasado de unas pretendidas cuestiones atentatorias para la moral a la protección de la dignidad e igualdad de las mujeres. En cambio, su legalización finalizaría el ostracismo en el que se encuentran quienes la ejercen imposibilitadas para poder gozar de unos derechos laborales similares al resto de los trabajadores, pues no se les permite darse de alta en el sistema de la Seguridad Social ni como autónomas ni como trabajadoras por cuenta ajena.

Comparto los interrogantes que formula la profesora MAQUEDA ABREU [23] acerca del cercenamiento de la libertad personal de quien libremente decide dedicarse a la prostitución.

Hay autores[24] que defienden la regulación de la prostitución como una relación laboral de carácter especial, dignificando así su ejercicio. Y es que en la prostitución de adultos, ejercida de manera voluntaria, concurren los requisitos del artículo 1 ET. Distinto es que la tipificación en el Código Penal del delito de proxenetismo, supondría que el contrato laboral sería nulo por ilicitud de su objeto, sin que ello evitase la aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.2 ET, garantizándose así el percibo de la remuneración a la que habría lugar en el caso tratarse de un contrato válido. Las consecuencias de esta laborización se desplegarían tanto en el plano colectivo (posibilidad de constituir sindicatos con los que poder ejercer de interlocutores ante los poderes públicos y negociación colectiva) e individuales (salario digno, suspensión del contrato por causas como IT, maternidad, riesgo durante el embarazo.

[22] Proximidades de lugares destinados a su uso por menores, como centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio accesibles a menores de edad, o cuando estas conductas, por el lugar en que se realicen, puedan generar un riesgo para la seguridad vial.

[23] MAQUEDA ABREU, M.L. La Ley Digital 620/2010, p.2. Consulta 24/10/2019.

[24] OLARTE ENCABO, S. La Ley Digital 3982/2015, pp. 13-16. Consulta 24/10/2109.

En esta línea mantenida por nuestro gobierno tendente al abolicionismo, se produjo un cese, entiendo inadecuado, de la Directora General de Trabajo el 4 de septiembre de 2018, al haber autorizado la creación la Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS), sindicato de prostitutas, en clara anula los estatutos del sindicato OTRAS.

La jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, recogida en reciente sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo[25] ha sido constante a la hora de considerar desde la perspectiva de la jurisdicción social que en la actividad de alterne (definida como aquélla consistente en la captación y entretenimiento de clientes, induciéndose a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación de las propias consumiciones), es factible la existencia de una relación laboral, si se dan las notas que caracterizan dicha relación (dependencia y ajenidad) y si además se practica la prostitución no cabría la existencia de relación laboral por ilicitud de la causa.

Sin embargo, la reseñada sentencia de la Sala II, considera que esta cuestión presenta ciertos matices en el ámbito penal, al resultar indiferente la concurrencia de esas notas definitorias de la relación laboral de tal forma que el empresario que desarrolle en su local actividades de prostitución, será sujeto activo no solo del delito de explotación de la prostitución sino también de un delito contra los derechos de los trabajadores en el caso de que no se hallen en las condiciones exigidas para ser sujetos de una relación laboral.

V. CONCLUSIONES

No se puede desconocer que existen dos modalidades de práctica de la prostitución. De forma coactiva o voluntaria. Partiendo del necesario mantenimiento de la punición para los supuestos de ausencia de consentimiento y sobre los menores o personas con discapacidad, restaría un segmento dentro de la prostitución de mujeres adultas que ejercen la prostitución voluntariamente ya sea de forma ajena o propia y, aunque menor, no es desdeñable. Es aquí donde cabe plantearse su legalización y no tratar el tema ni con eufemismos, ni tampoco soslayar la cuestión.

¿Qué problema existe en conceder derechos a las prostitutas que libremente ejercen la prostitución? La postura abolicionista va en contra de su libertad sexual y su libertad como individuos para disponer de su propio cuerpo, sin limitaciones. Por

[25] STS, Penal sección 1 del 26 de marzo de 2019 (ROJ: STS 1007/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1007)

supuesto, previa comprobación de la ausencia de la nota de coactividad. Se les está privando de una serie de derechos laborales, entre ellos, la de poder percibir tras el ocaso de su vida laboral, una pensión de jubilación. Cabría arbitrar incluso una tributación adaptada a la especificidad del sector. Todo ello les impediría quedar en el ostracismo al albur de las mafias y de los clientes. Se argumenta que en Holanda y Alemania, su legalización provoca incluso un añadido en contra de su derecho a la dignidad humana, cual es, que la competencia generada entre las prostitutas les lleva incluso en algunos casos incluso a ofertar tarifas planas. Esta es una cuestión que debería de reglamentarse como se hace con ciertos sectores de la sociedad, contemplando incluso la eliminación de esta práctica de tarifa plana, como en el caso de la reciente ley alemana.

De las diferentes posiciones jurídicas frente a la prostitución voluntaria, la más adecuada vendría dada por la laborización por las ventajas que podría suponer para quienes la ejercen.

En países como Noruega, en los que es delito tanto la compra de servicios sexuales como la organización o promoción del sexo de pago, no pueden ser enarbolados como un ejemplo a seguir, pues la persecución que se realiza a las prostitutas, quienes no pueden ejercer en la vía pública, ni acudir a sus domicilios con el cliente so pena de ser sometidas a un procedimiento exprés de desahucio por ejercicio de actividad ilícita, genera una gran inseguridad para las mujeres.

De todas formas, cabe plantearse hasta qué punto, quienes ejercen voluntariamente estarían dispuestas a declarar todos sus ingresos y así ver mermados sus ingresos.

Otra cuestión que no aborda la opción abolicionista sería la relativa a la prostitución masculina. Para ellos no tendría aplicación el argumento de violencia de género que tanto se enarbola desde esos movimientos pro-abolición.

Por último, parece que contemplar la erradicación de la prostitución puede resultar una quimera, por ser una práctica social usual. Partiendo de esta base, frente a ello, la postura de la laborización constituye el mal menor para quienes la ejercen. En esta regulación, sería determinante el control por parte del Poder Judicial, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, órganos del ejecutivo y asociaciones e individuos que

habitualmente trabajan con este tipo de mujeres y niñas a fin de evitar situaciones de explotación laboral.

BIBLIOGRAFÍA

CARMONA SALGADO, C. Trata de seres humanos para su explotación sexual. Argumentos a favor de una regulación española que normalice el ejercicio por adultos de la prostitución voluntaria. La Ley Digital 3396/2015.

DÍAZ VELÁZQUEZ, M.A. Lover boy: un proxeneta del siglo XXI. Ed. Sepin SP/DOCT/22323. Marzo 2017.

GARCÍA PÉREZ, J.J. Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores: Comentario del artículo 187 del Código Penal. Ed. Sepin. SP/DOCT/21354. Marzo 2016.

JAREÑO LEAL, A. La política criminal en relación con la prostitución: ¿abolicionismo o legalización? Dossiers feministes. Universidad Jaume I de Valencia, n.º 9. 2006.

LÓPEZ-VERAZA PÉREZ, C. Explotación sexual de la mujer en el ámbito de la prostitución y su respuesta jurídica. Estudio conforme a los estándares internacionales, con especial referencia al término explotación, al proxenetismo y a su compatibilidad con la dignidad humana. Ed. Sepin SP/doct/82159. Septiembre 2019.

LOUSADA AROCHENA, J.F. Prostitución y trabajo: la legislación española. La Ley Digital 1971/2007.

MAQUEDA ABREU, M.L. Una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables de la legalidad de la prostitución. La Ley Digital 620/2010.

OLARTE ENCABO, S. Ante el dilema de regular la prostitución en España: por qué, para qué y cómo. La Ley Digital 3982/2015.

PÁGINAS WEB:

http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf

http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CORT/BOCG/A/CG_A367.PDF

https://www.lamoncloa.gob.es/paginas/archivo/121208-enlacetrata.aspx

http://www.interior.gob.es/documents/642012/5707784/Plan+Integral+Trata+2015/f74fd062-48ce-47d4-bedf-aae0ce2a0509

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-presenta-una-Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-para-detectar-e-investigar-la-trata-de-seres-humanos-con-fines-de-explotacion

http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-282-1.PDF

* * * * * *

Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza
Prof. de la Univ. Nacional de Educación a Distancia (UNED). Socio de la FICP

~Acoso familiar y no familiar~

I. CRIMINALIZACIÓN DEL ACOSO O STALKING

El origen de la criminalización del fenómeno conocido como "stalking" se sitúa en los años 90 en EEUU, donde como consecuencia de haber sido asesinadas varias personas famosas se aprobaron leyes anti-stalking, la primera de ellas en California en 1990 y en los tres años siguientes en los 50 Estados, bajo los nombres de stalking, criminal harassment, o criminal menace; y posteriormente esta normativa se generalizó, primero en el Derecho Anglosajón y después en la Europa Continental. No obstante, en estos ordenamientos existen dos métodos distintos de tipificación, uno que recoge una definición amplia del delito de acoso y se precisa la idoneidad objetiva de la conducta para causar alarma o sufrimiento a la víctima, dejando a los órganos judiciales la concreción de los hechos punibles; y otro en que se enumeran las acciones delictivas, aunque a veces se permite la sanción de otras análogas a las previstas.

La incorporación de la figura del acoso o stalking a nuestro Código Penal, responde a la propuesta de criminalización del acoso formulada por el art. 34 del Convenio del Consejo de Europa de 2011 como posteriormente diremos. La STS, Sala 2ª, de 12 de julio de 2017, remitiéndose a lo dicho en la STS, Pleno de la Sala 2ª, de 8 de mayo de 2017, a la que aludiremos más adelante, nos recuerda que "con la introducción del art. 172 ter CP, nuestro ordenamiento penal se incorpora al creciente listado de países que cuentan con un delito con esa morfología. La primera ley ``antistalking´´ se aprobó en California en 1990. La iniciativa se fue extendiendo por los demás estados confederados hasta 1996 año en que ya existía legislación específica no solo en todos ellos, sino también un delito federal. Canadá, Australia, Reino Unido, Nueva Zelanda siguieron esa estela a la que se fueron sumando países de tradición jurídica continental: Alemania (Nachstellung), Austria (behrrliche Verfolgung), Países Bajos, Dinamarca, Bélgica o Italia (atti persecutori). En unos casos se pone más el acento en el bien jurídico seguridad, exigiendo en la conducta una aptitud para causar temor; en otros, como el nuestro, se enfatiza la afectación de la libertad que queda maltratada por esa obsesiva actividad intrusa que puede llegar a condicionar costumbres o hábitos, como única forma de sacudirse la sensación de atosigamiento. Hay que

recordar que la introducción de tal delito en el Código Penal, viene, además, a ser una consecuencia del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011 que obligaba a los Estados parte --entre ellos España-- de incriminar tal delito stalking /acoso como así se acordaba expresamente en el art. 34 de dicho Convenio. Es claro que en relación a este delito en la medida que supone un ataque al bien jurídico de la libertad individual y al derecho a vivir tranquilo y sin zozobra, se está ante un caso de merecimiento de pena y de necesidad de la pena, en definitiva, de otorgar relevancia penal a las conductas típicas".

En España, el 1 de julio de 2015 entró en vigor la LO 1/2015 de 30 de marzo por la que se lleva a cabo la reforma del Código Penal, que introdujo el delito de acoso en el art. 172 ter CP, también conocido como acecho o stalking, dentro de los delitos contra la libertad y con una técnica restrictiva al establecer las formas de acoso de un modo tasado; y aunque es un delito común, se estableció en el marco de la violencia de género para proteger especialmente a la mujer. Así, declara la SAP de Ceuta de 14 de marzo de 2017, que el escenario común del stalking es la ruptura de la relación de pareja; y a diferencia de las coacciones tradicionales, donde el sujeto conoce y quiere impedir u obligar a realizar una conducta, aquí el autor no pretende que la víctima modifique su conducta vital, todo lo contrario, busca su acercamiento y, por tanto, obtener una cierta relación con ella. Asimismo, diversos estudios empíricos realizados en EEUU y en Europa revelan que estos comportamientos los protagonizan mayoritariamente hombres y los padecen mujeres, en un porcentaje muy elevado por parte de sus exparejas.

El nuevo delito que viene a colmar la ausencia de un tipo penal específico para combatir las conductas de acoso persecutorio, ofrece respuesta jurídico-penal a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad, la dignidad y el sentimiento de seguridad de la víctima a la que se somete a persecuciones, seguimientos o vigilancias constantes, u otros actos continuos de hostigamiento alterando sensible y significativamente su devenir vital cotidiano.

El stalking llevado a cabo mediante el uso de los medios que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación es comúnmente denominado cyberstalking, que reviste determinadas especialidades en relación con el delito de

stalking, en atención al medio por el que se realiza, internet especialmente; y por el que se controla, intimida o se ejerce influencia a la víctima, esto es, se ejerce hostigamiento a través los referidos medios. Apunta M. C. Gómez Rivero que el cyberstalking se caracteriza por su invisibilidad, ausencia de contacto directo con la víctima, ausencia de mecanismos rápidos y efectivos de protección para la víctima, invasión de ámbitos de privacidad aparentemente seguros, acoso público y, facilidad difusión, reproducción y accesibilidad.

Antes de esta reforma, había determinadas conductas que no resultaban condenadas como acoso, ya que este delito como tal no estaba tipificado, y quedaban impunes salvo que se encuadraran dentro de otro como el maltrato psicológico; y después de esta reforma resultan condenadas conductas como acoso que tienen su base en hechos meramente molestos, o, que producen inquietud, intranquilidad o desasosiego.

Actualmente son criminalizados, además del acoso o stalking en el art. 172 ter CP, el acoso escolar como trato degradante en el párrafo 1º del art. 173.1 CP, el mobbing o acoso laboral en el párrafo 2º del art. 173.1 CP, el mobbing o acoso inmobiliario en el párrafo 3º del art. 173.1 CP y el acoso sexual en los arts. 183 ter y 184 CP. Todo ello, sin olvidar que el acoso a través de los medios que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación determina distintos tipos de acoso, que al desarrollarse en el ciberespacio hacen que debamos tener en consideración los distintos tipos de cieracoso que encuentran también su protección jurídico-penal en los preceptos penales sustantivos reseñados previamente; y que también pueden encontrar su protección constitucional, además de su protección en los órdenes jurisdiccionales ordinarios civil, contencioso-administrativo y social cuando corresponda, en consideración a la naturaleza de los ilícitos cometidos por el acosador o ciberacosador.

II. CONCEPTO

En ausencia de una definición legal, puede afirmarse que el acoso es una acción en la que sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se realizan por hombres o mujeres conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima sea cuál sea su sexo, a la que se somete a una persecución o vigilancia constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.

La finalidad de las conductas de acoso o stalking es el control, la búsqueda de intimidad y la necesidad de manipulación de la vida y actividades de la víctima, generando en ésta cuadros de ansiedad, inseguridad y miedo causalmente vinculados al hostigamiento continuo al que se ve sometida, además de sufrir temor por su integridad física y un continuo sentimiento de persecución y desestabilización e incluso vejación y humillación.

El acoso o stalking, conocido en psicología como síndrome del acoso apremiante, se refiere al conjunto de conductas que realiza una persona -denominada stalker- que persigue, acecha y acosa de forma compulsiva a su víctima, sin que las negativas de esta cambien su obsesión.

El acoso es un comportamiento intrusivo en la vida del acosado o acosada contra su voluntad, que supone una ruptura de la necesaria distancia en las relaciones, una invasión del espacio vital de aquellos; y que debe llevarse a cabo de forma "insistente y reiterada", pues requiere una repetición de actos con cierta relación temporal y que produzcan el resultado de alterar de forma grave la vida cotidiana de los mismos.

En los intentos de conceptualizar el fenómeno del acoso o stalking desde perspectivas extrajurídicas -sociológica, psicológica o psiquiátrica- se manejan habitualmente, con unos u otros matices, una serie de aspectos como la persecución repetitiva e intrusiva; la obsesión, al menos aparente; la aptitud para generar temor o desasosiego o condicionar la vida de la víctima; la oposición de ésta; etc. Y es muy frecuente en esos ámbitos exigir también un cierto lapso temporal, aunque entendemos que desde una perspectiva jurídica no es sensato ni pertinente establecer un mínimo número de actos intrusivos, ni fijar un mínimo lapso temporal, sí debe existir una vocación de cierta perdurabilidad para cumplir con la exigencia de incidencia en la vida cotidiana.

III. ACOSADORES

La psicología ha agrupado a los acosadores o stalkers en psicóticos y no psicóticos, y sostiene que tras sus conductas siempre existe un sentimiento de enfado, hostilidad, obsesión, sentimientos de culpa o celos y malicia.

La imputabilidad como concepto jurídico-penal consiste en la capacidad de los sujetos para que puedan serles atribuidos los actos que realizan, es la capacidad para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión; y la STS, Sala

2ª, de 14 de junio de 2006, declara en relación con la referida capacidad que son "las facultades mínimas de comprensión de la realidad y del sentido de sus propios actos", y que nosotros también entendemos como el conjunto de las facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber realizado un hecho típico y antijurídico.

Los acosadores o stalkers psicóticos, esto es, quienes presentan esquizofrenia u otros trastornos psicóticos -trastorno delirante y trastorno psicótico inducido por sustancias- (comprendidos en la Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE y DSM-IV-R), tienen afectadas sus facultades de comprensión de la realidad y del sentido de sus propios actos (la declaración de exención o atenuación de la responsabilidad penal debe tener en consideración el grado de anomalía o alteración psíquica para la aplicación del art. 20.1º CP o del art. 21.1ª CP).

IV. RÉGIMEN JURÍDICO

1. Artículo 172 ter del Código Penal

El delito de acoso no familiar y familiar tipificado en el art. 172 ter CP, es introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, cuyo tenor literal es el siguiente:

> "1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:
>
> 1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.
>
> 2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.
>
> 3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.
>
> 4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.
>
> Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.
>
> 2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.
>
> 3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.
>
> 4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal".

2. Acoso no familiar

a) Conducta típica

1) Tipo básico

Acoso a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas típicas y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

En el artículo 172 ter.1 CP se utiliza el verbo acosar, precisando que es exigencia del delito que el acoso a una persona ha de hacerse de forma insistente y reiterada, pues solo desde esa vocación de cierta perdurabilidad se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana, y sin estar legítimamente autorizado, llevando a cabo alguna de las conductas típicas para alterar gravemente el desarrollo de su vida cotidiana. El acoso reiterado e insistente sobre la víctima se concreta en la realización de alguna de las conductas siguientes**:** Vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física; contacto o intento de contacto a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas; uso indebido de los datos personales de una persona para adquirir productos, contratar servicios, o hacer que terceras personas se pongan en contacto con ella; y atentar contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Los términos usados por el legislador, pese a su elasticidad (insistente, reiterada, alteración grave) y el esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada. Se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana.

La persistencia insistente de esas intrusiones nutre el desvalor del resultado hasta rebasar el ámbito de lo simplemente molesto y reclamar la respuesta penal que el legislador ha previsto; la reiteración es compatible con la combinación de distintas formas de acoso, al poder resultar de sumar acercamientos físicos con tentativas de contacto telefónico, pero siempre que se trate de las acciones descritas en el art. 172 ter.1 CP, y se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo o que quede

patente esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima.

Dentro de los delitos contra la libertad se introduce el nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como de coacciones o amenazas. Se trata de aquellos supuestos en los que sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no la de intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a actos continuos de hostigamiento. El legislador al tipificar el nuevo delito de acoso o stalking lo hace considerándolo como una variante del delito de coacciones al quedar fuera del ámbito de las coacciones, pues las conductas de acecho permanente o intento de comunicación reiterada sin llegar a las coacciones, sí tienen la entidad suficiente como para producir una inquietud y desasosiego relevante penalmente y que por ello no debe quedar extramuros de la respuesta penal al producir tal situación de acoso una alteración grave de su vida cotidiana.

En cuanto a los "elementos que caracterizan este tipo", hemos de decir en primer lugar que no ha de tratarse de hechos aislados, sino de un patrón de conducta manifestado de forma insidiosa, insistente y repetitiva, que conduce a la víctima a experimentar una sensación de angustia, desasosiego y hasta miedo razonable que le puede ocurrir algo malo a ella o a su familia, y que puede manifestarse de forma constante o disruptiva, esto es, apareciendo y desapareciendo de su vida durante un tiempo; en segundo lugar la conducta descrita debe suponer para la víctima una alteración de su vida normal o cotidiana, de tal entidad que se vea en la necesidad real de alterar sus costumbres como consecuencia de aquellos actos; y en tercer lugar que el sujeto activo no esté legítimamente autorizado para realizar las conductas descritas en el tipo. Los elementos del nuevo delito se concretan a una actividad insistente y reiterada (equivale a decir una reiteración de acciones de la misma naturaleza, esto es, un continuum repetitivo en el momento en que se inicia y reiterativo en el tiempo), el sujeto activo no esté legítimamente autorizado para hacerlo (elemento negativo) y produzca una grave alteración de la vida cotidiana de la víctima (las referidas conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes

de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir o en la capacidad de actuar según lo ya decidido); y para determinar su concurrencia es necesario el análisis de cada caso concreto, esto es, examinar las acciones insistentes y reiteradas y su idoneidad para alterar gravemente la vida y tranquilidad de la víctima. C. Villacampa Estiarte después de definir el stalking como una "conducta reiterada e intencionada de persecución obsesiva respecto de una persona, el objetivo, realizada en contra de su voluntad y que le crea aprensión o es susceptible de provocarle miedo razonablemente", establece que sus elementos son una conducta constituida por concretos actos que se repiten en el tiempo, persecutorios, dirigidos específicamente a una persona, no deseados y producen una sensación de inquietud o malestar en la misma que influyen negativamente en el desarrollo normal de su vida.

La STS, Pleno de la Sala 2ª, de 8 de mayo de 2017, en el delito de acoso o stalking exige continuidad en el tiempo que obligue a la víctima a modificar su forma de vida (los hechos no encajan en esta infracción penal porque se trató de algo episódico, no siendo sensato ni pertinente establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal). Establece que la conducta para ser delito debe tener vocación de prolongarse en el tiempo suficiente para provocar la alteración de la vida cotidiana; no bastan por ello unos episodios más o menos intensos o más o menos numerosos pero concentrados en pocos días y sin nítidos visos de continuidad, que además no comporten repercusiones en los hábitos de la víctima. Rechaza que los hechos encajen en el delito de stalking, y considera que se ha aplicado correctamente por el Juzgado y la Audiencia el delito de coacciones en el ámbito familiar (En la secuencia de conductas del caso examinado no se aprecia la idoneidad para obligar a la víctima a modificar su forma de vida acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar. El reproche penal se agota en la aplicación del tipo de coacciones: la proximidad temporal entre los dos grupos de episodios, la calma durante el periodo intermedio, así como la diversidad tipológica y de circunstancias de las conductas acosadoras impiden estimar producido el resultado que reclama el tipo penal: alteración grave de la vida cotidiana… No hay datos…para entender presente la voluntad de imponer un patrón de conducta sistemático de acoso con vocación de cierta perpetuación temporal. El tipo no exige planificación pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatoria, a variar, sus hábitos cotidianos, agrega).

Es necesaria la aptitud de la actividad hostigadora para obligar a la víctima a modificar sus hábitos cotidianos. Para calibrar esa virtualidad se ha de estar al estándar de un "hombre medio", aunque tomando en consideración las circunstancias particulares de la persona acechada. De forma que precisa únicamente la adecuación del acoso para provocar el resultado típico, que interpreta en sentido objetivo como alteración de las pautas de actuación. Los actos del autor tienen que ser idóneos para influir psicológicamente en la parte agraviada y hacerle introducir cambios en su estilo de vida, aunque no es necesario que estas modificaciones se produzcan. Esta línea interpretativa, que se centra en la presión psíquica ejercida sobre la persona acosada responde al bien jurídico protegido, que según expresa el propio legislador en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, es la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima (la ubicación sistemática del precepto en el Capítulo dedicado a las coacciones parece identificar el bien jurídico con la protección de la libertad individual, aunque entendemos que el art. 172 ter CP al no contener una modalidad de delito de coacciones, el delito de acoso o stalking afecta tanto a la libertad de obrar como al sentimiento de seguridad al exigir en la conducta acosiva una aptitud para causar temor). Ahora bien, este objeto de tutela no impide entender el resultado típico de un modo más restrictivo.

El delito de acoso o stalking, además de ser un delito de resultado que permite la tentativa acabada o inacabada, es un delito doloso, por la necesidad de su comisión intencionada al exigir la concurrencia del elemento volitivo, el conocimiento y la voluntad del sujeto activo sobre los elementos que integran el tipo objetivo incluido el resultado derivado de la acción acosadora, siendo posible en esta infracción penal la autoría mediata y la llevada a cabo por inducción. Doctrina penalista autorizada pone de manifiesto que esta infracción penal exige la concurrencia de un animus exagitandi o ánimo de acosar o animus insidiendi o ánimo de acechar que conforme una unidad tendencial de acción a las distintas conductas que el sujeto activo ejecute.

La jurisprudencia menor niega su aplicación cuando no resulta acreditado que el acusado haya ocasionado el resultado típico, esto es, la alteración grave de la vida cotidiana que se interpreta como necesidad de que la víctima haya sufrido temor, perturbación o inquietud (SAP de Teruel de 4 de octubre de 2017); la comunicación o aproximación asfixiante y no querida ha de ser "susceptible de generar algún tipo de repercusión en la víctima, que mayoritariamente se identifica con la producción de

desasosiego o temor" (SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2017), o más claramente, que "se requiere un resultado de perturbación o inquietud" (SAP de Madrid de 20 de junio de 2017); "la afectación grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, puede manifestarse de muchas maneras cumpliéndose, más allá de manifestaciones concretas, cuando se sume a la víctima en un estado de ansiedad que menoscaba o destruye su tranquilidad y seguridad" (SAP de Pontevedra de 31 de marzo de 2017); en otros casos, se pone el acento en la perseverancia del autor (SAP de Pontevedra de 8 de septiembre de 2017), o en la vocación de sistematizar la conducta, como presupuestos de la idoneidad de la actuación para modificar los hábitos, costumbres, rutinas o forma de vida de la víctima, pero sin requerir su alteración real (SAP de Madrid de 11 de octubre de 2017); y se apunta que debe valorarse si el comportamiento, por sus características, reiteración y prolongación en el tiempo, es adecuado para llegar a afectar seriamente al equilibrio psíquico de la persona afectada y desembocar en la adopción de cambios sustanciales en la forma de conducirse o relacionarse socialmente en su vida diaria -se analiza la capacidad de los actos de hostigamiento para producir una presión psicológica seria en quien los sufre- (SAP de Burgos de 26 de mayo de 2017).

El tipo del art. 172 ter CP mantiene su naturaleza de delito de resultado porque el bien jurídico solo se lesiona cuando el sujeto pasivo ve alterado gravemente el desarrollo de su vida cotidiana, aunque en la práctica también se atiende a la idoneidad del hostigamiento para provocar cambios en las rutinas esenciales de la víctima. Se está ante un delito de resultado en la medida en que se exige que las referidas conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir, ya en la capacidad de actuar según lo ya decidido. En definitiva, y como ya se ha dicho, que causen una alteración grave de su vida cotidiana (STS, Sala 2ª, de 12 de julio de 2017).

2) Subtipo agravado

Acoso a una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguno de los actos de hostigamiento referidos anteriormente y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

b) Penalidad

1) Tipo básico

El acoso no familiar básico está castigado con la pena alternativa de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses.

2) Subtipo agravado

El acoso no familiar cualificado agravado está castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

3. Acoso familiar

En el delito de acoso familiar tipificado en el art. 172 ter.2 CP, el ofendido por el delito de acoso o stalking es alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP (cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados).

El delito de acoso familiar está castigado con la pena alternativa de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

4. Penalidad de los actos de acoso

Los delitos de acoso no familiar y familiar son castigados con independencia de los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. La cláusula concursal del art. 172 ter.3 CP debe ser relacionada con el principio nos bis in idem y con el principio de proporcionalidad.

5. Aspecto procesal penal

Los hechos descritos en el art. 172 ter. 1 y 3 CP sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal de conformidad con lo

dispuesto en el 172 ter. 4 CP. En el delito de acoso familiar tipificado en el art. 172 ter.2 CP no será necesaria la denuncia.

Será precisa la denuncia de la persona acosada o de su representante legal con carácter general en el delito de acoso no familiar tipificado en el art. 172 ter.1 CP, con la excepción prevista para el acoso familiar tipificado en el art. 172 ter.2 CP. Y como se trata de delitos contra la libertad nada impide que se puedan acordar, como penas accesorias o medidas cautelares, las previstas en los arts. 48 y 57 CP.

* * * * * *

Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza

Prof. de la Univ. Nacional de Educación a Distancia (UNED). Socio de la FICP

~*Mobbing* o acoso inmobiliario~

I. ORIGEN E IMPORTANCIA

La práctica conocida como Blockbusting se originó en los Estados Unidos hacía los años 60 del Siglo XX, y, consistía en inducir a los propietarios de viviendas de un barrio concreto, a vender sus viviendas con pérdidas en relación con su valor real o de mercado.

En España, el *mobbing* o acoso inmobiliario adquirió una especial importancia respecto de actos relacionados con los contratos de arrendamiento de renta antigua, que podría aumentarse mucho si la misma se adecuase a los precios de mercado, permitiendo así el objetivo final de la exclusión definitiva de la vivienda; y también en relación con situaciones en las que un promotor quiere, sin el acuerdo de los propietarios, demoler y reconstruir un edificio, para su posterior venta y especulación.

II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL ACOSO INMOBILIARIO

C. VILLACAMPA ESTIARTE manifiesta que el acoso inmobiliario se compone de un conjunto de conductas, por parte del que ostenta una posición de poder o dominante, que tienden a dirigir la voluntad de una persona en un determinado sentido, es decir que tome la decisión de abandonar su vivienda, con el consiguiente desequilibrio emocional que eso supone.

R. RAGUÉS I VALLÉS define el mobbing o acoso inmobiliario como "aquellas conductas de hostigamiento que un sujeto realiza al legítimo poseedor de un inmueble con la finalidad de que éste acabe abandonando la finca, y renunciando a sus derechos respecto a ella".

La Ley 18/2007, de 28 de diciembre del derecho a la vivienda de la Generalitat de Catalunya, define como acoso inmobiliario, en su art. 45.2 c) "toda actuación u omisión con abuso de derecho que tiene el objetivo de perturbar a la persona acosada en el uso pacífico de su vivienda y crearle un entorno hostil, ya sea en el aspecto material, personal o social, con la finalidad última de forzarla a adoptar una decisión no deseada sobre el derecho que la ampara para ocupar la vivienda".

En el acoso inmobiliario que trae causa de un arrendamiento, la conducta del propietario está presidida por el propósito de hacer incómoda la situación de los inquilinos, bien para que acepten una serie de condiciones, como puede ser la subida del alquiler, bien para provocar que desalojen el inmueble (actuaciones que suelen darse cuando debido a la especulación inmobiliaria no resulta rentable la propiedad del edificio). En el acoso inmobiliario que trae causa del disfrute de un derecho real, la conducta del especulador está presidida por el propósito de hacer igualmente incómoda la situación de los titulares de los derechos reales, con la finalidad de conseguir su extinción no deseada y así lograr que el inmueble quede libre para conseguir del mismo la finalidad deseada.

Podemos definir el mobbing o acoso inmobiliario como una conducta antisocial reiterada que tiene como finalidad impedir el disfrute legítimo de la vivienda con base en la titularidad de un derecho real o de disfrute, y que de ser hostil o humillante será constitutiva de infracción penal (es posible el ciberacoso inmobilliario cuando se utiliza uno de los medios que ofrecen las tecnologías de la información o comunicación).

III. COMPORTAMIENTOS DE ACOSO INMOBILIARIO

Las formas de realizar el mobbing o acoso inmobiliario pueden ser diferentes y cambiantes en el tiempo, aunque la mayor parte de sus comportamientos activos u omisivos se refieren en el caso de arrendamiento al incumplimiento de las obligaciones por parte del arrendador relativas a las obras de conservación del inmueble, además de la negativa a cobrar la renta, el acoso personal, las deficiencias en los suministros de la vivienda, los problemas higiénicos, etc.; y en el caso de los propietarios o titulares de un derecho real los especuladores tratan de adquirir a precios irrisorios sus viviendas o solares aptos para la especulación por encontrarse en zonas en alza urbanísticamente, mediante conductas constitutivas de mobbing o acoso inmobiliario, especialmente las dirigidas a la venta del inmueble a un precio que permita su posterior especulación.

IV. ACOSADOR Y VÍCTIMA

En el mobbing o acoso inmobiliario la propiedad arrendada especialmente es el ámbito en el que el propietario o el agente inmobiliario realizan las conductas típicas de este comportamiento delictivo hacia quien habita la casa arrendada, aunque la especulación inmobiliaria también ha alcanzado a los propietarios con carácter particular en el periodo de la llamada “burbuja inmobiliaria”.

El acosador intenta demostrar mediante conductas coactivas, la intención de excluir a la víctima de su inmueble (arrendatario o propietario o titular de otro derecho real), la demostración a la víctima de mobbing o acoso inmobiliario de su poder mediante las conductas coactivas que siempre persiguen el objetivo de excluir a la víctima de la vivienda y el ejercicio de actos hostiles sobre la misma. Comportamientos, todos ellos, que persiguen la exclusión de la víctima de su inmueble, y, la posterior especulación con la construcción de nuevos edificios.

Entre las víctimas es frecuente encontrar a personas de avanzada edad, además de personas propietarias o arrendatarias del inmueble con unas pronunciadas limitaciones personales y económicas (abundan los casos de arrendatarios de viviendas antiguas regidos por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que aunque derogado por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, es aplicable a los arrendamientos de renta antigua, con base en la Disposición Transitoria Cuarta. Contratos de arrendamiento asimilados celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 (Los contratos de arrendamiento asimilados a los de inquilinato a que se refiere el art. 4.2 TRLAU de 1964…, celebrados antes del 9 de mayo de 1985 y que subsistan a la entrada en vigor de la presente ley, continuarán rigiéndose por las normas del citado texto refundido que les sean de aplicación, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de esta disposición transitoria).

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, es de aplicación a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.

V. DELITO DE *MOBBING* O ACOSO INMOBILIARIO

Para cumplir con el objetivo de "tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o titulares de otros derechos reales e inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores", después de la LO 5/2010, de 22 de junio, se tipifica el delito de acoso inmobiliario, también conocido como mobbing inmobiliario o blockbusting, en el párrafo 3º del art. 173.1 CP, al establecer que se impondrá la misma pena que para el trato degradante al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legitimo disfrute de la vivienda (pena de prisión de 6 meses a 2 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena). La exigencia de reiteración de actos hostiles o humillantes en el delito de mobbing o acoso inmobiliario impide apreciar la continuidad delictiva.

A diferencia del elemento teleológico que contempla este delito, concretado a "tener por objeto impedir el legitimo disfrute de la vivienda", las notas que dotan de sustantividad y de autonomía a estos comportamientos residen en la humillación, degradación y envilecimiento, en idéntico sentido al mencionado respecto al párrafo 2º del art. 173.1 CP que tipifica el mobbing o acoso laboral y funcionarial; en el atentado grave contra la integridad moral; y en el abuso de superioridad del que se prevale el sujeto activo frente al pasivo. Por consiguiente, esta infracción penal requiere de un elemento teleológico (persecución de fines de lucro ilícito de carácter especulativo, pues el objetivo perseguido es el desgaste anímico de la víctima para debilitar su capacidad transaccional o bien lograr el abandono unilateral del inmueble; y de un plan sistemático y preordenado).

Por otra parte, el elemento subjetivo del injusto se concreta en el ánimo de provocar el abandono de la vivienda por parte del morador.

El bien jurídico protegido es la integridad moral reconocida en el art. 15 CE, frente a reiterados actos hostiles o humillantes que impidan el legítimo disfrute de la vivienda.

Es posible la reclamación de responsabilidad civil dentro o fuera del proceso penal, cuando de las conductas constitutivas de mobbing o acoso inmobiliario se derivan daños y perjuicios para los propietarios o titulares de un derecho real e inquilinos en los términos ya tratados en relación con el mobbbing o acoso laboral.

El legislador en 2010 también establece un nuevo precepto en el ámbito de los delitos contra la integridad moral e introduce una nueva agravante al delito de coacciones, pues la pena correspondiente al delito de coacciones sólo se elevaba a la mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental; y con la incorporación del párrafo 3º del art. 172.1 CP, la pena se elevará a la mitad superior cuando "la coacción ejercida tenga por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda"(pena alternativa de prisión de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses).

VI. DERECHO A LA VIVIENDA

Las conductas de acoso inmobiliario inciden en el disfrute del derecho a una vivienda digna y adecuada que establece el art. 47 CE, cuyo tenor literal es el siguiente: "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos".

En relación con el derecho a la vivienda hemos de tener especialmente en consideración las siguientes disposiciones normativas: El RD 2960/1976, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial; la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; el RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas; la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; y el RD Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

El derecho a la vivienda es reconocido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 25); la Convención Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 3.1); la Convención sobre los Derechos de la

Infancia (art. 27.3); el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 11); y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 34.3).

Con el Estado Social de Derecho y la afirmación de la dimensión social de la propiedad, la vivienda se empieza a incluir entre los derechos sociales. El derecho a una vivienda digna y adecuada es un derecho social, difícilmente separable de su aspecto económico y con un complejo régimen jurídico, conteniendo el art. 47 CE un mandato constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos en el ejercicio de sus respectivas competencias, según la STC 152/1988, de 20 de julio.

Con la expresión constitucional ``vivienda digna´´ se debe tener en consideración un estándar mínimo de habitabilidad, y, con la expresión constitucional ``vivienda adecuada´´ se alude a su aspecto dinámico en consideración a la situación socioeconómica y cultural presente (la sociedad demanda cada vez más la calidad de los edificios, que en el ámbito del proceso constructivo se ve reflejada especialmente en una mayor seguridad estructural y una adecuada accesibilidad para personas con movilidad reducida, además de en un necesario equilibrio medioambiental). En relación con la garantía de este derecho por su relación con otros derechos fundamentales, declara la STEDH de 12 de julio de 2005 (caso Moldovan y otros/Rumanía), que las condiciones habitacionales y la discriminación racial a las que las autoridades sometieron a los demandantes lesionaron su dignidad humana y su derecho a no recibir tratos inhumanos o degradantes; y la STEDH de 27 de mayo de 2004 (caso Connors/Reino Unido), declara que el desalojo del demandante de su vivienda no había respetado las garantías del proceso, debido a la no justificación adecuada de tal injerencia en el hogar y la vida familiar.

La vivienda digna tiene que moverse dentro de las limitaciones de los recursos disponibles, lo que obliga a dejar fuera de esta protección a proyectos y edificaciones que se extralimiten en los costes, según la STS, Sala 3ª, de 25 de marzo de 1991; y los intereses de los administrados sólo pueden tener sólida defensa desde la legalidad urbanística, según la STS, Sala 3ª, de 8 de mayo de 2001.

Es de gran interés en materia de urbanismo, además de la normativa del suelo autonómica, el RD Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que deroga el RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo. En

relación con el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, dispone en su art. 3.1 que, "Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes".

Es reiterada la doctrina constitucional que afirma como el Estado al amparo del art. 149.1.13 CE puede aprobar normas de naturaleza económica sobre diversos sectores en los que las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias, a condición de que el referido título competencial no alcance a incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general (STC 21/1999, de 25 de febrero), y, a reserva de que el uso que haga el Estado de esta atribución transversal no agote el título competencial más específico que incumbe a la Comunidad Autónoma (STC 34/2013, de 14 de febrero). Por otra parte, l**os Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos (STC 247/2007, de 12 de diciembre).**

VII. DERECHO A LA DIGNIDAD E INTEGRIDAD MORAL

Las conductas de acoso inmobiliario inciden en el disfrute del derecho a una vivienda digna que establece el art. 47 CE, y que hemos de relacionar con el art. 10 CE, cuyo tenor literal es el siguiente: "1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

En relación con el derecho a la dignidad hemos de tener especialmente en consideración las siguientes disposiciones normativas: La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966; yla Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000.

Dentro del sistema constitucional el art. 10 CE es considerado como el punto de arranque, como prius lógico y ontológico para la existencia y reconocimiento de los demás derechos tal y como se reconoce en la STC 53/1985, de 11 de abril.

1. Dignidad de la persona

Como valor inherente a la misma, consiste en el derecho de cada cual a determinar libremente su vida de forma consciente y responsable y a obtener el correspondiente respeto de los demás, según la STC 53/1985, de 11 de abril; y debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia un ``minimum´´ invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, según la STC 120/1990, de 27 de junio.

La dignidad humana es un derecho de todo ser humano a ser respetado y valorado como ser individual y social, por el solo hecho de ser persona; es inherente a todas las personas y constituye la base de los derechos fundamentales, por lo que se ha convertido en el valor básico que fundamenta la construcción de los derechos de la persona como sujeto libre y partícipe de una sociedad; y es irrenunciable, indisponible y se conserva hasta el mismo momento de la muerte.

La norma contenida en el art. 10.1 CE, con independencia de que pueda servir de criterio de interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas, en general no puede servir de base a una pretensión autónoma de amparo, según la STC 64/1986, de 21 de mayo.

Establece el art. 53.3 CE que, el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. En los arts. 39 a 52 CE no se recogen auténticos derechos porque requieren de un desarrollo legislativo para poder ser alegados en amparo ordinario y no pueden tener acceso al TC por sí mismos (protegidos por la posibilidad de cuestionar la inconstitucionalidad de una norma con rango legal que los vulnere), sino unos principios que cumplen más bien una función orientadora de la actuación de los poderes públicos. Declara la STC 14/1992, de 10 de febrero, que el valor normativo inmediato de los artículos 39 a 52 CE

ha de ser modulado en los términos del art. 53.3 CE, que impide considerarlos normas sin contenido, obligando a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes. Afirma la STS, Sala 1ª, de 30 de diciembre de 1994, que los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, no pudiendo violentarse esta reserva de ley mediante analogía. No obstante, el art. 53.3 CE impide considerar a los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I como norma sin contenido, pues obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes (STC 19/1982, de 5 de mayo); y lo proclamado en el art. 53.3 CE es una previsión constitucional que obliga al legislador (STC 71/1982, de 30 de noviembre).

2. Derechos y libertades fundamentales

Los derechos inviolables inherentes a la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son elementos del ordenamiento contenidos en normas jurídicas objetivas, que forman parte de un sistema axiológico positivado por la Constitución y que constituyen los fundamentos jurídicos materiales del ordenamiento jurídico entero, lo que evidencia el carácter de aplicación directa de estos valores normativos en su realización práctica, según la STC 5/1981, de 13 de febrero.

Los derechos y libertades fundamentales son derechos subjetivos y elementos esenciales de un ordenamiento jurídico objetivo de la comunidad nacional, que encuentran sus límites en los derechos de los demás. Declara la STS, Sala 3ª, de 28 de septiembre de 1984, que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no son derechos ilimitados, sino que encuentran su limitación en el derecho de los demás y en los otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos; correspondiendo al legislador regular con mayor o menor generosidad los límites impuestos al ejercicio del derecho, incurriendo en inconstitucionalidad exclusivamente cuando se vulnere su contenido esencial, según la STS, Sala 3ª, de 11 de julio de 1986. En materia de limitaciones de un derecho fundamental la interpretación ha de hacerse con criterio restrictivo, imponiendo solamente en su ejercicio las limitaciones que exijan el bien común y el respeto a los derechos de los demás.

Es preciso poner de manifiesto que a través del art. 10.2 CE, no se otorga rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en los Tratados Internacionales en cuanto no estén también recogidos en nuestra Constitución, habiendo sido el TC el que ha delimitado el valor de esta estipulación, que declara en las SSTC 36/1991, de 14 de febrero, y, 372/1993, de 13 de diciembre, "esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución. De este modo, en palabras del TC, aunque los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 CE constituyen una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este TC, la interpretación a que alude el citado art. 10.2 CE no los convierte en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es decir, no los convierte en canon autónomo de constitucionalidad. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas".

Los derechos fundamentales y libertades públicas encuentran su protección jurídico-penal con la tipificación del delito de acoso inmobiliario en el párrafo 3º del art. 173.1 CP, en el que el bien jurídico protegido es la integridad moral (el delito de coacciones cualificadas agravadas tipificado en el párrafo 3º del art. 172.1 CP castiga la coacción ejercida que tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda, que también pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda frente a ataques dirigidos a obligar a abandonarla a quien la disfruta con fundamento en un derecho real o de disfrute con las penas de prisión o multa en su mitad superior). El art. 15 garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también

contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular (la integridad moral como manifestación directa de la dignidad humana, comprende el equilibrio físico y el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano). *y c*orresponde al TC comprobar a través del recurso de amparo el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo, que encuentra su régimen jurídico procedimental en los arts. 41 a 58 LOTC, y, procede por la vulneración de cualesquiera de los derechos contemplados en los arts. 14 a 30 CE (el recurso de amparo constitucional es de carácter subsidiario).

VIII. RESPONSABILIDAD CIVIL EN DISTINTOS ÓRDENES JURISDICCIONALES

Es posible el conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal, aunque la estimación de una causa extintiva de la responsabilidad criminal impide resolver la reclamación civil en el proceso penal y hace necesario plantear la reclamación civil en los tribunales ordinarios. Ello significaría partir de una presunta prevalencia del proceso penal para satisfacer pretensiones resarcitorias civiles y admitir que la sanción penal es sólo un elemento accesorio, aunque punto de anclaje necesario, para obtener el resarcimiento de la víctima. No es una exigencia constitucional que el derecho material penal y el correspondiente proceso penal se organicen exclusivamente para asegurar el resarcimiento civil de las víctimas de actos culposos (STC 157/1990, de 18 de octubre). No hay obstáculo para que el Tribunal del orden penal, junto con el pronunciamiento absolutorio del acusado del delito, por juego de una excusa absolutoria, determine la pertinente responsabilidad civil (STS, Sala 2ª, de 6 de abril de 1992).

En los supuestos de responsabilidad civil extracontractual contemplados en los arts. 1092 y 1903 CC que generan la misma obligación de reparar, aunque con aplicación de los arts. 109 y siguientes CP ó 1902 y siguientes CC, procede la aplicación del CP, y complementariamente del CC, cualquiera que sea el orden jurisdiccional que conozca de la acción civil ex delicto en los casos siguientes:

1. Por los tribunales penales cuando se pronuncien sobre la pretensión civil acumulada, tras dictar sentencia penal condenatoria o absolutoria al concurrir una de las causas de inculpabilidad del art. 118 CP.

2. Por los tribunales civiles o contencioso-administrativos cuando, con la reserva expresa de acciones, con posterioridad a una sentencia penal condenatoria se persiga una indemnización basada en los mismos hechos que fueron objeto de enjuiciamiento en el proceso penal.

3. Por los tribunales civiles cuando previamente el proceso penal concluye sin sentencia por muerte del inculpado o acusado, sobreseimiento, por cualquier causa distinta a las previstas en el art. 118 CP o bien queda en suspenso (arts. 383 y 843 LECr); y también cuando concluye por sentencia absolutoria por prescripción o por falta de pruebas de cargo (la responsabilidad civil por hecho tipificado penalmente no depende de una condena penal, con lo cual la ausencia de una condena penal es un dato objetivo que no empece la aplicación de los arts. 109 y siguientes CP; y existe una evidente autonomía entre ambas consecuencias jurídicas de un mismo hecho, siendo una cuestión de orden público la aplicación de un régimen jurídico u otro).

* * * * * *

Albano Padrón González

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Canarias, España. Socio de la FICP

~Ejecución de la responsabilidad civil derivada de delito~

Sumario.- I. El pago de la responsabilidad civil y la suspensión de la ejecución de la pena de prisión. 1. Aspectos generales. 2. Tipos de suspensión y requisitos. a) La suspensión ordinaria. b) La suspensión extraordinaria del artículo 80.3 del Código Penal. c) La suspensión especial del artículo 80.4 del Código Penal, debido al padecimiento de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. d) La suspensión especial del artículo 80.5 del Código Penal, por dependencia a cualquiera de las sustancias adictivas señaladas en el número 2 del artículo 20 Código Penal. 3. Órgano competente y momento procesal. 4. Pago e Insolvencia. 5. Revocación de la suspensión II. El pago de la responsabilidad civil derivada del delito y su incidencia en el grado penitenciario. 1. Régimen general y acceso al tercer grado penitenciario. 2. STS 59/2018 de 2 de febrero. 3. Libertad condicional III. Prelación de pagos. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. EL PAGO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA Y LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN.

1. Aspectos generales.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es una forma alternativa del cumplimiento de dicha pena, señalando la STC 97/2010, de 15 de noviembre, que "*El Título III Capítulo III del Código Penal desarrolla las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y entre ellas regula la suspensión de la ejecución, que no es por tanto, sino una forma de ejecución. Por lo expuesto, encontrándose la pena privativa de libertad en estado de ejecución... no cabe hablar de prescripción alguna*"

Como señala JUAN CORELLA, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión tiene como fin "*evitar el efecto corruptor de la prisión en aquellos condenados a penas cortas de poca entidad, deja de lado el efecto retributivo de la pena para ponderar el resocializador, suspendiendo el ingreso en prisión, a cambio del cumplimiento por parte del penado de una o varias condiciones*"[1]. Dicha finalidad se encuentra directamente vinculada a lo dispuesto en el artículo 25.2 de nuestra Constitución, en el que se establece que las penas privativas de libertad deben estar orientadas hacia la reeducación y la reinserción social, prevaleciendo dicha finalidad sobre el fin preventivo y retributivo de dichas penas, al estar previsto de tal modo, dentro del conjunto de derechos fundamentales. Al respecto señala la STC (Sala Pleno) 180/2014, de 4 de

[1] CORELLA MIGUEL, J. J., Alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración. Especial referencia a la suspensión y sustitución de la pena, 2017, p. 105

noviembre, que la suspensión condicional de la pena "*constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE», para cuya aplicación deben ponderarse distintos factores, tales como «las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad*".

La suspensión de la pena privativa de libertad exonera al condenado de ingresar en prisión. No obstante, el reo está sujeto a un plazo durante el cual no deberá delinquir nuevamente, y también habrá de cumplir las condiciones que le fueren impuestas. Transcurrido el período de suspensión y cumplidos los requisitos y condiciones previstos legalmente, se produce la remisión definitiva de la pena, y se tiene por cumplida.

El régimen de suspensión de las penas privativas de libertad ha sido objeto de una destacable transformación a través de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo. Con esta reforma se estableció un sistema singularizado por la existencia de un solo régimen de suspensión, modificando la regulación de los artículos 80 a 87 del Código Penal. Además, puso fin a la prohibición automática de la suspensión de la pena privativa de libertad a quienes posean antecedentes penales, ya que ahora, jueces y tribunales deben ponderar si los antecedentes penales del condenado resultan relevantes para considerar que existe riesgo o probabilidad de que cometa nuevos delitos[2].

Como señala MARÍA TRAPERO[3] la nueva regulación facilita la concesión de esta alternativa a la ejecución de la pena privativa de libertad aun cuando el penado presente riesgo de reiteración delictiva. Con la L.O. 1/2015, y a través de las reglas de conducta previstas en el artículo 83 del Código Penal, se pretende incentivar este modo de sustitución de la pena de prisión y superar las razones de la escasa utilización judicial de la regulación de la suspensión, modificar su consideración como un beneficio cercano a la impunidad del condenado, y situarla como una sanción alternativa[4].

[2] OLMEDO PALACIOS, M./DE LA FUENTE HONRUBIA, F., Ejecución de las penas. Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Libertad condicional., 2017, p. 105.

[3] TRAPERO BARREALES, M. A., El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, 2017, p. 185.

[4] TRAPERO BARREALES, M. A., El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, 2017, pp. 185-187.

La suspensión de las penas privativas de libertad tiene carácter discrecional, y nuestro Código Penal otorga libertad a jueces y tribunales para decidir qué comprobaciones deben realizarse para acreditar la concurrencia y cumplimiento de los requisitos legales de tal suspensión. Así el artículo 80.1 Código Penal dispone que los jueces "*podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años*"-

2. Tipos de suspensión y requisitos.

Si bien existe un único régimen de suspensión de las penas de prisión, la reforma derivada de la L.O. 1/2015 ha establecido un supuesto general u ordinario de suspensión junto con supuestos especiales, que constituyen excepciones al régimen general.

a) La suspensión ordinaria.

Se rige por los requisitos previstos en el artículo 80.2 del Código Penal:

1º) El condenado debe haber delinquido por primera vez.

Este requisito se considera igualmente cumplido aunque existan condenas previas por delitos imprudentes o por delitos leves, sin que tampoco se tengan en cuenta los antecedentes penales cancelados, los que deban serlo, ni los antecedentes por delitos que por su naturaleza o circunstancias resulten irrelevantes para valorar la probabilidad de cometer delitos futuros.

A pesar del tenor literal del artículo 80.2 Código Penal, al exigir que el reo no haya delinquido previamente, cabe la posibilidad de que el condenado cometiese otro delito, y, siendo anterior al que ha sido objeto de suspensión, no exista sentencia firme de condena respecto a tales hechos. Tal circunstancia no impediría la suspensión de la pena. Además, una sentencia de condena firme posterior, no comportaría la revocación de la suspensión, ya que el artículo 86.1 a) Código Penal se refiere exclusivamente a los delitos cometidos durante el período de suspensión de la pena.

Por otro lado, tal y como han destacado MANUEL OLMEDO y FERNANDO DE LA FUENTE[5], la exigencia de ser delincuente primario resulta notablemente menguada tras

[5] Indican en su citada obra que "*aunque tras la LO 1/2015 se siga manteniendo la previsión de que el condenado haya delinquido por primera vez, en realidad se elimina la necesidad de que se trate de un delincuente primario, pues seguidamente, y tras la lógica afirmación de que no se tendrán en cuenta los antecedentes penales cancelados o cancelables, determina que no se tengan en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que por su naturaleza o circunstancias carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos. En consecuencia, con la nueva regulación podrá*

la reforma del año 2015, al no tenerse en cuenta los antecedentes penales por delitos que resulten irrelevantes para valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos.

2º) La pena o la suma de las impuestas no debe ser superior a dos años de prisión, excluyéndose de dicho cómputo la que se derive del impago de la multa.

3º) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127 Código Penal.

El propio precepto legal señala que para el cumplimiento de dicho requisito bastará que el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica, y de facilitar el decomiso acordado. Añade que debe ser razonable esperar que dicho compromiso sea cumplido en el plazo prudencial determinado por el juez o tribunal.

Aunque la dicción literal de la regla 3ª del artículo 80.2 Código Penal parece fijar como condición ineludible la satisfacción de la responsabilidad civil, lo cierto es que el compromiso de pago se encuentra condicionado por la capacidad económica del condenado. De este modo, aquellas personas que carezcan de capacidad económica al decidirse la suspensión, deberán ofrecer un compromiso de futuro, cuando mejoren su fortuna. Se establece un sistema flexible que se ajusta a la capacidad económica del obligado, y cuando el compromiso de satisfacción no alcanza la totalidad de la responsabilidad debe fijarse una cláusula que permita su modificación. La suspensión no depende de que el condenado disponga o no de medios económicos para satisfacer la responsabilidad civil, lo que resulta adecuado frente a la proscrita prisión por deudas[6].

El establecimiento de la posibilidad de un compromiso de pago pretende agilizar la tramitación de la fase inicial de ejecución. Dicho compromiso tiene lugar cuando se ha satisfecho previamente parte de la responsabilidad civil antes de la suspensión, comprometiéndose al abono del resto, y cuando al decidirse sobre la suspensión no ha satisfecho ninguna responsabilidad, y se compromete a ello. No obstante, para la exigencia de dicha condición debe haberse ejercitado la acción civil en el procedimiento

ser suspendida la pena privativa de libertad a delincuentes no primarios que no evidencien peligrosidad criminal en atención a la naturaleza y circunstancias del delito que dio lugar a los antecedentes penales".

[6] Sobre esta cuestión indica García Arán que "la exigencia absoluta y sin paliativos de la satisfacción de la responsabilidad civil para suspender la pena podría entrar en la inaceptable *prisión por deudas",* en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.) Comentarios CP. PG, 2011, p. 698.

penal, y, debe existir condena firme en la que se declare dicha responsabilidad y se halla concretado exactamente su contenido, ya que con frecuencia se difiere a la fase de ejecución la concreción de su contenido. Además, para el cumplimiento del compromiso de pago, el condenado debe colaborar y facilitar toda la información disponible sobre su situación económica, aunque también debe haber un control judicial de la misma, con el fin de que si el compromiso no abarca la totalidad de la responsabilidad civil, el juez o tribunal valore y ajuste el pago de dicha responsabilidad a la verdadera capacidad económica. Las comprobaciones de la capacidad económica del condenado se efectuarán en un momento posterior, durante el plazo de suspensión, bastando en el momento de decisión sobre la suspensión tal compromiso. Tal conclusión resulta de interpretar *a sensu contrario* las previsiones específicas sobre la suspensión de la pena de prisión para los condenados por delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, artículo 308 bis Código Penal, y la suspensión de la ejecución del resto de la pena y de la libertad condicional, artículo 90.4 Código Penal, preceptos en los que la presentación de un compromiso que no se ajusta a la verdadera capacidad económica es razón para denegar la suspensión; por lo que, como norma general, debe entenderse que resulta suficiente el compromiso, con la advertencia de que si la información presentada es insuficiente o inexacta se revocará tal suspensión.

En esta última condición se añade que el juez o tribunal, atendiendo al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que estime convenientes para asegurar el cumplimiento de la responsabilidad civil. Tales garantías serán cualesquiera de las previstas legalmente, reales o personales, desde el embargo de bienes a garantías prestadas por terceros, incluidas las entidades de crédito. Cabe destacar que dicha facultad judicial se encuentra restringida por dos condicionantes que deben concurrir simultáneamente, el alcance de la responsabilidad civil y el impacto social del delito, lo que supone que el juez o tribunal no podrá solicitarlas fuera de dicho supuesto. Diversos autores han criticado severamente la alusión a la alarma social para la exigencia de tales garantías, considerando que el único criterio válido debe ser el alcance o cuantía de la responsabilidad civil, y que la evidencia empírica refleja que el impacto social del delito es objeto de constante manipulación por los medios de comunicación y determinados sectores sociales[7]. Señala ABEL SOUTO que "*resulta deleznable la mención al "impacto social del delito"*", puesto

[7] TRAPERO BARREALES, M. A., El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, 2017, pp. 556-557.

que la reparación atiende al daño privado y no existe razón para acudir a la alarma social, que es un factor extraño al cumplimiento de una obligación civil, y refleja la política criminal del legislador de 2015, quien dio un papel predominante a la opinión pública, "*dentro de un Derecho penal de seguridad, influido por los medios de comunicación, en el que la repercusión social del delito hasta es tomada en consideración para el aseguramiento de la responsabilidad civil*"[8].

Por otro lado, la condición analizada exige que se haya hecho el efectivo decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127 Código Penal. Este requisito obliga al reo a omitir cualquier comportamiento que suponga un impedimento o traba para la intervención, depósito judicial, o embargo de los bienes y derechos susceptibles de comiso.

b) La suspensión extraordinaria del artículo 80.3 del Código Penal.

Dicha suspensión constituye una novedad introducida por la L.O. 1/2015 por razones de política criminal y con el fin de evitar situaciones injustas[9] donde la existencia de un antecedente penal de cualquier clase impedía la concesión de la suspensión. Este tipo de suspensión incluye aquellos supuestos en que no se dan las dos primeras condiciones del apartado 2 del artículo 80 CP, es decir, el condenado no es un delincuente primario, y, las penas impuestas pueden superar el límite de los dos años, siempre que individualmente no excedan los dos años de prisión y siempre que se trate de reos no habituales. Este último requisito de la no habitualidad debe interpretarse conforme a lo previsto en el artículo 94 del Código Penal, donde la habitualidad se identifica con la comisión de tres o más delitos comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y que el sujeto haya sido condenado por ello.

Junto a lo ya indicado, el juez o tribunal valorará "*las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado*". Las circunstancias personales tienen relación con la probabilidad de que el condenado cometa un nuevo delito, siendo objeto de consideración por la doctrina aplicada en distintas Audiencias Provinciales, la peligrosidad y la reiteración delictiva; la falta de arrepentimiento, el carácter violento y antecedentes por malos

[8] ABEL SOUTO, M., La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley orgánica 1/2015, 2017, p. 97.

[9] Señala MAPELLI CAFFARENA, B. Las consecuencias jurídicas del delito, 2011 que "*en ocasiones la no primeridad refleja, en efecto, una peligrosidad criminal que justifica que no se conceda, pero, en otras, es un dato irrelevante incapaz de explicar, por sí solo, porque se aparta de plano al condenado de la obtención del beneficio*", en CORELLA MIGUEL, J. J., Alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración. Especial referencia a la suspensión y sustitución de la pena, 2017, p. 188.

tratos; ser condenado en el período de suspensión… Además, al señalar la naturaleza del hecho, se refiere al tipo de delito y la forma en que fue ejecutado, como pudiera ser una ejecución singularmente degradante para la víctima, o violenta. Cuando apela a la conducta del reo, se refiere al cumplimiento de las medidas cautelares y a su actitud colaboradora con los tribunales y la administración de justicia, evitando las incomparecencias y dilaciones indebidas. Finalmente, se ponderará el esfuerzo para reparar el daño causado, que excede de la responsabilidad civil y está dirigido a la reparación del perjuicio; puede consistir en prestaciones de hacer o en la realización de actos dirigidos a retornar a la situación previa a la comisión del delito[10].

Por último, se condicionará la suspensión a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado en función de las posibilidades físicas y económicas del condenado, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida primera del artículo 84 Código Penal.

Además, siempre se impondrá una de las medidas previstas en las reglas 2ª y 3ª del artículo 84, es decir, el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

c) La suspensión especial del artículo 80.4 del Código Penal, debido al padecimiento de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables.

En este supuesto no se sujeta la suspensión a ninguno de los requisitos indicados para la suspensión ordinaria y extraordinaria siendo la única exigencia que en el momento de la comisión del delito no tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo. La enfermedad muy grave no requiere que el enfermo se encuentre el peligro de muerte inminente, y está dirigida a evitar un trato degradante e inhumano, siendo su fundamento las razones humanitarias. El Auto de la Audiencia Provincial de Castellón 185/2012, de 27 de marzo indica que "*El Tribunal Constitucional (SSTC Núm. 48/1996, de 25 Mar (RTC 1996, 48) y Núm. 25/2000, de 31 Ene (RTC 2000, 25) ha precisado, rompiendo con el criterio anterior que exigía que la enfermedad se encontrara en fase terminal, que la misma sea grave e incurable "con evolución desfavorable por la estancia en la cárcel, con empeoramiento de salud, acortando su vida, aún sin riesgo inminente de su pérdida" (no exige peligro de muerte inminente ni inmediato).En estrecha relación se encuentra la dificultad para recibir el tratamiento médico*

[10] ABEL SOUTO, M., La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley orgánica 1/2015, 2017, pp. 107-116.

apropiado en el ámbito penitenciario (ATC de 18 Dic. 1.996). Debe tratarse, en definitiva, de una enfermedad incurable que suponga una disminución importante de las facultades físicas del sujeto (a modo de ejemplo, quedarían excluidos los portadores asintomáticos del VIH, sin perjuicio de que si el Centro Penitenciario tiene conocimiento de los internos infectados tome medidas higiénicas y terapéuticas para evitar el contagio y retrasar el desarrollo de la enfermedad). Por otro lado, constituye un elemento a tener en cuenta si, como consecuencia de la enfermedad, el sujeto tiene disminuida su capacidad para delinquir y, en consecuencia, su peligrosidad criminal".

d) La suspensión especial del artículo 80.5 del Código Penal, por dependencia a cualquiera de las sustancias adictivas señaladas en el número 2 del artículo 20 Código Penal.

Tal previsión se dirige a los drogodependientes deshabituados o sometidos a tratamiento de deshabituación, y se condiciona a que estos últimos no lo abandonen, sin que se considere abandono las recaídas durante el tratamiento si las mismas no evidencian su abandono definitivo. Esta facultad discrecional del juez o tribunal tiene lugar aún cuando no concurran las circunstancias 1ª y 2ª del artículo 80.2 Código Penal, se extenderá a penas privativas de libertad de hasta 5 años, y será preciso certificado del Centro o Servicio público o privado (acreditado u homologado), respecto a la deshabituación o el sometimiento a tratamiento en el momento de decidir la suspensión.

El delito por el que se impuso la pena cuya suspensión se pretende debe además haber sido cometido por razón de su dependencia a esta clase de sustancias. Debe existir cierta relación de causalidad entre la dependencia al consumo de sustancias indicadas y el delito cometido, y cuando la sentencia firme no valoró la dependencia o la relación de causalidad entre tal dependencia y la comisión del delito, podrá acreditarse en la fase de ejecución. Las Audiencias Provinciales han considerado que tal causalidad puede acreditarse con la dependencia en el momento de cometerse el delito y la naturaleza del delito, por pertenecer a la denominada delincuencia "*funcional*", conformada por los delitos de escasa entidad contra el patrimonio o la salud pública cometidos por el toxicómano para poder sostener su consumo[11].

[11] OLMEDO PALACIOS, M./DE LA FUENTE HONRUBIA, F., Ejecución de las penas. Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Libertad condicional., 2017, pp. 27-28.

3. Órgano competente y momento procesal.

Con la finalidad de agilizar la tramitación de la decisión correspondiente a la suspensión de la pena de prisión, tal y como se establece en el preámbulo de la LO 1/2015, se introdujo a través del artículo 82 Código Penal la posibilidad de que la suspensión se acuerde en la sentencia condenatoria, generalizando lo que ya sucedía en los supuestos en que se dictase sentencia condenatoria de conformidad, en los casos señalados en los artículos 787.6, 789.2 y 801.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, conforme a lo previsto en el artículo 82.1 Código Penal, el juez o tribunal sentenciador deberá resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que resulte posible, y en los restantes supuestos, tras la firmeza de la sentencia deberá pronunciarse con la mayor urgencia, siempre previa audiencia a las partes sobre la pertinencia o no de su concesión. No obstante, frente a la voluntad del legislador persisten dificultades prácticas que limitan la efectividad del criterio preferente introducido en el artículo 82.1 del Código Penal, ya que el juez o tribunal requiere de información precisa sobre distintos aspectos para fundar su decisión como puede ser la documentación relativa a sus circunstancias familiares y sociales, su conducta posterior al hecho, sus circunstancias personales, o su esfuerzo por reparar el daño causado, y como señala MARÍA TRAPERO, tal información "*puede "contaminar" la decisión que ha de adoptar el Juez o Tribunal sobre la culpabilidad del sujeto y la pena concreta que ha de cumplir*". Existe un riesgo de que surjan prejuicios frente al acusado y de que este asuma la posibilidad de un fallo condenatorio. Además supone una vulneración del principio de presunción de inocencia, y no debería existir un pronunciamiento sobre la suspensión hasta la firmeza de la sentencia[12].

Respecto a la audiencia a las partes que recoge el artículo 82.1 Código Penal, cabe precisar que dicha audiencia debe extenderse igualmente a las víctimas que no se hayan personado en el procedimiento, al amparo de lo previsto en el artículo 80.6 Código Penal, respecto a los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querella del ofendido; además, como indica MARÍA TRAPERO, dicho precepto debe ser completado con lo dispuesto en la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, por lo que debe darse audiencia a cualquier víctima no personada, aun tratándose de delitos

[12] TRAPERO BARREALES, M. A., El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, 2017, pp. 170-176.

perseguibles de oficio, con el fin de dar cumplimiento al derecho de las víctimas a participar en la ejecución de las sentencias.

4. Pago e insolvencia.

Otra de las novedades introducidas con la reforma derivada de la LO 1/2015 es el hecho de que resulta bastante para la concesión de la suspensión el compromiso de pago de la responsabilidad civil, si bien el juez o tribunal deberá efectuar las averiguaciones pertinentes sobre la capacidad económica del condenado y ponderar si resulta factible esperar el cumplimiento de tal compromiso en el plazo establecido. Sobre este requisito coinciden QUINTERO OLIVARES y MARÍA TRAPERO al señalar que existe un límite temporal para el cumplimiento del compromiso, coincidente con el plazo de duración de la suspensión de la pena privativa de libertad, ya que es hasta entonces cuando ejerce su efecto la posibilidad de que la suspensión resulte revocada[13], siendo conveniente un seguimiento periódico de la capacidad económica del penado para que a través de cláusulas flexibilizadoras se incrementen la cuantía de las obligaciones asumidas de producirse una mejora de dicha capacidad.

Hay que tener en cuenta que el pago de la responsabilidad civil puede igualmente ser efectuado por terceras personas, tanto responsables civiles, como otros condenados con los que puede existir solidaridad en la obligación de su satisfacción. Pueden existir terceros que quieran satisfacer la responsabilidad civil con el fin de facilitar la suspensión, o cualquier otro, y entreguen el dinero al penado para su abono.

Como destaca ABEL SOUTO[14], a pesar de que nuestro Código Penal identifique la satisfacción de las responsabilidades civiles como una condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena de prisión resulta, lo cierto es que su impago no constituye un impedimento para su concesión, y resulta más preciso el contenido del artículo 80.1 Código Penal al señalar que se valorará el esfuerzo para reparar el daño causado. De este modo, la insolvencia no obstaculiza la obtención de una decisión favorable a la concesión de la suspensión y tal condición carece de eficacia real. Así, el propio Código Penal precisa en la condición tercera del artículo 80.2 que dicho requisito se entiende cumplido cuando el penado asume el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica.

[13] TRAPERO BARREALES, M. A., El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, 2017, p. 555.

[14] ABEL SOUTO, M., La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley orgánica 1/2015, 2017, pp. 90-92.

5. Revocación de la suspensión.

Las causas de revocación de la suspensión se encuentran previstas en el artículo 86 del Código Penal donde establece cuatro supuestos:

a) Cuando el penado sea condenado por un nuevo delito cometido durante el período de suspensión. En este caso, debe ponderarse si el nuevo delito pone de manifiesto que la expectativa en la que se fundó la suspensión ya no se puede mantener.

b) Cuando el penado incumpla de forma grave o reiterada cualquiera de los deberes o prohibiciones señalados en el artículo 83 Código Penal que le hubiesen sido impuestos, o cuando evada los controles de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

c) Cuando el penado incumpla grave o reiteradamente las condiciones de suspensión del artículo 84 Código Penal que le fuesen impuestas.

d) Cuando el penado facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de sus bienes u objetos sobre los que se hubiese acordado el decomiso. También será causa de revocación el incumplimiento del compromiso de pago de las responsabilidades civiles, exceptuándose los supuestos en que se deba a que carezca de capacidad económica para ello. Se establece que podrá revocarse la suspensión cuando el penado indique información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación dispuesta en el artículo 598 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con esta reforma introducida por la LO 1/2015 se ha pretendido agilizar la resolución de los jueces y tribunales sobre la concesión o no de la suspensión, ya que como destaca CORELLA MIGUEL, ha sido práctica habitual la demora y dilación en la resolución de dicha concesión por parte de aquellos, por el tiempo invertido en la averiguación del patrimonio o las posibilidades del reo. Además, con frecuencia ello a conllevado un problema con la prescripción de las penas menos graves ante la elevada carga de trabajo de los juzgados, con el perjuicio que pudiera conllevar para los condenados en situaciones de proximidad del transcurso del plazo de prescripción de la pena, y la posibilidad de que la resolución se decantase en contra de la suspensión, tras

denegar diligencias interesadas por la defensa que pudieran haber acreditado que el penado era merecedor de la suspensión[15].

El artículo 86 Código Penal añade que en caso de incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones que no haya sido reiterado o grave, el juez o tribunal podrá imponer nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, u optar por prorrogar el plazo de la suspensión, sin que en tal supuesto deba revocarse la suspensión. Además, debe destacarse que tampoco procede la suspensión cuando sobrevengan nuevas condenas por delitos cometidos con anterioridad a concesión de la suspensión que hubiesen sido juzgados con posterioridad a su concesión.

El apartado 3º del artículo 86 Código Penal prevé la compensación de la pena con los pagos y la prestación de trabajos realizados o cumplidos por aplicación de las medidas 2ª y 3ª del artículo 84.1 Código Penal en el supuesto de que tenga lugar la revocación de la suspensión.

II. EL PAGO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO Y SU INCIDENCIA EN EL GRADO PENITENCIARIO.

1. Régimen general y acceso al tercer grado penitenciario.

Las penas privativas de libertad deben cumplir con la finalidad reeducadora y de reinserción social de los penados exigida por el artículo 25 de la Constitución Española, y se ejecutan según el sistema de individualización científica separado en grados previsto en el artículo 72 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre General Penitenciaria. El artículo 59 de la LO 1/1979 establece que mediante el tratamiento penitenciario se trata de conseguir que el interno sea una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, rigiéndose por los principios del artículo 62 de la misma Ley, integrando varios métodos: médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno; y tiene un carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena. Señala GEMMA GALLEGO[16] que con tal fin tiene lugar la clasificación por grados por el interno, determinada por los Equipos de Observación y de Tratamiento, atendiendo a factores como el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social, el

[15] CORELLA MIGUEL, J. J., Alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración. Especial referencia a la suspensión y sustitución de la pena, 2017, pp. 430-432, 2017.

[16] GALLEGO SÁNCHEZ, G., Revista de Jurisprudencia El Derecho, 3, 2009, p. 6.

medio social al que retorne el recluso...y las decisiones de los Juzgados y Tribunales de Vigilancia Penitenciaria respecto a la progresión o regresión en tales grados penitenciarios.

El último de los grados es el de la libertad condicional, cumpliéndose el segundo grado en establecimientos de régimen ordinario y el tercer grado en establecimientos de régimen abierto. Los clasificados en primer grado son los penados destinados a establecimientos de régimen cerrado. El apartado tercero del artículo 72 LO 1/1979 dispone que los internos podrán ser clasificados, tras ser observados y clasificados, en un grado superior desde el inicio y sin tener que pasar por los que le preceden, exceptuándose la libertad condicional.

Los penados en segundo grado son aquellos en quienes concurren circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia pero que momentáneamente carecen de capacidad para vivir en semilibertad, mientras que los penados en tercer grado, son aquellos que por sus circunstancias personales y penitenciarias están capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, tal y como se indica en los apartados 3 y 4 del artículo 102 del Reglamento General Penitenciario.

El apartado 5 del artículo 72 de la LO General Penitenciaria, modificado por LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, establece que la clasificación o progresión al tercer grado dependerá de los siguientes aspectos: 1º) que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, valorando a tales efectos la conducta del penado de cara a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; 2º) las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad que le corresponda; 3º) las garantías que permitan asegurar la satisfacción de dicha responsabilidad civil en el futuro; 4º) el enriquecimiento que el condenado hubiese obtenido con el delito cometido, junto con el daño que se hubiere podido causar al servicio público, y la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

La inclusión del abono de la responsabilidad civil como requisito para que el condenado pueda acceder al tercer grado resulta censurable, ya que por un lado, es rechazable que la falta de recursos económicos pudiera limitar la progresión en grado del recluido, y por otra parte, podría supeditar la finalidad reeducadora y resocializadora

a una mera transacción económica. Al respecto señala SOLAR CALVO que "*el abono de la responsabilidad civil vinculada al tercer grado no beneficia a la víctima, no tiene nada que ver con la asunción delictiva y viene más bien a permitir un uso utilitarista de dichos abonos para el logro del tercer grado*". Dicha autora critica igualmente la referida regulación destacando que al acceder al tercer grado es cuando el condenado dispondrá de mejores condiciones para afrontar la responsabilidad civil por el delito cometido, pudiendo incorporarse al mercado laboral durante el cumplimiento del régimen abierto[17].

No obstante, a pesar del tenor literal del artículo 75.2 Ley Orgánica General Penitenciaria, el cumplimiento y satisfacción de la responsabilidad civil no constituye un requisito en sentido estricto para la concesión del tercer grado. Aunque en él se indica que se requiere dicha satisfacción, a continuación matiza tal exigencia, como no podía ser de otra manera, ya que de lo contrario contravendría la prevalencia de la finalidad resocializadora y reeducadora del artículo 25 de nuestra Constitución. Así, dicha exigencia debe entenderse cumplida con el compromiso de satisfacción futura de tal responsabilidad civil, en el mismo modo ya referido con anterioridad respecto a la suspensión de la pena privativa de libertad, de forma análoga a lo dispuesto en el artículo 80.2 del Código Penal. Deben tomarse en cuenta las posibilidades de reparación conforme a la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado, así como el esfuerzo que haya mostrado para lograr esa reparación. En ningún caso la insolvencia del penado puede constituir un obstáculo para la progresión en grado del penado.

2. Libertad condicional.

Es una forma sustitutiva de la ejecución de la pena privativa de libertad muy próxima a la suspensión de la que se distingue en que se produce tras iniciarse la ejecución de dicha pena, si bien comparte con ella la aplicación de las reglas de conducta previstas en los artículos 83, 86 y 87 Código Penal, según establecido en el artículo 90.5 Código Penal.

Los requisitos para la concesión de la libertad condicional se encuentran regulados en el artículo 90.1 del Código Penal, en el que se prevé la necesidad de que el penado se encuentre clasificado en el tercer grado, que observe buena conducta y haya

[17] SOLAR CALVO, P., Diario La Ley, 9347, 29 de enero de 2019, pp. 1-3

cumplido tres cuartas partes de la pena impuesta. Junto a ello, el juez de vigilancia penitenciaria deberá valorar la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias de delito cometido...y los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas impuestas, del mismo modo expuesto en relación a la suspensión regulada en el artículo 80 Código Penal. Además exige el artículo 90.1 Código Penal que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito conforme a los criterios del apartado 5 del artículo 72 Ley Orgánica General Penitenciaria, con lo que no se requiere su efectivo cumplimiento, sino que resulta bastante que cumpla su compromiso de pago conforme a su capacidad económica, debiendo igualmente facilitar información exacta y suficiente sobre sus bienes y objetos cuyo decomiso haya sido acordado, según lo exigido en el apartado 4 del artículo 90 Código Penal.

Junto al régimen general se prevé la posibilidad de conceder la libertad condicional de forma excepcional en dos supuestos; a) cuando el penado clasificado en tercer grado y que haya observado buena conducta, haya cumplido dos tercios de la condena y hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa; y b) cuando el penado se encuentre cumpliendo su primera condena de prisión (que no exceda de 3 años), esté clasificado en tercer grado, hubiese cumplido la mitad de la pena, y haya observado buena conducta y desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales.

3. Sentencia Tribunal Supremo 59/2018 de 2 de febrero.

La exigencia del cumplimiento de la responsabilidad civil para la obtención de la libertad provisional ha generado distintas interpretaciones en aquellos supuestos en que los ingresos económicos del condenado son inferiores al mínimo embargable previsto en el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A raíz de un recurso para la unificación de doctrina sobre dicha cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo 59/2018 ha resuelto que las deudas contraídas por razón del delito constituyen un crédito a favor del acreedor que el condenado está obligado a satisfacer, debiendo aplicarse la normativa procesal civil correspondiente a los embargos y medidas cautelares cuando fuera precisa una ejecución obligatoria, prevista en los artículos 584 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Establece que cuando el legislador admite

el embargo de sueldos y pensiones en el artículo 607 Ley de Enjuiciamiento Civil, y fija la inembargabilidad de los sueldos, jornales y retribuciones que no superen el salario mínimo interprofesional, "*pretende preservar del cumplimiento de la obligación un mínimo vital necesario para una vida en condiciones de dignidad del deudor obligado al pago de la responsabilidad civil declarada. Ese mínimo vital constituye el umbral absolutamente necesario para una vida digna y constituye, el umbral de lo absolutamente necesario para una vida digna y constituye un dique de contención frente al legítimo derecho del acreedor al cobro su deuda. De esta manera se cohonesta el derecho de acreedor, que debe ser tutelado, y el deber del deudor que debe cumplir la obligación manteniendo las condiciones de dignidad que le permitan subsistir*".

De esta forma concluye nuestro Tribunal Supremo que la correcta interpretación del artículo 90 Código Penal impide imponer obligaciones de reparación sobre ingresos inferiores a los mínimos indicados en el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No resulta admisible que el juez de vigilancia ejecute y promueva el cumplimiento de la obligación civil derivada del delito sobre bienes inembargables, indicando el Tribunal Supremo que "*quedan al margen de la ejecución y, consecuentemente, no puede ser considerados como parte del esfuerzo reparador que el deudor de la responsabilidad civil debe realizar para satisfacer la deuda los ingresos inferiores a lo declarado inembargable.*".

Sobre la resolución adoptada por el Tribunal Supremo existen diferentes posturas doctrinales, señalando NISTAL BURÓN que con tal solución se omite el interés de la víctima, entiende que debe exigirse una actitud reparadora del infractor para hacer frente al daño causado a la víctima del delito, y considera que sin dicha reparación no puede lograrse un proceso sincero de resocialización del condenado. Por contra, SOLAR CALVO considera que dicha doctrina jurisprudencial debe aplicarse igualmente a la exigencia del pago de la responsabilidad civil para acceso al tercer grado y para la obtención de permisos penitenciarios de salida[18]. En una posición intermedia se encuentra ARRIBAS LÓPEZ, quien si bien estima adecuado el límite fijado por la doctrina jurisprudencial respecto a la concesión de la libertad condicional, por otro lado, respecto al tercer grado y los permisos penitenciarios, defiende que en tales supuestos el penado ya dispone de lo mínimo vital necesario; sin que deba regir el límite del artículo 607 Ley de Enjuiciamiento Civil, con el fin de que se asuma efectivamente la propia

[18] ARRIBAS LÓPEZ, E., Diario La Ley, 9378, de 15 de marzo 2019, p. 5.

responsabilidad aunque sea con cantidades simbólicas, exceptuándose el caso en que el interno tenga responsabilidades familiares acreditadas[19].

III. PRELACIÓN DE PAGOS.

El artículo 126 del Código Penal regula el orden de satisfacción preferente de los pagos efectuados por el penado o el responsable civil subsidiario en aquellos supuestos en que existe una insolvencia parcial y sus recursos resultan insuficientes. Dicho precepto establece en primer lugar la preferencia en la imputación del pago efectuado a la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios, justificada en la efectividad del resarcimiento de la víctima. En segundo lugar, el pago realizado debe destinarse a la indemnización del Estado por los gastos efectuados por su cuenta en la causa. Satisfechas dichas obligaciones, el pago irá destinado en tercer lugar a la satisfacción de las costas del acusador particular o privado, siempre que se hayan impuesto en la sentencia. En cuarto lugar serán resarcidas las restantes costas procesales, incluidas las de la defensa, sin preferencia entre los interesados. En último lugar, el pago irá destinado a la satisfacción de la multa.

Por otro lado, en el apartado segundo del artículo 126 establece una excepción en relación a los delitos que únicamente sean perseguibles a instancia de parte, supuesto en el que las costas del acusador privado deberán ser satisfechas con preferencia a la indemnización del Estado, gozando de la misma preferencia el pago de las costas procesales causadas a la víctima en los supuestos indicados en el artículo 14 de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito.

El penado carece de facultad de decisión sobre la imputación del pago realizado. Aunque llegó a plantearse la constitucionalidad del sistema de prelación de pagos regulado por el legislador penal, por alegarse que al imputarse el pago en último lugar a la multa podía obligar al penado a su ingreso en prisión al aplicarse la responsabilidad personal subsidiaria, y señalarse que ello conllevaría la proscrita prisión por deudas; el Tribunal Constitucional ha declarado la plena validez y constitucionalidad del sistema penal de prelación de pagos, ya en relación al precedente artículo 111 del Código Penal de 1973, en sus Sentencias del Tribunal Constitucional 54/1986[20] y 230/1991. En esta

[19] ARRIBAS LÓPEZ, E., Diario La Ley, 9378, de 15 de marzo 2019, p. 6.

[20] En la que señaló "*se limita a establecer un orden de prelación entre las distintas responsabilidades pecuniarias que pesan sobre el responsable de un delito o falta y que no es disponible ni para el obligado al pago ni para quienes han de recibirlo. El entendimiento común, aunque no sea el único posible a partir del tenor literal de los correspondientes preceptos, de que el condenado a una pena pecuniaria*

última sentencia indicó que "*sólo puede hablarse con propiedad de prisión por deudas cuando la insolvencia tiene su base en el incumplimiento de una obligación contractual. Por último, tan sólo por vía de hipótesis podría hablarse de prisión por deudas si el impago de la condena civil derivada del delito originara, ante la insolvencia del reo, que éste debiera ingresar en prisión. La eventual pérdida de libertad del condenado, si ésta ha de negar a producirse, es consecuencia, no de su incapacidad económica para hacer frente a las responsabilidades civiles y otros gastos derivados del hecho por el que ha sido condenado, sino de su insolvencia y consiguiente imposibilidad de hacer frente al pago de la multa a la que ha sido condenado"*. De este modo la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria es una consecuencia, en su caso, de la insolvencia penal del condenado, resuelta en el Derecho penal con la sustitución de la pena, sin que ello constituya una agravación de la misma, se aplica una pena distinta pero de la misma naturaleza.

Finalmente, cabe destacar la controversia suscitada respecto a los efectos de la prelación de pagos prevista en el artículo 126 Código Penal en relación con la prescripción de la pena de multa. Así, el artículo 134 Código Penal no incluye el orden de imputación de pagos entre las causas de suspensión del cómputo del plazo de la prescripción, por lo que debe entenderse que la existencia de pagos para satisfacer la responsabilidad civil o restantes obligaciones preferentes a la multa, no producen un efecto interruptivo de la prescripción de la pena de multa, posibilidad que ya fue rechazada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 15 de diciembre de 2010, Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010. No obstante, como indica IGNACIO NAVAS, existen quienes defienden que son situaciones semejantes al cumplimiento de la pena, en las que no discurre el tiempo de prescripción, el tiempo que transcurre a raíz de una petición de pago aplazado por el condenado, o la necesidad de sucesivos embargos durante un período prolongado; y consideran que en tales supuestos las cantidades satisfechas se engloban en una única deuda, practicándose embargos para conseguir los importes precisos para el abono de todas las responsabilidades pecuniarias pendientes, sean civiles, costas o multa[21]. Sobre esta cuestión, JUAN DELGADO señala que "*a diferencia de la previsión del art. 75 CP en el art. 134 CP, el orden de imputación de*

puede optar libremente entre el pago de ésta o el cumplimiento del arresto sustitutorio, no puede extenderse hasta el extremo de considerar que es también asunto de libre opción el de destinar los recursos de que se dispone a asegurar la propia libertad en lugar de ponerlos a disposición de quien, en su persona o sus bienes, ha sufrido las consecuencias dañosas del delito o falta".

[21] NAVAS HIDALGO, I., Cuadernos digitales de Formación, 21, 2018, p. 16.

pagos no aparece entre las causas de suspensión del cómputo del plazo de prescripción. En este sentido, si no está previsto por el legislador, máxime cuando ha tenido la oportunidad para ello con la reforma operada por la LO 1/2015, de conformidad con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en materia de prescripción de la pena, no puede primar una interpretación extensiva in mala partem con la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 75 CP"[22].

IV. CONCLUSIONES.

La transformación de la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad ha supuesto un avance en el logro de la finalidad resocializadora que persigue la condena. La reforma derivada de la LO 1/2015 ha flexibilizado los requisitos para su concesión, evitando su prohibición automática cuando el penado carece de antecedentes penales, y ha supuesto un acertado avance. Carecía de justificación la denegación de la suspensión sin tomar en consideración la naturaleza de tales antecedentes y las concretas circunstancias de comisión del delito, y, por ello, resulta muy positiva la exigencia de que los antecedentes deban revelar la peligrosidad y probabilidad de comisión de delitos futuros para que el condenado no pueda obtener la suspensión de la ejecución de la pena. No obstante, y con el fin de lograr la reinserción del delincuente primario, la reforma podría haber resultado más ambiciosa, reduciendo ciertos márgenes discrecionales del juez o tribunal y fijando supuestos de aplicación automática de la suspensión de la pena de prisión, al concurrir circunstancias concretas, y en consideración a la naturaleza del delito cometido y a la inexistencia de antecedentes penales.

Por otro lado, respecto a la finalidad retributiva de la pena, habría resultado conveniente que la suspensión conllevase la automática sustitución de la pena de prisión mediante localización permanente o trabajos en beneficios de la comunidad, entendiendo que con ello se reforzaría la función reeducadora, favoreciendo la prevención especial y general de la pena.

Respecto al cumplimiento y satisfacción de la responsabilidad civil por parte del penado como requisito necesario para la concesión de la suspensión, resulta criticable la redacción efectuada por el legislador ya que en realidad dicha exigencia resulta condicionada a la capacidad económica del penado, y no constituye un requisito *sine*

[22] DELGADO MUÑOZ, J., Diario La Ley, 9445, de 27 de junio de 2019, VIII Cuestiones controvertidas, 2. Orden de imputación de pagos del art. 126 CP y la prescripción de la pena.

qua non en sentido estricto. No obstante, considero acertado el criterio legislativo por el que se apela al compromiso de satisfacción al menos parcial, atendiendo a los ingresos económicos y patrimonio del condenado. En este sentido coincido con el criterio expuesto por ARRIBAS LÓPEZ respecto a la necesidad de que para acceder al tercer grado y a los permisos penitenciarios se establezca un grado de exigencia y cumplimiento superior de la obligación de satisfacer la responsabilidad civil, frente al límite del artículo 607 Ley Enjuiciamiento Civil fijado por nuestro Tribunal Supremo para otorgar la libertad condicional. En tales supuestos dicho obligado ya tiene cubiertas sus necesidades básicas de alimentos y habitación, por lo que exigirle el pago aun cuando sus ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional cumple no solo la necesidad de resarcir en lo posible a los perjudicados por el delito, sino que desarrolla una importante labor reeducadora y de asunción de todas las consecuencias derivadas de los hechos delictivos cometidos.

Junto a lo anterior, será importante dar la relevancia que corresponde a la investigación patrimonial, resultando trascendente el papel activo de jueces y tribunales, e incluso por parte del Ministerio Fiscal instando periódicamente la consulta y averiguación de la capacidad económica y el patrimonio del condenado; con el fin de que se resarzan los perjuicios materiales y morales ocasionados, y de que se reparen los daños.

Finalmente discrepo con la reforma introducida respecto a la resolución en sentencia de la decisión sobre la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, que entiendo debió restringirse para los supuestos en que exista conformidad, y dejarse para un momento posterior, previa audiencia de las partes, y previa plena acreditación de la totalidad de las circunstancias que deben ser valoradas para adoptar tal resolución. Coincido en este sentido con lo señalado por MARÍA TRAPERO en que obligar al acusado a facilitar tal información antes del dictado de la sentencia puede predisponer negativamente al juzgador, generar prejuicios, y resulta contrario al principio de presunción de inocencia, por lo que la agilización de la resolución sobre la suspensión debió arbitrarse mediante una modificación del procedimiento penal y la expresa previsión de su resolución de forma inmediata tras el dictado de la sentencia y la firmeza de la misma.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley orgánica 1/2015, Tirant lo Blanch, 2017.

ARRIBAS LÓPEZ, E., Diario LA LEY, n.º 9378, de 15 de marzo 2019.

CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.) Comentarios CP. PG, 2011.

CORELLA MIGUEL, J. J., Alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración. Especial referencia a la suspensión y sustitución de la pena, Tesis en acceso abierto en RODERIC, Universidad de Valencia, 2017.

DELGADO MUÑOZ, J., La prescripción de la pena. Situación tras la LO 1/2015 y sus vicisitudes en cuanto al cómputo del plazo respecto de las penas concretas, Diario La Ley, 9445, de 27 de junio de 2019, VIII Cuestiones controvertidas, 2. Orden de imputación de pagos del art. 126 CP y la prescripción de la pena.

GALLEGO SÁNCHEZ, G., El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho, 3, 1 de diciembre de 2009.

MAPELLI CAFFARENA, B. Las consecuencias jurídicas del delito, Civitas, Navarra, 2011

NAVAS HIDALGO, I., Cuestiones prácticas derivadas de la aplicación del artículo 53 del Código Penal. Multa y responsabilidad personal subsidiaria, Cuadernos digitales de Formación, 21, 2018.

OLMEDO PALACIOS, M./DE LA FUENTE HONRUBIA, F., Ejecución de las penas. Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Libertad condicional, 2017.

SOLAR CALVO, P., La exigencia de la RC en el medio penitenciario. La necesaria aplicación de la STS 59/2018, de 2 de febrero, de unificación de la doctrina, Diario La Ley, 9347, 29 de enero de 2019.

TRAPERO BARREALES, M. A., El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, Dykinson, 2017.

* * * * * *

Luis Pérez Losa

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, España. Máster en Derecho Privado e Internacional. Doctorando en Derecho civil. Socio de la FICP.

~Prescripción de la acción civil derivada del delito~

Resumen.- El presente trabajo de investigación parte del análisis de la acción para exigir la responsabilidad civil derivada de delito y, tras estudiar los efectos que produce la sentencia penal condenatoria que se pronuncia sobre la responsabilidad civil y detallar los diversos plazos previstos para la prescripción de la acción civil *ex delicto* y su cómputo, incide en las diversas causas de interrupción de la prescripción; y todo ello, con la finalidad de reseñar la situación actual y proponer mejoras en el régimen vigente de la prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil derivada de delito.

Sumario.- I. Introducción. II. La prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil derivada de delito. 1. Consideraciones generales. 2. Los plazos de la prescripción de la acción civil derivada de delito. a) Habiendo recaído sentencia condenatoria firme en proceso penal. b) Resto de supuestos. c) Cómputo del plazo de prescripción. 3. Interrupción de la prescripción de la acción civil derivada de delito. III. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La acción para exigir la responsabilidad civil derivada de delito puede ser ejercitada junto con la acción penal, ser reservada para su ejercicio ante la jurisdicción civil, e, incluso, puede ser renunciada. En cualquier caso, como acción que es, está sujeta a plazo de prescripción al no existir norma que la exceptué de ello.

Precisamente, la vinculación de la acción civil con el delito de la cual, inicialmente, parece derivar, supone que el plazo prescriptivo pueda variar en atención a la finalización del proceso penal, tanto si se ha decidido reservarla como si no. Además, una vez ejercitada con éxito en el proceso penal, la firmeza de la sentencia que recoja la condena en concepto de responsabilidad civil supondrá que no pueda prescribir la reparación del daño así decidida.

El inicio del cómputo de la prescripción dependerá del tipo de daño causado por el hecho delictivo, siendo que es susceptible de ser interrumpida y, particularmente, por la existencia de un proceso penal en curso, cuya conclusión por resolución firme notificada al perjudicado supondrá el reinició del cómputo del plazo de prescripción.

Todas estas circunstancias son analizadas a continuación.

II. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO

Antes de entrar en el estudio de la prescripción, su procedencia, sus plazos y su cómputo, es preciso realizar unas consideraciones generales.

1. Consideraciones generales

La responsabilidad civil derivada del delito, también conocida como responsabilidad civil *ex delicto*, supone la reparación del daño causado por el delito. Ahora bien, la comisión de un delito, como destaca la STS 228/2013, Sala Penal, de 22 de marzo de 2013, "no presupone, sin más, la existencia de responsabilidad civil, dado que esta nace de la producción de un daño y este daño unos delitos pueden producirlo y otros nos. No es cierto, por tanto, que toda responsabilidad criminal conlleve necesariamente la civil. Las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquellas en las que el hecho además del daño criminal a ellas inherente, producen un daño civil, es decir cuando el hecho, además de ser constitutivo de delito por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente; por lo cual los delitos formales o de peligro, no son susceptibles de generar responsabilidad civil".

La regulación de esta figura, en el ámbito que interesa para este trabajo, se halla en los artículos 1089 y 1092 del Código Civil, en los artículos 109 a 122 del Código Penal, y en los artículos 100 y 106 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta pluralidad normativa ha llevado a nuestro Alto Tribunal a declarar que "las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código Penal pueden integrarse con lo que el Derecho Civil dedica a las distintas formas de responsabilidad civil, las cuales tendrán así carácter supletorio respecto de los artículos 109 y siguientes Código Penal, supletoriedad que no se refiere única y exclusivamente a las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, sino a todas las disposiciones civiles reguladoras de las distintas modalidades de responsabilidad, y por supuesto, a la responsabilidad contractual" (STS 310/2020, Sala Penal, de 15 de junio de 2020).

Para reclamar la responsabilidad civil derivada del delito, es necesario ejercitar la pertinente acción civil. Tal acción no constituye un objeto del proceso penal necesario, sino posible puesto que, como dice la STS 163/2019, Sala Penal, de 26 de marzo de 2019, "la acción civil es contingente tanto en un sentido sustancial como procesal. Sustancialmente porque no todos los ilícitos penales producen un perjuicio evaluable económicamente a persona o personas determinadas[1]. Procesalmente, porque el

[1] DEL MORAL GARCÍA, A. Responsabilidad Civil en el Proceso Penal: Disfunciones, Paradojas, Ventajas, Responsabilidad Civil y Seguro, 2018, p. 301.

ejercicio de la acción civil en el proceso penal puede resultar exceptuado bien por la renuncia de su titular, bien por la reserva de las acciones correspondientes para ejercitarlas ante la jurisdicción civil".

Tratándose de acción civil, se extingue por la prescripción[2], por lo que, transcurrido el plazo previsto para su ejercicio, si no se ha verificado, se pierde la oportunidad de reclamar el daño causado por el delito. Esta consecuencia tan gravosa para el perjudicado hace que sea necesario distinguir los supuestos en los que todavía no se ha ejercitado la acción civil, de aquellos en los que ya se ha ejercitado. Y, aún más, en estos últimos casos hay que diferenciar entre aquellos en que ha recaído sentencia condenatoria en el proceso penal, de los supuestos en que no ha habido tal pronunciamiento.

2. Los plazos de la prescripción de la acción civil derivada de delito

Para poder considerar prescrita la acción es necesario conocer el *dies a quo* y el *dies ad quem*.

Por lo que hace al día de inicio del cómputo prescriptivo de la acción civil, hay que recordar que un acto ilícito puede ser delito y, al mismo tiempo, fuente de obligaciones civiles. Nuestro procedimiento penal permite que el perjudicado pueda ejercitar conjuntamente la acción penal y la civil, reservarse esta última para ejercitarla en el correspondiente procedimiento civil, o, incluso, renunciar a la acción civil. Por ello, el nacimiento de la acción civil no depende del ejercicio de la acción penal, sino que la obligación de reparar o indemnizar el daño causado nace con la producción del daño o perjuicio, iniciándose el cómputo de la prescripción cuando se puede ejercitar la acción (art. 1969 CC[3]).

Respecto al último día para el ejercicio de la acción civil coincide con el previo al transcurso del plazo de prescripción.

A la vista de lo expuesto, se entiende la importancia de saber cuáles son los plazos de prescripción de la acción civil *ex delicto*.

a) Habiendo recaído sentencia condenatoria firme en proceso penal

[2] Artículo 1930 CC: "*Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales.*

También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean".

[3] Artículo 1969 CC: "*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*".

En este caso, la acción civil ya ha sido ejercitada y hay un pronunciamiento condenatorio que debe ser ejecutado. Como dice el ATSJCat 38/2018, Sala Civil y Penal, de 19 de marzo de 2018, "existe una diferencia esencial entre el proceso de ejecución forzosa de la responsabilidad civil *ex delicto* según se acometa ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción penal, ya que en el caso de aquella, una vez dictada la sentencia condenatoria, el acreedor deberá presentar la correspondiente demanda para instarla (art. 549 LEC) en el plazo de cinco años, pues en otro caso "caducará" su acción ejecutiva (art. 518 LEC), mientras que en el proceso penal la ejecución de la responsabilidad civil *ex delicto* declarada en la sentencia penal, será promovida en todo caso de oficio desde el momento en que se declare su firmeza (art. 984.3 LECrim)".

Pero es más, "tanto en la jurisdicción civil como en la penal, una vez iniciada la ejecución forzosa "*la falta de impulso del procedimiento por las partes o interesados no originará la caducidad*" (art. 236 LEC) y las actuaciones "*se podrán proseguir hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado*" sin que le afecte la paralización del procedimiento (art. 239.2 LEC).

De hecho, el legislador ha previsto exclusivamente una sola causa de finalización de la ejecución forzosa, al disponer que "*solo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante*" (art. 570 LEC)".

Así y a diferencia de lo que sucede con la acción personal para reclamar la responsabilidad civil *ex delicto*, cuando dicha responsabilidad ha sido ya declarada en una sentencia firme y de lo que se trata es de su completa ejecución, se produce un cambio en la naturaleza del título de la obligación que motiva que no sea ya susceptible ni de prescripción ni de caducidad.

Sin desconocer que la prescripción se fundamenta en la seguridad jurídica, y que este principio puede verse perjudicado por un procedimiento judicial que no se archiva porque la responsabilidad civil no ha sido satisfecha, la jurisprudencia reitera que la prescripción debe interpretarse restrictivamente[4] y favorable a su no apreciación cuando la intención de abandono no es clara, permitiendo al titular del derecho el ejercicio efectivo. Además, como establece el art. 118 CE, "*es obligado cumplir las sentencias*", que, de acuerdo con el art. 18.1 y 2 LOPJ, "*solo podrán dejarse sin efecto en virtud de*

[4] Así, STS 528/2013, Sala Penal, de 4 de septiembre de 2013.

los recursos previstos en las leyes" y "*se ejecutarán en sus propios términos*". Finalmente, la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) reclama que lo decidido por sentencia se cumpla, especialmente cuando se trata de víctimas de delitos[5].

En consideración al art. 984.3 LECrim que dispone que "*para la ejecución de la sentencia, en cuanto se refiere a la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios, se aplicarán las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien será en todo caso promovida de oficio por el Juez que la dictó*", hay que entender que se ha excluido la prescripción de las causas de extinción de la ejecución forzosa de títulos judiciales. Esto es así porque "no concurren en dicho procedimiento los presupuestos justificantes de aquella, el abandono del derecho por el acreedor ejecutante y la seguridad jurídica, ajena al sentido estricto de Justicia, que exige una solución definitiva a los supuestos de incerteza, por ser incompatibles con la obligación del tribunal de impulsarlo de oficio y con la seguridad jurídica, esta sí perfectamente compatible con la idea de Justicia, que exige el cumplimiento efectivo de las resoluciones judiciales en sus propios términos" [6].

En este sentido, el 9 de enero de 2018 la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid, para unificar criterios adoptó el acuerdo de que la responsabilidad civil declarada en una sentencia penal, no se extingue por el transcurso del tiempo.

Por todo lo razonado, habiendo recaído sentencia condenatoria firme en proceso penal que condena a responsabilidad civil, esta no puede prescribir en la ejecutoria penal, al no existir acción personal que ejercitar ya, sino ser una ejecución de condena, y sin que en ese procedimiento proceda la caducidad.

b) Resto de supuestos

Como destaca la SAP Madrid 138/2020, Sección 20, de 11 de mayo de 2020, si no hay previa sentencia que, en el orden penal, declare la existencia del hecho delictivo, no cabe el ejercicio posterior de la acción civil *ex delicto*, sino que, en tal caso, estaremos

[5] Véase MAGRO SERVET, V. Revista de Jurisprudencia. Lefebvre-El Derecho, 2, 2019.

[6] En el mismo sentido se pronuncian el AAN, Sección 1, de 30 de enero de 2020, AAP Madrid 3/2019, Sección 27, de 10 de enero de 2019, AAP Lleida 212/2019, Sección 1, de 10 de abril de 2019, o el AAP Barcelona 462/2018, Sección 8, de 11 de octubre de 2018, así como la SAP Madrid 43/2019, Sección 6, de 24 de enero de 2019.

ante una acción de responsabilidad civil pura[7].

Por ello, no cabe hablar de prescripción de la acción civil derivada del delito en casos de absolución, sobreseimiento o archivo, sino que habrá que valorar la prescripción de la acción civil en sí misma considerada[8].

Hay que diferenciar entre si ha recaído sentencia en el proceso penal (absolutoria o condenatoria con reserva de acciones civiles), o si ha finalizado mediante auto (fallecimiento del investigado o encausado, concesión de indulto, prescripción del delito, demencia sobrevenida[9] y rebeldía del presunto responsable del hecho delictivo, o sobreseimiento por otras causas).

Ejercitada la acción civil junto con la penal, puede acontecer que la sentencia resulte absolutoria, en cuyo caso estaremos ante responsabilidad civil pura respecto de la cual el art. 1093 CC remite a los arts. 1902 y siguientes CC, siendo que la acción prescribirá al cabo de un año de la notificación de la sentencia (STS 199/2014, Sala Civil, de 2 de abril de 2014). Esto será así salvo que la sentencia absolutoria devenga firme y haya declarado que no existió el hecho de que la acción civil hubiese podido nacer, en este caso se extinguirá la acción civil (art. 116.1º LECrim). Para el resto de supuestos, "*la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido*" (art. 116.2º CP).

En los casos de reserva de la acción civil para su ejercicio después de terminado el proceso penal (arts. 112 LECrim y 119 CP), recaída sentencia condenatoria, "cuando la acción ejercitada tiene su origen en un delito declarado por la jurisdicción penal, no es aplicable la prescripción corta del art. 1968.2 CC, que solo se refiere a los supuestos de culpa extracontractual civil, sino que la acción *ex delicto* del art. 1902 CC está sometida al plazo de prescripción general de prescripción de acciones personales establecido en el

[7] YZQUIERDO TOLSADA, M. Responsabilidad civil extracontractual. Dykinson, 5ª ed., 2019, p. 574, dice que es difícil encontrar algún civilista que no considere que "*las llamadas responsabilidad civil pura y responsabilidad civil derivada del delito son exactamente la misma cosa*".

[8] En este sentido, SSTS de la Sala Civil 148/2015, de 27 de marzo de 2015, 537/2013, de 14 de enero de 2014, o 10/2009, de 23 de enero de 2009.

[9] Prevista en el art. 383 LECrim, respecto de la cual, la STS 148/2015, Sala Civil, de 27 de marzo de 2015, después de declarar que para aplicar la acción *ex delicto* se requiere la existencia de condena, al resultar precisa declaración penal al efecto por lo que no puede surgir la acción civil derivada, en relación a la ausencia de ilicitud penal de los hechos denunciados, recuerda que el demandado no fue condenado en la causa penal, ya que esta se archivó por demencia sobrevenida del acusado, por lo que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil se basa en el art. 1968.2 en relación con el art. 1902 CC.

art. 1964.2 CC[10]". Es decir, cinco años desde la vigencia de la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que redujo notablemente el anterior plazo de quince años.

Si la resolución que ha puesto fin al proceso penal ha sido un auto, según lo expuesto podría sostenerse que, al no existir condena penal, el plazo prescriptivo es el de un año del art. 1968.2 CC a contar desde la firmeza del auto que pusiera fin al proceso penal.

Así, en el caso de fallecimiento del investigado o encausado, la eventual responsabilidad civil derivada de su conducta se somete a la disciplina de los artículos 1902 y 1968.2º CC[11], pese a que su carácter delictivo puede aparecer como flagrante (caso del maltratador que, tras matar a su pareja, se suicida, transmitiéndolo todo por redes sociales).

Para el caso de prescripción del delito, como dice el ATS, Sala Civil, de 3 de octubre de 2018, "esta Sala no ha admitido la posibilidad de ejercitar la acción civil *ex delicto* en aquellos supuestos en los que se ha dictado una sentencia penal absolutoria por prescripción, ante la ausencia de ilicitud penal de los hechos denunciados -sentencias n.º 1075/2003, de 18 de noviembre, n.º 34/2004, de 31 de enero, y n.º 10/2009, de 23 de enero-"[12]. Y, para los supuestos en que se aprecia la prescripción del delito sin declarar la absolución, dice la STS 414/2015, Sala Penal, de 6 de julio de 2015, que "no se declara la existencia de responsabilidad penal y decae la acción de responsabilidad civil *ex delicto*, quedando subsistente, en su caso, la acción de responsabilidad civil contractual o extracontractual. Como el fundamento de este último es o bien el incumplimiento de un contrato o bien la comisión de un hecho ilícito desde

[10] STS 287/2019, Sala Civil, de 23 de mayo de 2019. El artículo 1964.2 CC *ab initio* dice que "*las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación*".

[11] STS 144/1981, Sala Civil, de 31 de marzo de 1981.

[12] Al respecto, la STS de la Sala Civil 148/2015, de 27 de marzo de 2015, recuerda que "es cierto que existe jurisprudencia de esta Sala tendente a equiparar el plazo de prescripción de la acción civil - sea directa o subsidiaria- con el del delito -*vid* STS 749/2017, de 21-11- pero con independencia de las críticas doctrinales a tal asimilación por carecer de una base legal sólida, a diferencia de otros ordenamientos que contienen previsiones en este sentido (art. 10.1 del Código Procesal Penal francés, art. 493.3 Código Civil portugués, o art. 2947.3 Código Civil italiano) y de que no debe haber inconveniente en que esté prescrito el delito y perviva la acción civil (sucedía con frecuencia en materia de faltas y ahora puede pasar en ocasiones con los delitos leves) o la situación contraria, es decir que la acción civil haya prescrito y la perseguibilidad del delito esté viva (*v.gr*. por tratarse de una acción de plazo prescriptivo más breve, como sucede con el delito de defraudación tributaria: cuatro años y cinco años); de que la forma de interrupción de una y otra acción (civil y penal) no coinciden: habrá actos que interrumpan la prescripción de la acción civil y no la del delito; y de que, como ha destacado un prestigioso monografista de esta materia, eso llevaría a la peregrina idea de que cuando más grave sea el delito más largo es el plazo de prescripción de la acción civil, lo cierto es que, aun admitiendo que el plazo de prescripción de la acción civil "ex delicto" se encuentra vinculado al del delito, no puede identificarse".

el punto de vista civil, su ejercicio y la apreciación de los presupuestos procede ante los órganos del orden jurisdiccional civil".

En los supuestos de indulto, dice la STS 665/2000, Sala Civil, de 4 de julio de 2000, tal figura "comporta el perdón del delito, mas no de sus consecuencias civiles, como también que, para la acción derivada del hecho delictivo, el plazo de prescripción es el de quince años establecido en el artículo 1964 del Código Civil para las personales que no tengan señalado uno especial, y no el de un año de la nacida de culpa extracontractual.

Además, la inexistencia de una sentencia condenatoria en el litigio penal, y el consiguiente sobreseimiento acordado por efecto del indulto, no presuponen una consecuencia absolutoria de la responsabilidad penal, sino que se trata de un efecto impuesto "ope legis" por la preceptiva aplicación del Decreto de 23 de septiembre de 1971, de manera que huelga especular sobre la falta de plasmación de aquella resolución".

Como puede verse, la jurisprudencia matiza el criterio general, según el cual si no hay condena no hay acción civil *ex delicto*[13], admitiendo excepciones en atención a las circunstancias concurrentes. Así, la STS 287/2019, Sala Civil, de 23 de mayo de 2019, dice que "el apartado segundo del artículo 1968 del Código Civil fija en un año el plazo de prescripción de las acciones para exigir la responsabilidad por las obligaciones derivadas del culpa o negligencia a que se refieren los artículos 1902 y siguientes, a cuya regulación remite a su vez el artículo 1093, al decir que las obligaciones civiles que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI del Libro IV del Código. Por tanto, el breve término prescriptivo anual es de aplicación tan solo a

[13] Lo que ha merecido múltiples críticas de la doctrina civilista, así YZQUIERDO. Responsabilidad, 2019, pp. 578-581. Este descontento se recoge también en PASTOR ALCOY, F. Tratado de la prescripción penal, 2019, p. 416.

No obstante, la STS 920/1989, Sala Civil, de 7 de diciembre de 1989, ya decía que cuando "el hecho originado de posible responsabilidad civil ha dado lugar a un proceso penal, que termina por sobreseimiento producido por causa de un hecho impeditivo de su continuidad, como es el fallecimiento -supuesto actual- indulto anticipado, u otro motivo legal, a la acción nacida «ex delicti», que es la ejercitada a medio de la demanda en cuestión no presentada por la meritada Procuradora, no le es aplicable el plazo de prescripción de un año establecido por el núm. 2.° del art. 1968 del Código Civil, y sí el de quince años que para la prescripción de las acciones personales que no tengan fijado plazo especial de prescripción señala el art. 1964 del referido Cuerpo legal sustantivo, al regir al respecto las normas de los arts. 19 y siguientes y 101 y siguientes del Código Penal, por remisión del art. 1092 del Código Civil, pues de no entenderlo así se llegaría al absurdo de hacer de peor condición al perjudicado por consecuencia de un hecho delictivo que no fue enjuiciado por impedirlo una causa legal, que aquel que genera responsabilidad civil por producirse el enjuiciamiento del hecho delictivo en el ámbito penal".

las acciones que tienden a la exigencia de las obligaciones nacidas de culpa extracontractual "no penadas por la ley", pero no a las que nazcan de hechos revestidos de tipicidad penal, esto es, a las acciones tendentes a reclamar las responsabilidades civiles nacidas de delitos o faltas, de ilícitos penales a las que se refiere el art. 1092 CC, por lo que no debe sin más aplicarse el art. 1968.2º a cualquier reclamación que no tenga su origen en una previa relación contractual".

De la sentencia transcrita se desprende que, para que se pueda hablar de acción civil *ex delicto*, basta con que nazca de hechos revestidos de tipicidad penal, sin que se requiera siempre y en todo caso una posterior condena penal que así lo declare.

Así, si el proceso penal ha concluido con auto de sobreseimiento libre, porque el hecho no es constitutivo de delito (art. 637.2º LECrim), o provisional, porque no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa (art. 641.1º LECrim), parece evidente que el plazo prescriptivo de la acción civil será el de un año. Pero, en el resto de supuestos de los arts. 637 y 641 LECrim, al no haber declaración penal de inexistencia de delito o de falta de prueba de su existencia, podría sostenerse que el plazo prescriptivo de la acción civil es el de cinco años, pues el proceso penal concluye sin que se niegue la existencia del delito o sin que se afirme su falta de prueba.

Por otro lado, aún en el caso que se aceptara que, no existiendo condena penal, no procede aplicar el art. 1964.2 CC, no por ello debería aplicarse siempre y en todo caso el plazo prescriptivo de un año del art. 1968.2 CC. En efecto, como dice la STS 75/1998, Sala Civil, de 9 de febrero de 1998, el plazo de un año está reservado para las pretensiones fundadas en responsabilidad extracontractual, pero, si el fundamento es contractual, hay que acudir al plazo previsto por la ley para cada caso en concreto (arts. 1961 y siguientes CC).

De lo argumentado se desprende que, para la jurisprudencia actual, es básico que exista sentencia condenatoria para poder aplicar el plazo prescriptivo del art. 1964.2 CC (cinco años) pues, en otro caso, considera aplicable el plazo del art. 1968.2º CC (un año). Si bien esta conclusión es asumible en supuestos de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, por hecho no delictivo, o provisional, por falta de pruebas de delito, esta solución es criticable cuando el hecho delictivo no es enjuiciado por impedirlo otras causas legales, pues se hace de peor condición al perjudicado por consecuencia de tal hecho delictivo, que aquel que genera responsabilidad civil por

producirse el enjuiciamiento del hecho delictivo en el ámbito penal. *De lege ferenda* debería subsanarse esta discriminación y preverse el plazo del art. 1964.2 CC para todo aquel supuesto en que no haya recaído resolución penal firme que declare la absolución o el sobreseimiento en los casos apuntados.

c) Cómputo del plazo de prescripción

Con carácter general, el art. 1969 CC establece que "*el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*", mientras que el art. 1968.2 CC dice que el cómputo se inicia, respecto de "*la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 CC, desde que lo supo el agraviado*".

La interpretación de ambos preceptos ha llevado a la jurisprudencia a declarar que el *dies a quo* o "el día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir], de manera que el plazo de prescripción no comienza a correr en contra de la parte que se propone ejercitar la acción mientras no disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar (es decir, hasta el efectivo conocimiento por el perjudicado del alcance o grado del daño sufrido)" [14].

Tratándose de la acción civil derivada del delito, el art. 114 LECrim impide la sustanciación simultánea de proceso penal con pleito civil en el que ejercitar la acción de esa naturaleza. Por ello, hay que esperar a la notificación de la firmeza de la resolución judicial que dé por concluido el proceso penal para entender que se inicia el cómputo prescriptivo de la acción civil[15].

Ahora bien, si entre la fecha del hecho punible y el inicio del proceso penal ha transcurrido el plazo de prescripción de acciones civiles sin que exista interrupción por reclamación extrajudicial del acreedor, debe entenderse extinguido el derecho al

[14] STS 199/2014, Sala Civil, de 2 de abril de 2014.

[15] STS 749/2017, Sala Penal, de 21 de noviembre de 2017. Así pues, no basta con que gane firmeza la resolución referida, sino que debe notificarse al perjudicado porque, solo así, se le permite conocer que el proceso penal ha finalizado y empieza a correr el plazo de prescripción para ejercitar la acción civil (STC 298/2000, de 11 de diciembre de 2000).

resarcimiento por prescripción[16].

Con todo, el inicio del cómputo del plazo de la prescripción se ve afectado en función a la naturaleza del daño o perjuicio. Así, tratándose de daños físicos duraderos, habrá que estar a la constancia médica definitiva del alcance de la lesión. Respecto a los daños que se manifiestan tiempo después de ocurrido el evento dañoso, el inicio se halla en el momento en que se manifiestan los daños y se tiene certeza de su alcance. Por lo que hace a los daños continuados y permanentes, la prescripción comienza a computar dese la producción del resultado definitivo. Finalmente, en relación con los daños que aparecen tras la decisión judicial que se pronunció respecto de la conducta que los causó, no se puede invocar la cosa juzgada (art. 222 LEC) si no pudieron ser considerados en la decisión judicial referida, y se inicia el cómputo cuando se manifiestan[17].

Hay que incidir, el conocimiento por el perjudicado de la fecha en que han finalizado las actuaciones penales constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional. Por ello, la notificación de la resolución penal firme que pone fin al proceso penal no es solo un trámite sino el requisito imprescindible para que se dé inicio al cómputo de la prescripción de la acción civil *ex delicto*.

Ese conocimiento se lo garantiza la Ley desde el momento en que el art. 270 LOPJ impone a los Tribunales el deber de notificar sus resoluciones no solo "*a todos los que sean parte en el pleito o, causa*" sino "*también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios*", condición que ha de conferirse al perjudicado a los efectos de poder iniciar las acciones civiles.

III. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE DELITO

De lo expuesto se desprende que, habitualmente, el *dies a quo* coincide con el día en que pudo ejercitarse la acción (art. 1969 CC). Por su lado, el *dies ad quem* marca el momento a partir del cual debe considerarse prescrita la acción. Por lo tanto, solo podrá hablarse de interrupción de la prescripción dentro del lapso temporal que media entre el inicio y la finalización del plazo prescriptivo.

[16] SAN 7/2019, Sección 2, de 29 de marzo de 2019.
[17] Lo desarrolla más ampliamente Yzquierdo. Responsabilidad, 2019, pp. 582-591.

Aun ejercitada dentro del proceso penal, la pretensión civil no pierde su naturaleza por lo que le es aplicable el art. 1973 CC cuando dice que "*la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor*".

Estas causas generales deben integrarse con la previsión del art. 114 LECrim que declara que "*promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal*".

Así, tanto si se ejercita la acción civil *ex delicto* junto con la acción penal, como si se reserva para ser ejercitada ante la jurisdicción civil, el cómputo de la prescripción quedará interrumpido hasta que se notifique la resolución firme que ponga fin al proceso penal. A partir de ese momento, se reiniciará el cómputo prescriptivo del correspondiente plazo.

Además, "el número y la entidad de las actuaciones que integran el proceso penal antecedente resulta irrelevante en orden a su eficacia interruptora -o, en su caso, impeditiva del comienzo- de la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad civil extracontractual". Por ello, aunque la denuncia penal termine archivada por estar prescrita la infracción penal[18], o aunque se sigan diligencias preliminares en la Fiscalía de Menores pese a tener el menor menos de 14 años (por lo que no prosperarán) [19], esas actuaciones interrumpen la prescripción de la acción civil, puesto que ni el art. 1973 CC exige el ejercicio efectivo de la acción, ni el art. 114 LECrim limita la imposibilidad de ejercitar la acción civil, mientras las actuaciones penales se han iniciado, a que estas finalicen más o menos pronto o con éxito.

Por otro lado, el art. 1973 CC dice que "*la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores*". Si estamos ante una pluralidad de agentes causantes del mismo daño, será ineludible declarar la solidaridad de la responsabilidad civil que deriva del delito.

[18] STS 185/2016, Sala Civil, de 18 de marzo de 2016.

[19] STS 721/2016, Sala Civil, de 5 de diciembre de 2016. Sobre el particular *vid.* SALAS CARCELLER, A. Interrupción de la prescripción de la acción civil cuando se inició indebidamente la vía penal por la jurisdicción de menores. Revista Aranzadi Doctrinal, Nº 2, 2017.

En este ámbito, tiene interés conocer si la interrupción de la prescripción respecto de un cocausante la interrumpe también respecto del resto. Así, de la STS 331/2020, Sala Civil, de 22 de junio de 2020, se concluye que si la reclamación efectuada a uno de los agentes causantes del daño llega a pleno conocimiento del resto, aun cuando no se les efectuara reclamación expresa por escrito, han de entenderse requeridos, por razones de conexidad.

La prescripción "se interrumpirá cuando se sigan diligencias penales en averiguación de los hechos, incluso si la causa se dirige contra personas indeterminadas o distintas de aquella contra la que a la postre se ejercite la acción civil, en tanto el efecto interruptivo tiene base en los hechos enjuiciados y no en el elemento personal, y tal paralización es predicable también en los supuestos de reserva explícita de la acción civil, y, en lo que ahora más interesa, respecto a responsables civiles directos o subsidiarios que no hayan tenido intervención con anterioridad en el proceso, que no podrán esgrimir la prescripción de la acción por cuanto se interrumpió el plazo prescriptivo por la tramitación de la causa. Especial interés sobre el particular tiene la STS 6/2015, de 13 de enero, y en el mismo sentido la STS 13/2014, de 21 de enero. Cabe añadir que la interrupción de la prescripción por ejercicio de las acciones penales aprovechará a todos los perjudicados, incluso aquellos que no se hubieren mostrado parte en la causa penal, salvo, claro está, renuncia expresa, pues la suspensión no atañe ni al resultado del proceso penal ni a las personas que ejercitaron la acción, y se refiere a todas las reclamaciones indemnizatorias que tengan base en el hecho supuestamente criminal" (SAN 7/2019, Sección 2, de 29 de marzo de 2019).

IV. CONCLUSIONES

La acción civil derivada del delito no pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercida, debatida y resuelta simultáneamente con la acción penal, por lo que se regirá por lo dispuesto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en todo lo que no se encuentre previsto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La responsabilidad civil *ex delicto* y la acción para exigirla se extinguen independientemente de lo que suceda con la responsabilidad penal y la acción correspondiente (salvo en el caso del art. 116.1 LECrim), y en virtud de causas propias.

La prescripción se contempla como causa de extinción de la acción civil *ex delicto* pero no respecto de un pronunciamiento judicial firme, por ello, una vez ejercitada con

éxito en el proceso penal, la firmeza de la sentencia que recoja la condena en concepto de responsabilidad civil supondrá que no pueda prescribir la reparación del daño así decidida.

En el resto de supuestos, para la jurisprudencia actual, es básico que exista sentencia condenatoria para poder aplicar el plazo prescriptivo del art. 1964.2 CC (cinco años) pues, en otro caso, considera aplicable el plazo del art. 1968.2º CC (un año). Si bien esta conclusión es asumible en supuestos de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, por hecho no delictivo, o provisional, por falta de pruebas de delito, esta solución es criticable cuando el hecho delictivo no es enjuiciado por impedirlo otras causas legales, pues se hace de peor condición al perjudicado por consecuencia de tal hecho delictivo, que aquel que genera responsabilidad civil por producirse el enjuiciamiento del hecho delictivo en el ámbito penal.

De lege ferenda debería subsanarse esta discriminación y preverse el plazo del art. 1964.2 CC (cinco años) para todo aquel supuesto en que no haya recaído resolución penal firme que declare la absolución o el sobreseimiento en los casos apuntados.

La interrupción de la prescripción de la acción civil *ex delicto* se produce por las causas previstas en el art. 1973 CC y, particularmente, por la presentación de denuncia penal con independencia del éxito de la misma.

El plazo de la prescripción se reiniciará una vez se notifique al perjudicado la resolución firme que ponga fin al proceso penal, pues solo entonces el perjudicado será consciente de que ha desaparecido el impedimento legal para plantear su reclamación en la vía civil.

BIBLIOGRAFÍA

DEL MORAL GARCÍA, A. Responsabilidad Civil en el Proceso Penal: Disfunciones, Paradojas, Ventajas, Responsabilidad Civil y Seguro, Madrid 2018.

MAGRO SERVET, V. La inexistencia de la prescripción de la responsabilidad civil en la ejecutoria penal. Revista de Jurisprudencia. Lefebvre-El Derecho, N.º 2, Julio 2019.

PASTOR ALCOY, F. Tratado de la prescripción penal. Atelier, 2019.

SALAS CARCELLER, A. Interrupción de la prescripción de la acción civil cuando se inició indebidamente la vía penal por la jurisdicción de menores. Revista Aranzadi Doctrinal, N.º 2, 2017.

YZQUIERDO TOLSADA, M. Responsabilidad civil extracontractual. Dykinson, 5ª ed., 2019.

* * * * * *

Patricia Medina Pérez
Letrada de la Administración de Justicia adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
Socia de la FICP.

~Modelos de prevención victimal primaria en el acoso escolar~

I. INTRODUCCIÓN.

El aumento del índice delictivo y de la violencia es preocupante en la sociedad actual.

Nuestro Derecho Penal se inspira en el principio de intervención mínima, la reeducación y rehabilitación social, por encima del castigo visto como venganza, sin finalidad reeducativa y reinsertiva. Por ello, en mi opinión una de las áreas más importantes es la prevención del delito. Se debe por tanto dedicar los recursos suficientes al área preventiva, pues sólo mejorando la convivencia, la educación y el respeto disminuirá la tasa delictiva.

En nuestro Derecho Penal, podemos distinguir a nivel teórico tres grandes enfoques:

– El retributivista, que considera que el castigo es la respuesta adecuada a un crimen y por tanto es un fin en sí mismo.

– El consecuencialista que justifica el castigo por los beneficios que puede producir.

– La justicia restaurativa como el enfoque más reciente que potencia la necesidad de considerar las necesidades de reparación de las víctimas de modo que el sistema de justicia debería estar orientado a conseguir que los culpables reconocieran el daño causado y pidieran perdón a las víctimas como modo de conseguir su reintegración

Como se desprende de esta doctrina teórica es que hasta ahora nos centramos en el delincuente, pero no en la víctima[1]. Por ello, entiendo que es primordial en nuestro Derecho trabajar en el área preventiva. Creo firmemente en la idea de que una buena política de prevención de delito, disminuirá de manera contundente.

Por esta razón, quisiera centrar esta comunicación en los posibles modelos de prevención victimal, en concreto en la prevención victimal primaria y terciaria por ser

[1] HIKAL-CARREÓN, W. S. El presente y futuro de la victimología: ciencia, filosofía y prevención. Derecho y Cambio Social, 8(24), 2011, pp. 12.

un tema que hasta ahora los penalistas no tenemos muy en cuenta, y deberíamos estudiar, analizar y proponer más modelos.

II. CONCEPTO DE ACOSO ESCOLAR

El acoso escolar, o bullying, puede ser realizado también a través de las redes sociales, conocido como ciberbullying. El bullying puede ser verbal o físico, y se caracteriza por la crueldad, intimidación, bromas, amenazas y frases excluyentes por su condición sexual, etnia, discapacidad o cualquier otra cualidad. Este acoso es realizado entre iguales, de alumno entre alumno.

Debido al aumento de este tipo de violencia, numerosos sectores profesionales y gubernamentales dedican sus recursos al estudio de este fenómeno delictivo. Estos estudios a nivel internacional muestran que alumnos que presentan algún tipo de discapacidad tienen mayor probabilidad de sufrir acoso escolar. No obstante ello, en nuestro país, hay pocos estudios específicos sobre este tipo de colectivo. Por ello he querido destacar un estudio específico que se centra en estos alumnos de centros especiales. Dicho estudio que data de 2012 fue elaborado con la intervención de diez docentes, y se trabajó sobre una muestra de 55 escolares mediante método de entrevistas- cuestionarios elaborados ad hoc:[2]

Como dicen ARTINOPOULOU PH. y MICHAEL IRO: *"Decimos que un niño o adolescente sufre bullying o es atacado cuando otro niño o adolescente, o un grupo de niños o adolescentes, le dicen cosas hostiles y desagradables. También es bullying cuando un niño o adolescente es pegado, pateado, amenazado, encerrado, recibe mensajes desagradables, nadie le habla y otras situaciones similares. Estas cosas pueden pasar con frecuencia y es difícil para el niño o adolescente acosado poder defenderse. También es bullying cuando un niño o adolescente es provocado repetidas veces de forma desagradable. Pero no lo es cuando dos niños o adolescentes de aproximadamente la misma fuerza tienen una pelea o riña ocasional"*[3].

Como ejemplo actual podemos ver un video Se trata de un video terrible en el que niño de 9 años que padece acondroplastia conocido comúnmente como "enanismo" que quiere suicidarse porque sufre bullying en su centro escolar. En el video se graba a la

[2] FALLA, D/. CÍVICO, F. J. A.,/ ELVIRA, J. A. M.,/ RUIZ, R. O. La violencia entre estudiantes según el profesorado en los Centros de Educación Especial de Córdoba". Aula abierta, 40(1), 2012, pp. 3-14.

[3] ARTINOPOULOU, PH./ MICHAEL IRO. Documento programático de la estrategia EAN (European Antibullying Network) (2014).

salida del colegio y se escucha como llorando le pide a su madre una soga y le dice que quiere matar. La madre desesperada graba el video para dar a conocer su situación y denunciar delante de todo el mundo los efectos que producen en los niños cuando sufren acoso escolar[4].

Y aunque en la actualidad está en auge el acoso, escolar, ya existía este tipo de violencia desde tiempo atrás y era tratado con especial atención y relevancia. Dan Olweus (1998) ya recomendó programas de prevención para este tipo de violencia, y así manifiesta que muchas veces los objetivos de un programa se realizan en negativo, pero que se deberían formular en positivo para "conseguir unas mejores relaciones entre compañeros" y facilitar una buena convivencia, dentro y fuera de los centros escolares[5].

También podemos decir que en 1987 se realizó el Primer Congreso Internacional sobre bullying en el seno del Consejo de Europa, donde se reunieron los mayores expertos para elaborar una línea común de trabajo para estudiar modelos preventivos. No obstante ello, el siguiente ítem relevante en esta materia sería ya para el año 1996, en el Seminario celebrado en Dublín.

III. CONCEPTO DE PREVENCIÓN Y VICTIMOLOGÍA

En primer lugar, debemos explicar que la victimología es un ítem fundamental en el área de prevención delictiva. Podemos definir la victimología como la disciplina que estudia a las victimas y no al delincuente. Esta área realiza un completo perfil de la víctima desde diferentes vertientes. Por un lado, analiza su personalidad, ámbito social, cultural, nivel educativo, etc, y por otro estudia las necesidades de protección de la misma, elaborando teorías predictivas de la posibilidad de ser victima en atención a las circunstancias personales y concurrentes.

La victimología estudia las víctimas, sus necesidades de protección y su predicción para ser víctima. Asimismo, el estudio de la victimología permite establecer diferentes en relación con el riesgo de victimización.

De manera introductoria antes de profundizar en las diferentes características debemos distinguir que la victimología se divide en tres clases:

[4] BBC News Mundo [en línea] [febrero, 21, 2020]. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51586670 Verificado 26/02/2020

[5] OLWEUS, D. Conductas de acoso y amenaza entre escolares, Ediciones Morata, 1998, pp. 86

1. La victimización primaria.

Es esta área se considera victima potencial al conjunto de la población. Y por ello, la política a seguir es elaborar

2. La victimización secundaria.

En este tipo de victimización se analizan colectivos de riesgo, como reclusos, migrantes ilegales, etc.

3. La victimización terciaria.

En el tipo terciario, se estudia y analiza las personas que ya han sido víctimas de un delito.

Como vemos, el segundo grupo, son colectivos muy característicos, con un tipo de prevención que debe ser acorde con ellos. Por eso para este trabajo he elegido el sector primario, por ser el global de la población y considerarlo más adecuado al caso que nos ocupa, ya que todos podemos ser víctimas de delito algún día. Asimismo, y muy relacionado con ello, considero que también debo enlazar la comunicación realizando una referencia sucinta al modelo de victimización terciaria. Este apartado, como decimos, analiza la víctima una vez que ya lo ha sido para ver si existen patrones, o rasgos diferenciadores, para así poder proponer soluciones, para evitar nuevas situaciones de riesgo o que se repitan aquellas, en personas de análogas circunstancias. Se realizan predicciones de futuro.

Así, en esta comunicación abordaré la victimización primaria y terciaria y dejaré el análisis del sector secundario para otra comunicación más concreta referida únicamente a esos tipos de colectivos.

En síntetis, la clasificación de la victimización es la siguiente:

Fuente: elaboración propia

IV. MODELO DE PREVENCIÓN EN VICTIMIZACIÓN PRIMARIA EN RELACION CON EL ACOSO ESCOLAR.

Va dirigido al conjunto de la población:

Este tipo de prevención se puede realizar para delitos que afectan a una generalidad de la población, como puede ser el acoso escolar o la violencia de género.

Ante este tipo de delitos, se deberá elaborar un programa de políticas de prevención con los siguientes tipos de medidas:

- Proactivas, que son aquellas utilizadas como un planteamiento diseñadas para reducir la probabilidad de que aparezca el acoso.
- Reactivas, que son las formas de manejar los incidentes una vez estos ya tienen lugar.

Como hemos mencionado, una problemática actual donde se requiere una prevención victimal primaria es el acoso escolar o bullying.

Como ejemplo de programa de prevención primaria he elegido el llamado **OLWEUS BULLYING PREVENTION PROGRAM (OBPP)** para prevenir el acoso escolar, tratando como conjunto de población global de manera proactivo y reactivo. Esto es, previene el acoso en los centros escolares, no va dirigido al tratamiento de un menor que ya está siendo o ha sufrido acoso

El origen de este programa es el suicidio de dos adolescentes en Noruega en 1982.

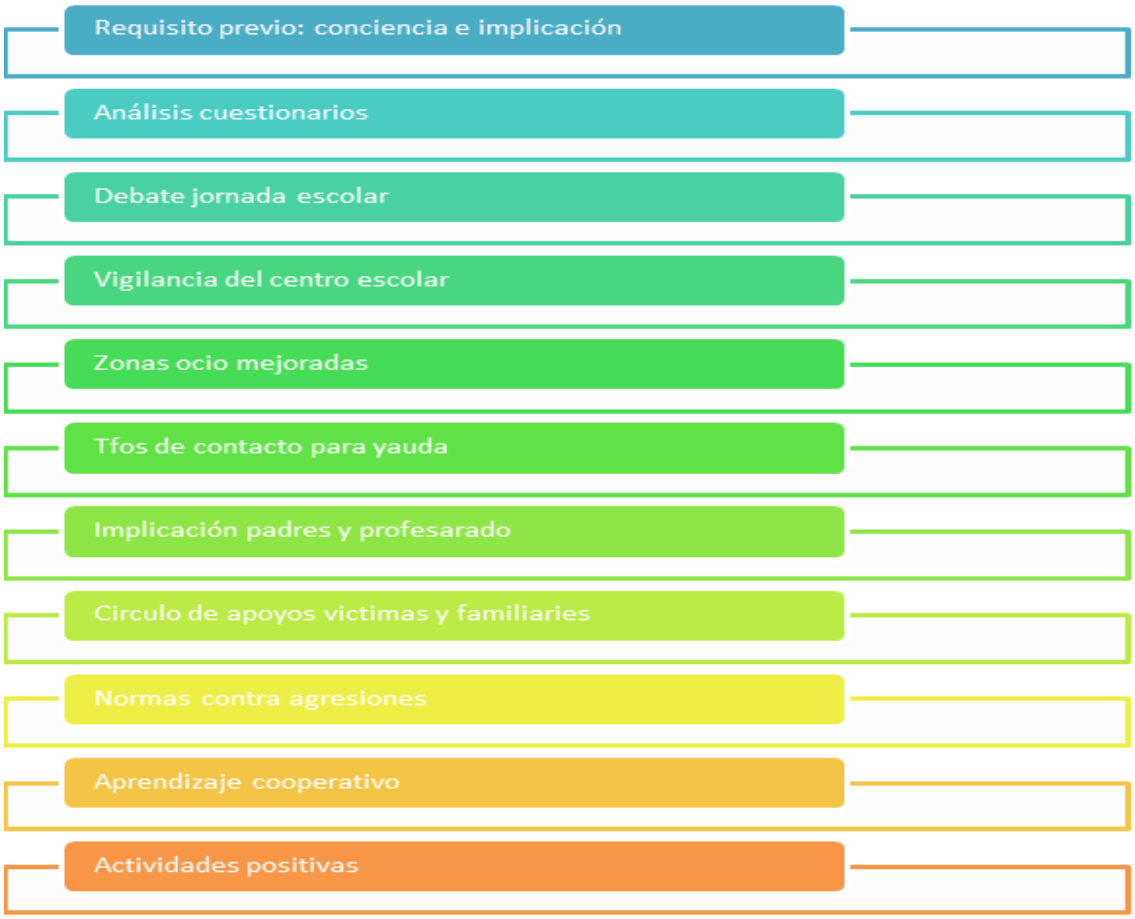
Según los servicios de salud, la causa fue una situación de acoso grave y prolongado

El ministro de educación noruego, convocó a una comisión de expertos y se designó a Dan Olweus y Erling Ronald para que preparasen un plan a nivel nacional.

Estos profesionales prepararon materiales, videos, y se aplican de distinto modo:

- Por un lado, se da trasladan a todo el material confeccionado a todas las escuelas.
- Por otro, el profesor Olweus y su equipo tutorizan un plan en una zona concreta, en Bergen.

De modo esquemático, el programa OBPP se caracteriza por los siguientes ítems:



En España podemos destacar como modelo actual de prevención un proyecto financiado por fondos europeos que investigó hasta diciembre de 2018, la eficacia de juegos online para ayudar a cambiar el comportamiento de los alumnos en relación con el acoso escolar con una alta tasa de eficacia[6]**.** Como ejemplo de testimonio, podemos citar el efectuado por uno de los centros participantes, donde la Directora del IES Parque Goya en Zaragoza[7], se manifiesta que: "*Para nuestra escuela, ha sido una buena oportunidad para participar en las sesiones piloto de un proyecto europeo. La participación activa de nuestros estudiantes les ayudó a comprender de primera mano cómo se llevan a cabo este tipo de iniciativas. Además, han utilizado juegos serios que*

[6] Comisión Europea. Resultados de Investigación CORDIS. Programa de investigación e innovación Horizon 2020 de la Unión Europea. ¿Pueden los juegos serios ayudar a cambiar el comportamiento?, CORDIS. Resultados de investigaciones de la UE. Disponible en:https://cordis.europa.eu/article/id/259851-can-serious-games-help-shape-behaviour/es. Verificado 22/02/20

[7] Comisión Europea. E-confidente Proyect. Programa de investigación e innovación Horizon 2020 de la Unión Europea. Disponible en. http://www.econfidence.eu/testimonials/spain-madruga. Verificado 26/02/2020

requieren el uso de metodologías de "juego de roles" que mejoran la autoconfianza y la empatía de los estudiantes.

Como herramientas de capacitación, podría ser una buena idea utilizar este tipo de juegos en las clases de tutoría o durante la capacitación de los asistentes de estudiantes. Sin embargo, lo que podría mejorarse es que la cantidad de horas necesarias para completar los juegos debe incluirse en los planes de lecciones. En general, ha sido un buen experimentador bien recibido por los estudiantes de la escuela, a pesar de las críticas de algunos de nuestros estudiantes sobre los juegos."

También podemos destacar el programa "CiberApp que se realizó en Alicante en el año 2016 para estudiar la cibervictimización de los menores que descubrió una alta tasa de esta tipología de víctima y dejó para la segunda fase un programa de prevención de este tipo de victimologia más acorde con los datos obtenidos en la primera fase[8].

No obstante lo anterior, estos estudios y propuestas no son novedad, dado que desde hace muchos años encontramos otros autores que abordan esta temática y proponen líneas de actuación como DIEZ AGUADO (2003), que propone los siguientes ítems[9].

– Desarrollar programas de prevención a partir de a investigación desde el punto de vista de adolescentes en riesgo

– Desarrollar democracia participativa entre la escuela, la familia y la sociedad

– Programas de prevención a través de los medios.

– Enseñar a rechazar la violencia.

V. CONCLUSIÓN

En mi opinión, el área de prevención de la víctima debe ser considerara como una herramienta fundamental y necesaria para disminuir la tasa delictiva de nuestro país. Solo enseñando a no delinquir conseguimos que no se delinca. Como hemos visto, nuestro sistema penal se basaba únicamente en el delincuente y casi dejaba de lado a la víctima del delito, cuando vemos que es una parte importante en el delito que no hay

[8] FERRÁNDEZ, S. R., /CASTEJÓN, E. B. F., / ORTUÑO, R. B. Prevención de la cibervictimización en menores de la provincia de Alicante. Revista Española de Investigación Criminológica: REIC, (15), 2017, p. 2.

[9] DIAZ AGUADO, M. J. Diez condiciones básicas para prevenir la violencia desde la adolescencia. Aspectos psicosociales de la violencia juvenil, 2003, pp. 62.

que olvidar por muchas razones. Véase que cada vez se le está dado más importancia a la víctima, como es su participación en el proceso penal con el Estatuto de la Victima Ley 4/2015 de 27 de abril y su participación dentro de la justicia restaurativa cada vez más en alza.

Con la prevención del delito, buscaremos datos para identificar patrones conductuales y analizaremos los mismos para buscar problemas y soluciones elaborando teorías predictivas para evitar posibles futuros delitos. Para ello, debemos estudiar no solo al delincuente y sus patrones, sino a las características de las víctimas, lo que haremos con el modelo de prevención victimal primaria que hemos explicado en este trabajo. Todo ello, no obstante, sin olvidar la parte de la legislación penal que debe realizar los reproches penales pertinentes cuando la conducta delictiva ya se ha realizado.

* * * * * *

Dr. Nicomedes Rodríguez Gutiérrez

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Socio de la FICP.

~La dispensa de la obligación de declarar del menor de edad del artículo 416 LECrim~

Sumario.- I. Introducción. II. Ponderación entre los principios de un proceso justo y el superior interés del menor. III. Preconstitución de la prueba. IV. Información sobre el derecho a la dispensa al menor de edad. V. Ponderación judicial de la madurez del menor para ejercer por sí mismo el derecho de renuncia a declarar. VI. Conflicto de intereses y nombramiento de defensor judicial. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

Nuestro sistema parte de la obligación de colaborar con la Administración de Justicia, para esclarecer los hechos que fueren objeto de investigación y/o de juicio (art. 410 y 702 de la LECRIM).

El artículo 24.2 de la CE, que establece en el apartado in fine que "la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

Debemos partir del artículo 707 de la LECrim, el cual establece que "Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos". En concreto el artículo 416 de la LECrim. establece que están dispensados de la obligación de declarar "los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261". el artículo 418 del mismo texto que: "Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416". Por tanto, obligación general a declarar como testigo se extiende también al menor de edad, en los sujetos establecidos, no quedando limitada a la figura del cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial[1].

[1] RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, N. Diario La Ley, 9557, 21 de enero de 2020.

Es de notoria relevancia el inciso segundo del apartado 1 del artículo 416 de la LECrim. el cual especifica la forma de la práctica de la testifical, estableciendo la advertencia que se tiene que realizar al testigo, sobre la "no obligación de declarar contra el procesado", pero otorgado la potestad de realizar las manifestaciones que considerase oportunas.

La reciente STS 225/2020 de 25 de mayo, siendo ponente el Excmo. Sr. LLARENA CONDE, profundiza en la dispensa del testigo menor de edad, así como en la necesidad de designar un defensor judicial que le represente en la opción de dispensa cuando se apreciare un conflicto entre los progenitores. Sobre estos extremos nos detendremos en el presente estudio.

II. PONDERACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE UN PROCESO JUSTO Y EL SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR.

Comenzaremos por la STS 940/2013 de 13 de diciembre, en la que fue ponente el Excmo. Sr. MARCHENA GÓMEZ. Se parte de la consideración de que nuestro actual sistema no acoge el traslado arbitrario del principio de contradicción, ni del derecho de defensa por concurrir la circunstancia de que la presencia de una víctima menor de edad. Por este motivo, no se no puede admitir la flexibilización de las garantías legalmente establecidas y que informan la valoración probatoria en el proceso penal. No obstante, el respetar las garantías referidas no es incompatible y no entra en contradicción con el respeto a otros bienes jurídicos de especial interés que concurren en el procedimiento y que tienen una tutela de carácter reforzado en nuestro sistema jurídico[2].

Ante este planteamiento, y teniendo en cuenta que, en los delitos de abusos sexuales, así como otros tipos similares, la declaración de la víctima, menor de edad es la única prueba directa que se tiene en la causa, ya que el resto de pruebas suele consistir en lo que el "menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad"[3], por lo que se debe prestar especial atención a las garantías que deben respetarse a la hora de proceder a la exploración del menor, así como la forma de introducirla en el proceso penal.

[2] En la STS 940/2013 de 13 de diciembre, en alusión a las SSTS 96/2009, 10 de marzo; 593/2012, 17 de julio; 743/2010, 17 de junio y ATS 1594/2011, 13 de octubre.

[3] (SSTEDH caso P. S. contra Alemania § 30; caso W. contra Finlandia, § 47; caso D. contra Finlandia, § 44).

Además resalta la importancia de respetar unas reglas mínimas que han de concurrir en favor de la defensa, a los efectos de proteger a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, siendo informado el investigado de que se procederá a la exploración del menor, debiendo tener la opción de oir a la misma[4], así como formular las preguntas que considere oportunas al mismo[5].

Por tanto, y siguiendo la doctrina del TEDH, la protección del interés del menor de edad, que afirmare haber sido víctima de un delito, justificaría que se adoptaren medidas que modulasen la forma de realizar el interrogatorio. El mismo, se podría practicar con la colaboración de un experto, que pudiera ser externo a los órganos de la Administración de Justicia[6].

Sobre este último extremo debemos apuntar a que en la mayoría de las sedes judiciales contamos con la conocida como cámara de Gesell, siendo esta una habitación adaptada y acondicionada para la observación de sujetos mientras declaran, en el caso ante los que nos encontramos, de menores, que dispondrán de un ambiente aislado donde tomarse el interrogatorio, pero a su vez observado de forma segura y grabado. En este sentido debemos destacar que el artículo 20[7] del Estatuto de la Víctima reconoce el derecho a evitar el contacto de la víctima y el investigado.

[4] STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, § 56. "... 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"

[5] Las preguntas, puede acordarse de que "se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima" (STS 730/2018 de 1 de febrero, ponente, Sr. Sanchez Melgar, FD Tercero).

[6] STS 940/2013 de 13 de diciembre. FD Segundo "conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso."

[7] Artículo 20 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, el cual establece que "las dependencias en las que se desarrollen los actos del procedimiento penal, incluida la fase de investigación, estarán dispuestas de modo que se evite el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, de otra, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes".

III. PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA.

La STS 925/2012, de 8 de noviembre[8] profundiza sobre la idoneidad de la preconstitución probatoria recogida en los artículo 433[9] y 448[10] L.E.Crim, siendo este un tema controvertido. No obstante, en supuestos en los que intervienen menores víctimas, se inclina por la sustitución de las deposiciones en el acto del juicio oral. Con la preconstitución se facilita el enjuiciamiento, evitando la contaminación del material probatorio e introduciendo desde el "una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción", de conformidad con la legislación vigente[11].

Sobre la conveniencia de esta práctica, especifica que, basado en los argumentos de los especialistas "se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad".

Además, recuerda que la omisión de proceder a la grabación no invalida "la solidez probatoria del binomio declaraciones de los menores- informe pericial que se apoyan y complementan recíprocamente".

En la actualidad y tras la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en su artículo 23 establece la evaluación individual de las víctimas, remitiendo al artículo 25.1 el cual dispone las medidas de protección durante la fase de investigación y en el inciso segundo las medidas durante la fase de enjuiciamiento. En concreto el artículo 26.1.a) establece, en relación a los menores, que "las declaraciones recibidas

[8] STS 925/2012, de 8 de noviembre, ponente: Sr. Del Moral García, FD Segundo.

[9] El párrafo 4 establece que "en el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible."

[10] El párrafo 3 establece que "La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba".

[11] Se hace referencia a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre (Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre; arts. 20 a 24, singularmente); o con la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmada por España el 12 de marzo de 2009.

durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal". El apartado b) establece que la misma se podrá realizar por medio de expertos.

En este sentido de pronuncia la STS 730/2018 de 1 de febrero, sobre la idoneidad de la preconsitución de la prueba de la declaración de la víctima menor de edad para evitar la victimización secundaria[12].

IV. INFORMACIÓN SOBRE EL DERECHO A LA DISPENSA AL MENOR DE EDAD

La STS 730/2018 de 1 de febrero, de la que fue ponente el Excmo Sr. SÁNCHEZ MELGAR resuelve la cuestión que se plantea sobre la falta de información del derecho a la dispensa de declarar contra su progenitor. Es consolidada la doctrina[13] que exime de la obligación de declarar cuando:

1. La madre, como representante legal de la menor, toma la decisión de declarar.
2. Cuando la madre, como representante legal legítima de la menor, decide denunciar y personarse como acusación particular en la causa.

Debemos tener presente en el contexto en el que se realiza, ya que el condenado es el progenitor de la menor y la falta de advertencia queda justificada en atención a la edad de la misma, ocho años, detectando una clara inmadurez.

La madurez es tratada por la jurisprudencia[14], remitiendo a los artículos 162 y siguientes del CC[15], estableciendo expresamente la excepción a la general de representación de los progenitores en los supuestos relativos a los actos de la personalidad de los hijos, atendiendo a la madurez de los mismos.

En la STS 730/2018 de 1 de febrero, la madre, que actuaba como representante, se persona como denunciante y acusación particular, lo que justifica la falta de advertencia, en base al Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 sobre la interpretación del art. 416 de la L.E.Crim, el cual se pronunciaba en el sentido de que "La exención de la obligación de declarar prevista en

[12] STS 730/2018 de 1 de febrero, ponente, Sr Sanchez Melgar, FD tercero.
[13] *Ibidem*, FD cuarto.
[14] SSTS 205/2018, de 6 de marzo y 209/2017, de 28 de marzo.
[15] Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

el art. 416.1 L.E.Crim. 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."

En este sentido se ha venido pronunciando el TS[16] cuando comparece la mujer/perjudicada para presentar denuncia, no siendo necesario ofrecer la dispensa.

V. PONDERACIÓN JUDICIAL DE LA MADUREZ DEL MENOR PARA EJERCER POR SÍ MISMO EL DERECHO DE RENUNCIA A DECLARAR.

La reciente STS 225/2020 de 25 de mayo, (ponente el Excmo Sr LLARENA CONDE) va un paso más allá de la la madurez del testigo para ejercer por sí mismo el derecho de renunciar a declarar, modulando la misma a través de los órganos judiciales y la correspondiente ponderación, para "valorar el grado de madurez del testigo en orden a que pueda ejercer personalmente la dispensa de declarar en cada caso concreto".

Se trata, por tanto, de una facultad de naturaleza personalísima, aplicable al testigo mayor de edad o al menor que dispusiere de un grado de madurez suficiente, por lo que entiende que no requiere siempre del expreso ejercicio de su titular, atendiendo a la actitud procesal que tenga el testigo, la cual puede ser "indudablemente reveladora de su decisión de primar el deber de colaborar eficazmente con el proceso sobre el vínculo de solidaridad y familiaridad que le una con el acusado", de conformidad con la doctrina del TC[17].

Por tanto, nos planteamos cual sería el criterio legal de madurez para dar una respuesta concluyente. A este respecto podemos traer a colación la "doctrina del menor maduro" surgida en los años 70 como consecuencia de las demandas contra los médicos

[16] MUÑOZ COMPANY, MJ. Los Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptados entre 2000 y 2018. 2019, pp 131.

[17] STC 94/2010, de 15 de noviembre (BOE número 306 de 17 de diciembre de 2010) FJ Sexto: "Como el Ministerio Fiscal afirma, difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416 LECrim cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim.".

por los padres que afirmaban no haber otorgado el consentimiento para que se realizara una determinada intervención sobre los mismos. Se mantenía, como respuesta tradicional que los adolescentes llegaban a la madurez intelectual a los 12 años (J. PIAGET), a su identidad absoluta sobre los 16-18 años (E. ERICKSON) y a su "desarrollo moral" al final de la adolescencia que coincide con el anterior tramo (L. KOHLBERG). Actualmente estas posturas han quedado obsoletas, concluyendose que "los comportamientos de los adolescentes (y de los niños) dependen realmente de la interacción entre las demandas sociales y el momento de desarrollo de las diferentes disposiciones que conforman la madurez psicosocial".[18]

En nuestra legislación encontramos referencias expresas sobre la audiencia del menor en el artículo 770.4º de la L.E.Civ, estableciendo que la audiencia será preceptiva cuando tenga madurez "suficiente" y, en todo caso a partir de los 12 años de edad. La legislación de carácter internacional también hacer referencia expresa al concepto, debiendo destacar el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño[19], el artículo 6 de la Convención Europea sobre Ejercicio de los Derechos del Niño[20] y el artículo 13 del Convenio de la Haya sobre Sustracción Internacional de Menores[21].

[18] ABEL LLUCH, X (Coord). La audiencia del menor en los procesos de Familia. 2019, p 44- 46.

[19] Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Publicado en el "BOE" número. 313, de 31 de diciembre de 1990. El artículo 12 establece que:

"1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

[20] Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. Publicado en «BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2015. El artículo 6 establece el proceso de decisión:

"En los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial, antes de tomar cualquier decisión, deberá:

a. examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior de aquél y, en su caso, recabar información complementaria, en particular de los titulares de las responsabilidades parentales;

b. cuando según el derecho interno se considere que el niño posee discernimiento suficiente:

– asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente;

– consultar personalmente al niño en los casos oportunos, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas u organismos, de una forma apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño;

– permitir al niño expresar su opinión;

c. tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño."

[21] Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. Publicado en «BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987. El artículo 13 establece en su inciso cuarto que: "La autoridad judicial o administrativa podrá

Como indicábamos anteriormente, hay que atender a la madurez del menor, tomando en consideración la edad[22] del mismo. En este sentido debemos apuntar al artículo 9 de la LOPJM[23], la cual establece en su inciso primero que "el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias" en relación con el inciso segundo "Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos".

La referencia más clara se encuentra en la Ley de Autonomía del Paciente[24], la cual en su artículo 9.3.c) establece los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación estableciendo que se otorgará el consentimiento por representación "cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor."

---

asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones".

[22] El Código Civil precisa varias edades en los menores. En concreto, como precisa la STS objeto de comentario, a los "12 años el menor no solo ha de ser necesariamente oído en los procedimientos de separación y divorcio de sus progenitores (artículo 700 LEC), sino que también a partir de esa edad biológica el menor ha de consentir su adopción (artículo 177 CC). Los mayores de 14 años pueden testar (artículo 663 CC), y el de 16 años se puede consentir la emancipación y el emancipado, a su vez, puede contraer matrimonio (artículo 317 y 46 CC)."

[23] Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[24] Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Y en el punto 4. que "cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo".

Ante el planteamiento legal existente la STS objeto de comentario, especifica que la ponderación judicial sobre el nivel de desarrollo intelectual y emocional, así como la capacidad del menor de poder contrapesar los intereses, en los supuestos en los que las edades pueden ser controvertidas imponen al órgano judicial el valorar la capacidad del menor, es decir, que la misma "se ejerce en las condiciones de libertad, de información y de conocimiento con las que esencialmente se regiría el posicionamiento de una persona con plena capacidad de obrar". Corresponde al Tribunal la exploración del menor sobre el alcance de su comprensión y la repercusión de su decisión, debiendo "tasar el testigo guía su conclusión por los ordinarios parámetros de pensamiento libre, fundado e independiente con los que puede regir su esquema decisional en el caso concreto una persona formada".

Además, diferencia los supuestos de que el testigo sea víctima o no, siendo este un elemento que condiciona la facultad de optar, como lo es también la naturaleza jurídica del delito perseguido, gravedad del mismo, repercusión punitiva, gravedad del daño a la víctima, vínculo entre el investigado y el testigo, repercusión de la testifical en las relaciones familiares y/o la repercusión psíquica que pueda tener en el menor en el futuro los hechos.

VI. CONFLICTO DE INTERESES Y NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL.

Relacionado con el punto anterior, y enmarcado en la reciente STS 225/2020 de 25 de mayo, (siendo ponente el Excmo. Sr LLARENA CONDE), procederemos a repasar el supuesto en que el menor carece de madurez y se da un conflicto de intereses entre los progenitores, como sucede en la STS objeto de comentario, fundamento de derecho cuarto.

Ante la falta de madurez apuntada, procede el ejercicio del derecho a través de su representante, velando por los intereses del menor sus representantes. No obstante, en caso de conflicto entre los progenitores, procede el nombramiento de un defensor al menor[25].

Sobre la apreciación, en el asunto, de intereses contrapuestos se realizan interesantes consideraciones que servirán de guía para determinar si nos encontramos o no ante los mismos. En este sentido apunta a que la misma surge cuando "una persona obtiene en una determinada coyuntura puede perjudicarse por el provecho que obtenga otro individuo al que representa, pues en tales supuestos surgen recelos sobre la integridad de las decisiones del actuante, cuestionándose si, en vez de cumplir con lo debido, lo que está guiando sus decisiones es la ventaja que él u otro de sus representados puede obtener". Los intereses en conflicto que concurren son la solidaridad familiar y la eficacia de la Justicia, siendo el interés sobre el que se evalúa la decisión el del sujeto del que se reclama el testimonio, no sobre el "divergente interés paterno filiar". Por tanto, se aprecia el riesgo de que el condicionamiento paterno condicione "la concepción familiar y el interés victimológico de la menor a partir del afecto paterno-filial que comparten ella y el acusado".

La Sentencia concluye que la consideración del Tribunal *ad quo* resulta desacertada, ya que identifica el interés objeto de protección "del menor el que puedan esclarecerse los hechos con el testimonio, subordinando el derecho a la solidaridad familiar", contemplado como un interés de los progenitores. Es el interés del menor el que se debe amparar, ya que es el menor el que debe poder "ajustar su comportamiento a la preferencia que priorice entre el esclarecimiento de los hechos o el silencio, que es justamente lo que se ha desatendido".

En segundo lugar, remite al artículo 26 del Estatuto de la Víctima[26] establece las medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, estableciendo en el apartado 2 que "el Fiscal recabará del Juez o

[25] Artículo 163 CC:

"Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad".

[26] Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos:

a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.

b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.

c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares."

De conformidad con el precepto transcrito, se garantizará el derecho constitucional del menor en los supuestos que pueda verse afectado ante el conflicto de intereses de sus representantes legales.

En el caso objeto de comentario el instructor de la causa no procede a la apertura de la pieza de nombramiento de defensor judicial, que pudiera actuar en nombre de la menor para ejercer la dispensa legalmente establecida, motivo por el que la impugnación es acogida, estableciendo como consecuencia la nulidad de la declaración, no del juicio.[27]

VII. CONCLUSIONES

Resulta esencial conocer el criterio que marca la STS 225/2020 de 25 de mayo, siendo esencial proceder a la apertura de la pieza de nombramiento de defensor judicial, a los efectos de nombrar al menor un protector que pueda actuar en nombre del mismo para ejercer la dispensa legalmente establecida, evitándose de esta forma la nulidad de la testifical, en caso de no realizarse.

Pero no solo resultan de interés las cuestiones formales, sino también recuerda la importancia de determinar el grado de madurez por el Tribunal, criterio que ha de ser

[27] SSTS 304/2013, de 26 de abril y 854/2013, de 30 de octubre.

valorado por el mismo atendiendo al "grado de madurez del testigo" para determinar si puede ejercer por sí mismo el menor el derecho de renunciar a declarar.

El determinar "el grado de madurez" es una función complicada y de carácter multidimensional, por lo que consideramos que habría que atender a cada sujeto, a las circunstancias concretas y su contexto, apartándonos de realizar consideraciones generales al respecto.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

ABEL LLUCH, X (Coord). La audiencia del menor en los procesos de Familia. Sepin, Madrid, 2019.

MUÑOZ COMPANY, M.J. Los Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptados entre 2000 y 2018. Sepin, Madrid, 2019.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, N. La dispensa de la obligación general a declarar como testigo. Diario La Ley, 9557, Sección Tribuna, 21 de enero de 2020.

* * * * * *

Ana Rodríguez Mesa

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Criminóloga.
Socia de la FICP.

~Aplicación del principio *non bis in idem* a la pena de multa~

Sumario.- I. Diferencia entre sanción administrativa de multa y pena de multa. II. Concepto y naturaleza jurídica del principio *non bis in idem*. 1. Requisitos para la aplicación del principio non bis in idem. Concurrencia de la triple identidad. 2. Doble vertiente del principio non bis in idem. 3. Doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem respecto a la relación de subordinación de la actividad sancionadora de la Administración a la actuación jurisdiccional *penal*. III. Conclusiones.

Resumen.- El presente trabajo lleva a cabo un estudio del concepto, naturaleza y requisitos del principio *non bis in idem* en relación a la duplicidad de sanción penal y administrativa, así como del tratamiento de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el principio de prevalencia de la jurisdicción penal sobre el orden administrativo sancionador y la solución dada a los supuestos de preexistencia de sanción cuando se lleva a cabo el enjuiciamiento penal, así como su eficacia para evitar la vulneración de dicho principio.

I. DIFERENCIA ENTRE SANCIÓN ADMINISTRATIVA DE MULTA Y PENA DE MULTA.

Las infracciones suponen una vulneración del ordenamiento jurídico, pudiendo ser objeto de sanciones penales o de sanciones impuestas por las Administraciones Públicas, dualidad que viene recogida en el artículo 25 de la Constitución Española:

> "*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*."

La potestad sancionadora de la Administración Pública está sujeta a los mismos principios que inspiran el Derecho Penal, tal y como recoge la doctrina del Tribunal Constitucional desde la STC 18/1981, de 8 junio, y del Tribunal Supremo, desde la STS 29 septiembre de 1980, si bien existen diferencias y límites a su ejercicio, definidos por la STC 77/1983, de 3 de octubre:

> *"(...)podemos establecer que los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el art. 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la Autoridad judicial."*

En cuanto a la pena de multa, el artículo 50 del Código Penal dispone que "*La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria*", y

el artículo 33 del mismo texto legal, recoge la graduación de la misma como menos grave o leve, si es de más de tres meses o hasta tres meses, respectivamente. Las modificaciones introducidas en el Código Penal por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en relación a la pena de multa, conforme recoge su exposición de motivos "*tienen como principales objetivos su coordinación con la pena de prisión, su adaptación a la verdadera situación económica y familiar del condenado y su imposición atendiendo a la verdadera naturaleza del delito*". Así el artículo 52.1 establece que "*cuando el Código así lo determine, la multa será proporcional al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado por el mismo".*

Y distingue el propio Código en el artículo 34.2 lo que es pena de multa de las sanciones administrativa de multa, disponiendo que no se reputarán penas "*Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados."*

El Capítulo III del Título Preliminar (arts. 25 a 31) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, recoge los principios constitucionales en que se sustenta la potestad sancionadora de la Administración: legalidad, tipicidad, irretroactividad, responsabilidad y proporcionalidad, recogiendo además expresamente en el art. 31 el principio *non bis in idem* "*No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento*".

Si bien las sanciones penales se reservan para las conductas más graves o que afecten a derechos que requieran de mayor protección, pueden darse situaciones en las que un mismo comportamiento antijurídico esté previsto como infracción penal y al mismo tiempo como infracción administrativa, dado que la Administración puede tipificar y sancionar como faltas determinadas conductas que infrinjan el ordenamiento jurídico administrativo, aun cuando esas mismas conductas estén recogidas como delitos en el Código Penal, siempre que cuente con cobertura legal, teniendo presente la prohibición constitucional de imponer sanciones que directa o subsidiariamente supongan privación de libertad (art. 25 CE).

Antes de abordar la naturaleza e interpretación constitucional del principio *non bis in idem,* en relación a la pena de multa, ha de partirse de la cuestión de la diversidad o no de naturaleza entre la pena y la sanción administrativa, habiéndose venido considerando tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, que no puede hablarse de una diferencia de naturaleza, "*dada la identidad entre la sanción asociada a la infracción de una norma penal y la asociada a la de una norma administrativa, los principios inspiradores de la actividad sancionatoria penal —principios de legalidad y tipicidad— han de informar la actividad sancionatoria de la Administración"*[1], existiendo al menos una identidad mínima, pues tanto la sanción administrativa como la pena suponen un castigo en respuesta a una conducta ilícita previa.

Ambas potestades además están sometidas a los principios de proporcionalidad[2] y de subsidiariedad. En el campo del Derecho penal, para fundamentar la limitación de derechos que impone la pena se requiere además de la lesión de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, y la necesidad de la reacción punitiva, que exista una cierta proporción entre la gravedad del hecho y la intensidad de la pena que se impone como reacción. Y el principio de proporcionalidad es consecuencia además del de necesidad, o requerimiento de que no exista otro medio menos gravoso para alcanzar el fin de prevención. Principios de aplicación al Derecho administrativo sancionador como recoge la doctrina ya citada del TEDH, que puede resumirse en que la calificación de una sanción como administrativa no debe ser impedimento para aplicarle las garantías propias de la materia penal cuando la sanción tenga naturaleza penal, y que las sanciones administrativas y penales participan, en realidad, de una misma naturaleza.

Estos dos principios, en cuanto a la pena de multa y a la sanción pecuniaria administrativa, implican que cuando uno u otro ordenamiento punitivo prevean una reacción punitiva y limitadora de derechos, las exigencias derivadas de la proporcionalidad y subsidiariedad habrán de ser las mismas, debiendo moderarse o limitarse, siendo asimismo de aplicación al ámbito de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador cuando confluyan pena y sanción, pues ambos principios han de informar el principio de *non bis in idem*.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*.

El principio *non bis in idem* es un principio fundamental del derecho penal que en su vertiente sustantiva comporta que nadie pueda ser castigado dos veces por la comisión de los mismos hechos. Se aplica en los casos de concurrencia de hechos que

[1] Caso OZTURK, sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1984.
[2] SÁNCHEZ GARCÍA, I.: La Ley, 4, 1994, p. 1114 y ss.

puedan ser considerados delitos por el derecho penal, y que conllevan la imposición de una sanción penal, y puedan ser también considerados infracción por el derecho administrativo, y supone asimismo la prohibición de imponer doblemente sanciones penales a un mismo sujeto y respecto de un mismo hecho.

Su elaboración fue originariamente jurisprudencial y doctrinal, habiéndose ido incorporando a nuestro Derecho positivo.

En la normativa preconstitucional había venido rigiendo el principio de la independencia de la potestad sancionadora de la Administración con respecto de la Jurisdicción Penal[3], que daba lugar a consecuencias contrarias a las del *non bis in idem*, por cuanto que independientemente de que un hecho constituyera o no un delito podía constituir una infracción administrativa, pudiendo ser objeto de doble sanción administrativa y penal. Será a partir de la Constitución cuando esta concepción cambie radicalmente, aun cuando encontramos un precedente anterior sobre la prohibición de imponer "*sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos*" en el Real Decreto Ley de 25 de enero de 1977, que reformó la Ley de Orden Público.

El principio *non bis in idem* no viene recogido expresamente en la Constitución Española, habiendo sido la jurisprudencia constitucional la que ha determinado que el mismo deriva directamente de los principios de legalidad y tipicidad establecidos en el artículo 25.1 de la CE (SSTC de 30 de enero de 1981 y 3 de octubre de 1983, entre otras muchas posteriores), señalando el Tribunal Constitucional desde la primera de las resoluciones que el principio de no duplicidad de sanciones penales y administrativas "*si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución…va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25",* instituyéndolo como principio fundamental.

Esta sentencia además sienta las bases de su concepto concretando que "*El principio general del derecho, conocido como "non bis in idem" supone en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc. –que justifique el*

[3] GARCÍA DE ENTERRÍA, E: Curso de Derecho ADministrativo. II. 1998, p. 179

ejercicio del ius puniendi por los tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración".

Se fue además incorporando en la normativa sectorial, como ejemplo, Ley 29/1985 de 2 de agosto, de Aguas; Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, LO 21/1992, de 21 de febrero; y Ley 230/1963 General Tributaria. Y en la legalidad ordinaria, artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual "*No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*", y en términos similares el artículo 5.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora. y en el derecho administrativo vigente, en el artículo 31 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

En el ámbito estrictamente penal tampoco se encuentra regulado expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien ha de considerarse incluido dentro del artículo de previo pronunciamiento de la "cosa juzgada", regulado en el artículo 666.2 de esta norma procesal: "*Nadie puede ser juzgado dos veces por la comisión de un mismo hecho delictivo salvo que se tratase de procedimientos distintos por hechos distintos"*[4].

1. Requisitos para la aplicación del principio *non bis in idem*. Concurrencia de la triple identidad*:*

El principio *non bis in idem* prohíbe la doble sanción de un mismo hecho en el que concurra la triple identidad objetiva, subjetiva y causal.

a) Identidad objetiva.- Supone que los hechos objeto de enjuiciamiento han de ser los mismos, descartando los supuestos de concurso real de infracciones en los que no se está ante un mismo hecho ilícito sino ante varios[5], y también los casos de reincidencia si

[4] STC de 23 de mayo de 1986: "*Aunque el principio nom bis in idem se ha aplicado sobre todo al caso de una duplicidad de sanciones penales y administrativas, es evidente que sería también invocable en el supuesto de una duplicidad de acciones penales, es decir, cuando un mismo delito fuera objeto de ST condenatorias distintas. En este sentido la no estimación de la excepción de cosa juzgada cuando concurran los requisites necesarios para que opere, podría conducir a la vulneración del citado principio*"

[5] STC de 10 de noviembre de 1990: "*Es indudable que el principio non bis in idem no resulta vunerado cuando las penas se aplican por acciones típicas diversas. La punibilidad acumulativa que se fundamenta en un concurso real de delitos no determina vulneración alguna de este principio precisamente por la diversidad de acciones sancionadoras".*

posteriormente incurre en la misma conducta

b) Identidad subjetiva.- Implica que el sujeto activo sobre el que recae la aflicción ha de ser el mismo, con independencia del órgano que resuelva, o que intervinieran otros afectados.

c) Identidad causal.- Conlleva que no pueden concurrir sanciones que se sustenten en un mismo fundamento o respondan a una misma naturaleza, precisándose para que exista tal identidad que los bienes jurídicos protegidos sean homogéneos, que el contenido el injusto sea el mismo.

Este requisito, como señalan algunos autores[6], "es el que plantea mayores problemas de apreciación, ya que se refiere al análisis de los bienes jurídicos protegidos por la norma administrativa y la norma penal, de tal modo que si la acción de un mismo sujeto lesiona o pone en peligro distintos bienes jurídicos podría no existir identidad de fundamento y, por tanto, cabría admitir la duplicidad de sanciones".

Y de carácter negativo, se precisa como requisito, en el caso de concurrir duplicación de sanciones administrativa y penal, que no exista una relación se supremacía especial de la Administración. La STC 2/1981, señalaba que "*cuando existe una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.-, puede justificarse el ejercicio del ius puniendi por los tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración".* Criterio éste que también ha sido seguido por las STC 77/1983 y 159/1985, y también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto al régimen disciplinario (STS de 2 de febrero de 1984 y 3 de junio de 1987), considerando prevalente la jurisdicción penal, pero: "*sin perjuicio de que pueda en su momento actuarse disciplinariamente por la Administración*". Y ello al deberse tener en cuenta que en materia de relaciones de supremacía especial no existe la identidad de fundamento, al ser el bien jurídico protegido especial del organigrama y las relaciones internas de la administración, y no coincidente con los bienes jurídicos que protegen las relaciones de carácter general.

Aunque el Tribunal Supremo en alguna sentencia relativa a funcionarios de policía o de la Administración Penitenciaria (7 de julio de 1992) ha considerado que "*mantener la sanción de separación del servicio daría lugar a una duplicidad de sanciones con infracción del principio non bis in idem".* También la doctrina ha

[6] DE MIGUEL, C./ ASTARTOLA, E. Actualidad Jurídica (Uria & Menéndez) 2, 2002, p. 79-98.

cuestionado el fundamento de esta excepción cuando concurre una relación de supremacía especial, objetando si esta relación especial es suficiente para eludir dicho principio[7].

2. Doble vertiente del principio non bis in idem.

Tradicionalmente la jurisprudencia y también la doctrina han venido distinguiendo una doble aspecto, material y procesal, del principio de *non bis in idem*[8].

a) Vertiente de carácter procesal.

La vertiente procesal es definida por NIETO GARCÍA[9] como la que "imposibilita dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes, sobre el propio tema o el mismo objeto procesal en atención a los indeclinables derechos de todo ser humano de ser juzgado únicamente una vez por una actuación presuntamente delictiva, y a la importante defensa de los valores de seguridad y justicia que dominan el ámbito del proceso criminal". Conllevando que un mismo hecho no pueda ser sometido a dos procedimientos distintos.

La sentencia del Tribunal Constitucional 159/1987, de 26 de octubre, con cita de la STC 77/1983, de 3 de octubre, declara que "*el principio non bis in idem impide que, a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente la misma conducta, pues semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisible reiteración en el ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquél derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado".*

Los mecanismos previstos por nuestro ordenamiento para evitar la infracción del principio *non bis in idem* por duplicidad de procedimientos son la prevalencia del proceso penal, señalando al respecto la STC 77/1983 que "*La subordinación de los actos de la administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial, exige que la colisión entre una autoridad jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: (…) la imposibilidad de que los órganos de la Administración llevan a cabo*

[7] OCTAVIO DE TOLEDO, E. La prevaricación del funcionario público. 1980, p.265
[8] BENLLOCH PETIT, G. Revista del Poder Judicial, 51, p. 305.
[9] NIETO GARCÍA, A.: Derecho Administrativo sancionador, 1994, p. 400.

actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras que la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos (…)". De esta sentencia pueden extraerse las siguientes consecuencias, como considera BOIX REIG[10]:

> "*a) el necesario control a posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquéllos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos, y c) la necesidad de respetar la cosa juzgada".*

Efecto del aspecto procesal son, además de la cosa juzgada –no puede enjuiciarse por segunda vez lo que ya ha sido juzgado con anterioridad-, y la litispendencia –no pueden enjuiciarse a la vez lo que ya está siendo juzgado por otro órgano-.

Esta prejudicialidad penal, que afecta no solo a la Administración sino también al resto de jurisdicciones, conlleva la vinculación en relación a los hechos declarados probados en el proceso penal, independientemente de la absolución o condena del enjuiciado, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios sobre unos mismos hechos. Así, la Administración ha de suspender el procedimiento sancionador cuando concurra identidad subjetiva, fáctica y de fundamento entre la infracción administrativa y la penal, hasta que se dicte resolución judicial firme en la jurisdicción penal, y está además sometida al principio de la observancia y no alteración de la Administración y la jurisdicción contencioso administrativa a los hechos probados por el orden jurisdiccional penal.

Y tanto la prejudicialidad como la vinculación a los hechos probados en la jurisdicción penal revisten mayores garantías para el sujeto, por cuanto que en el proceso penal no rige ninguna presunción de actuaciones de agentes de la autoridad, a diferencia del proceso administrativo, lo que refuerza el principio de presunción de inocencia, y la vinculación a los hechos evita los peligros de una divergente valoración de los hechos.

b) Vertiente de naturaleza material.

La vertiente material fue definida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981, a la que se remiten todos los pronunciamientos posteriores sobre el

[10] BOIX REIG. Los delitos contra la Hacienda Pública, 1987, p.65.

particular, y que supuso la consagración legal en las diversas normas que lo han ido recogiendo. Señala la sentencia que "*el principio general del derecho conocido como non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración….*", manifestación que seguidamente el TC declara unida "a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución".

Sobre las relaciones de sujeción especial de la Administración, no rige la prohibición, siendo permitida la compatibilidad del doble castigo, penal y administrativo, fundamentada en la concurrencia de diferentes bienes jurídicos o en la falta de identidad de fundamento al tratarse de bien jurídico particular o propio del ámbito de organización de la Administración, que no coincide con los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico general. Así en relación al sujeto activo se excluye a los funcionarios públicos del requisito de identidad, por cuanto que la supremacía especial sobre los mismos justifica el *ius puniendi* de la Administración, además del de los Tribunales. Este criterio se reitera en SSTC 77/1983 y 159/1985, y en las STS de 2 de febrero de 1984 y 3 de junio de 1987 (ya citadas), que aplican la prevalencia del orden penal, pudiendo posteriormente la Administración aplicar su potestad disciplinaria, si bien la doctrina ha cuestionado si esta relación de poder es suficiente para eludir el principio que estudiamos[11], en base a que no podría restringirse un derecho fundamental con la mera alegación de una relación de sujeción especial, y que "solo en casos concretos y excepcionales de dichas relaciones puede admitirse la duplicidad de sanciones cuando la conducta lesiones realmente intereses distintos, protegidos en normas diferentes". En este mismo sentido lo ha matizado la STC 234/1991, de 10 de diciembre, y las SSTS de 2 de febrero de 1985, y 7 de julio de 1992.

3. Doctrina constitucional sobre el principio *non bis in idem* respecto a la relación de subordinación de la actividad sancionadora de la Administración al orden jurisdiccional penal.

Partiendo de que para una correcta aplicación del principio, en su vertiente procesal, no pueden tramitarse al mismo tiempo un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador, por unos mismos hechos, con la salvedad de los casos de

[11] OCTAVIO DE TOLEDO, E. La prevaricación del funcionario público. 1980.

relaciones de sujeción especial, así como de que podrá tramitarse un expediente administrativo sancionador tras un proceso penal absolutorio, se plantea una cuestión que ha suscitado gran controversia, cual es el supuesto de que la Administración no suspenda un procedimiento administrativo sancionador sobre hechos que pudieran ser constitutivos de delito, imponiendo una sanción, y si, en tal supuesto, la jurisdicción penal puede enjuiciar los hechos con posterioridad, e imponer una pena por los mismos.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre de 1999 sentó doctrina sobre la relación de subordinación de la actividad sancionadora de la Administración a la jurisdicción penal levando a cabo una interpretación del principio *non bis in idem*. Los hechos enjuiciados en el orden penal, relativos a un delito contra el medio ambiente, ya habían sido sancionados mediante resolución firme en procedimiento administrativo. Planteada ante el Juzgado de Lo Penal la vulneración de dicho principio, la pretensión fue rechazada en base a la preferencia de la jurisdicción penal, solventando el tema de la doble sanción mediante la imputación al pago de la multa penal del importe abonado como sanción en la vía administrativa, lo que fue confirmado en apelación, y objeto de recurso de amparo.

El TC basó su fundamentación en la preferencia de la garantía material que deriva del principio *non bis in idem*, frente a su vertiente procesal o formal, apartándose de pronunciamientos anteriores[12], declaró en dicha sentencia, que "*una vez impuesta la sanción a pesar de estar sometida la cuestión además a la jurisdicción penal, el incumplimiento de la obligación legal de paralizar el procedimiento administrativo que pesa sobre la Administración sancionadora no puede producir el efecto aflictivo para el sancionado de una posible posterior condena penal, por lo que la garantía material que deriva del principio non bis in idem, impidiendo el doble castigo, debe prevalecer sobre la garantía formal o procesal configurada sobre la base de la subordinación del procedimiento administrativo sancionador al procedimiento penal*."

Así, en el Fundamento Jurídico Tercero establece:

> "*Desde la perspectiva sustancial el principio non bis in idem se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción como consecuencia del ius puniendi del Estado. Por ello, en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del bis in idem no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del*

[12] STC 77/1983.

> *Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano complementaria a su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquél derecho fundamental".*

Conforme a tales consideraciones el TC anuló las sentencias condenatorias objeto de recurso por vulneración del derecho a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos concurriendo la triple identidad.

Esta solución ha sido cuestionada, no solo por el voto particular suscrito por dos Magistrados, que considera que la confrontación se ha resuelto a favor de las autoridades administrativas "*impide la actuación de la jurisdicción penal desde el momento mismo en que se impone una sanción administrativa*", contraviniendo el principio de prioridad del orden penal, sino también por la doctrina. Así, Narvaez Rodríguez[13], sostiene que esta doctrina vulnera las garantías procesales dejando sin efecto la prioridad del procedimiento penal, lo que puede derivar en el cumplimiento inmediato de las sanciones administrativa cuando se tenga conocimiento de la incoación de procedimiento penal con el fin de evitar la pena que en esta orden pudiera recaer, prevaleciendo el pronunciamiento administrativo. En su planteamiento este autor propone la anulación de la sanción vía recurso extraordinario de revisión.

Si bien, el propio TC en sentencia posterior, 152/2001, de 2 de julio, también en un caso de simultaneidad de procedimiento sancionador administrativo y penal sobre los mismos hechos, ha limitado esa primacía de la vertiente material del principio sobre la procesal, atribuyendo al sujeto activo la carga de comunicar a la Administración sancionadora la existencia de un procedimiento penal, determinando la falta de esa comunicación con la finalidad de que no prosperara la vía penal, dio lugar a la inadmisión del recurso de amparo. Así, en el fundamento Jurídico 2 señala *"…deberá ser objeto de consideración especial el dato de que en la producción de dicha duplicidad ha influido de modo decisivo la actitud del recurrente, que perfectamente pudo haberlo impedido, y no lo intentó, simplemente con la alegación en el procedimiento administrativo de la simultánea pendencia del proceso penal, lo que hubiera podido determinar la suspensión del primero, conforme a lo dispuesto en el art. 7.2 del RD 1398/1993, y a la postre su sobreseimiento, una vez pronunciada la sentencia penal, según lo dispuesto en el art. 5.1 del propio Real Decreto*".

[13] NARVAEZ RODRÍGUEZ, A. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 1/2000, ps. 1789-1797.

Y posteriormente, con la STC 2/2003, se ha producido un cambio doctrinal sobre la cuestión que analizamos, que reside en la relación entre la vertiente procesal y material, pues en esta sentencia se apela a la preferencia del orden penal sobre la actuación sancionadora de la Administración, que viene obligada a paralizar cualquier procedimiento administrativo cuando los hechos pudieran ser constitutivos de delito o falta, señalando en el Fundamento Jurídico 3, con cita de la STC 77/1983 que *"de esta subordinación deriva una triple exigencia: el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquéllos casos en que los hechos pudieran ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; la necesidad de respetar la cosa juzgada*".

Y conforme a esa subordinación de la potestad sancionadora de la Administración al orden jurisdiccional penal, el TC no anuló la sentencia recurrida entendiendo que la condena penal había de tener preferencia frente a la sanción administrativa, considerando que condenando al acusado por hechos que ya habían sido sancionados por la Administración, no se ha producido una doble punición, pues con la imposición de la pena, la sanción administrativo fue absorbida, conllevando que en la sentencia de 1999 otorgó el amparo anulando la sentencia penal por vulneración del principio *non bis in idem*, y en 2003, lo denegó, en base a la prevalencia del orden penal y la obligación de la Administración de paralizar el procedimiento administrativo sancionador cuando concurren con procedimientos penales, y a que las garantías procesales contenidas en el artículo 24 de la Constitución Española se exigen con mayor intensidad en el Derecho penal (FJ 8).

La doctrina constitucional contenida en la STC 2/2003 es la que continua vigente en la actualidad, al ser reiterada en sentencias posteriores (180/2004, 334/2005 de 4 de julio, de 20 de diciembre, 48/2007, de 12 de marzo).

Esta es la doctrina seguida por las Audiencias Provinciales, que amparan además sus razonamientos jurídicos en la doctrina emanada de la sentencia de 30 de julio de 1998, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un caso de concurso de infracciones, en la que se determina que no se había vulnerado el art. 4 del Protocolo 7 de Comisión Nacional de Derechos Humanos, en base a que "*esta disposición no se*

opone a que dos jurisdicciones distintas conozcan de infracciones diferentes…y ello en menor medida en el caso en el que no ha tenido lugar una acumulación de penas sino la absorción dde la más leve en la más grave".

Se ha cuestionado la solución del descuento o compensación de la pena cuando la Administración no ha cumplido con el deber de suspender el procedimiento sancionador, además del por el voto particular discrepante de la STC 2/2003, por algunos autores como Caamaño Domínguez[14], al afirmar que "*el único criterio de resolución que aporta el ne bis in idem procesal, en tanto que expresión de la cosa juzgada como garantía frente al ius puniendi del Estado, es el cronológico…La primera resolución firme (absolutoria o de condena) por la que se sancione penal o administrativamente, a una persona por la comisión de determinados hechos impide un ulterior procedimiento orientado a castigarlo en un nuevo ejercicio del ius puniendi del Estado*", o Marina Jalvo[15] al referirse en sus comentarios a la STC 2/2003 a una "distorsión en el sistema de penas fijado por el Código Penal*"*, y ello fundamentalmente porque en los supuestos de concurrencia de sanción pecuniaria administrativa y pena de multa la solución de compensar la sanción administrativa que ha devenido firme y ha sido ejecutada descontándola del importe que suponga la pena de multa, puede resultar eficaz para evitar la doble imposición, pero no en aquéllos supuestos en los que la sanción administrativa y la penal no sean de la misma naturaleza. Y por ello se aboga por una regulación, que teniendo presente los principios de culpabilidad, proporcionalidad y seguridad jurídica, integrados en el *non bis in idem*, refuerce la prevalencia del orden penal, tanto en el aspecto procesal como en la vertiente material de prohibición del doble castigo.

III. CONCLUSIONES

El principio *non bis in idem* deriva directamente de los principios de legalidad y tipicidad establecidos en el artículo 25.1 de la Constitución Española, conforme ha venido determinando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y comporta que nadie pueda ser castigado dos veces por la comisión de los mismos hechos, "*impone por una parte la prohibición de que, por parte de las autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por*

[14] CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F.: La garantía constitucional de la inocencia. Universidad de Valencia. 2003, p. 172-173.

[15] MARINA JALVO, B.: Revista de Administración Pública. 162, 2003, p. 186.

entrañar esta posibilidad una inadmisible reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos". Si bien su ámbito de aplicación viene delimitado por la concurrencia del requisito de la triple identidad: de hecho, sujeto y fundamento de la sanción, y asimismo por la inexistencia de una relación de supremacía especial de la Administración.

Las consecuencias fundamentales son la prevalencia del orden penal frente al administrativo sancionador y la vinculación de la Administración respecto a los hechos declarados probados por la jurisdicción penal.

En cuanto a los efectos desde el punto de vista procesal se prohíbe someter al sujeto a un doble proceso sancionador, debiendo la Administración poner en conocimiento de la jurisdicción penal, los hechos que pudieran ser constitutivos de delito según lo recogido en el Código Penal, prohibiéndose la imposición de una sanción administrativa cuando ya ha sido dictada sentencia penal absolutoria respecto de los mismos hechos.

El principio de proporcionalidad y subsidiariedad informa tanto las penas como las sanciones administrativas, debiendo el legislador regular la imposición de ambas conforme a la gravedad de la conducta realizada.

La doctrina constitucional sentada tras la STC 2/2003 es la de preferencia incondicional de la jurisdicción penal respecto de la actividad sancionadora de la Administración, lo que determina las siguientes premisas:

– El necesario control por la jurisdicción de los actos administrativos mediante el correspondiente recurso.

– La prohibición a la Administración de actuar en procedimiento sancionador cuando los hechos pudieran ser constitutivos de delito según el Código Penal hasta que el orden jurisdiccional penal no se haya pronunciado.

– El obligado respeto a la cosa juzgada.

– La facultad del juez penal de condenar aun cuando ya exista sanción administrativa, en aplicación de la norma de la prevalencia de la jurisdicción penal sobre el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, debiendo descontar la sentencia penal o tenerse en cuenta en ejecución de ésta, lo ya

abonado a la Administración en trámite de ejecución de la sanción administrativa.

– Que esta absorción de la sanción administrativa en la condena penal resultará plenamente eficaz cuando exista identidad en la naturaleza de la imposición aflictiva, como en el caso de multa penal y multa administrativa, o de privación de ciertos derechos, pero no cuando las sanciones sean de distinta naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

BENLLOT PETIT, G: El Principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y del Derecho disciplinario. Revista del Poder Judicial, 51.

BOIX REIG. Los delitos contra la Hacienda Pública, Madrid, 1987, p.65.

CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F. La garantía constitucional de la inocencia. Universidad de Valencia. 2003.

DE MIGUEL, C./ ASTARLOA, E: La Aplicación del principio "non bis in idem" y el concurso de delitos en los delitos contra el medio ambiente, Actualidad Jurídica (Uria & Menéndez), 2, Junio 2002. Disponible en:

https://www.uria.com/documentos/publicaciones/895/documento/nonbis.pdf?id=1997

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: Curso de Derecho Administrativo. T. II. Madrid. 1998.

OCTAVIO DE TOLEDO, E: La prevaricación del funcionario público. Madrid. 1980.

MARINA JALVO, B., La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva docrina constitucional sobre el principio *nom bis in idem.* Revista de Administración Pública. 162, 2003. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/784928.pdf.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. Principio "*non bis in idem"*. ¿Una nueva doctrina constitucional?, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 1/2000.

NIETO GARCÍA, A.: Derecho Administrativo sancionador, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

SÁNCHEZ GARCÍA, I.: El Principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal, La Ley, 4, 1994.

* * * * * *

Dr. José Antonio Rodríguez Santisteban

Miembro del Cuerpo Jurídico Militar. Socio de la FICP.

~La receptación en los delitos contra el patrimonio militar~

Sumario.- I. Consideraciones generales. II. El bien jurídico protegido. III. Tipicidad. IV. Concursos. V. Penalidad. VI. Conclusión.

I. CONSIDERACIONES GENERALES[1].

La figura de la receptación se conserva en el Código Penal Militar (en adelante CPM) con una remisión total a las normas comunes, en concreto a los artículos 298, 303 y 304 respectivamente del Código penal (en adelante CPC) sin que implique especialidad alguna con respecto a esas disposiciones normativas o tipicidades en ellos recogidas. Opino que no se debería de haber incluido dentro del articulado del CPM y abogo por su supresión al ir en contra de la pretendida y predicada complementariedad deseada en el CPM de 2015 como razón fundamental para la elaboración de un nuevo texto penal castrense y la reforma de las normas de justicia militar que era el perseguir un CPM totalmente complementario[2].

En concreto, es dentro del Título V, del Libro segundo del CPM donde se inserta esta figura dentro de los denominados "delitos contra el patrimonio militar en el ámbito militar", siendo el artículo 85 el último de los preceptos dedicados a las infracciones contra la hacienda o patrimonio militar en la norma penal castrense de nuestro país, agrupándose diferentes conductas tipificadas en el citado título, de acuerdo a una función sistemática del bien jurídico[3], con el objetivo de salvaguardar y proteger los recursos materiales de las Fuerzas Armadas para poder cumplir las misiones encomendadas[4].

[1] La presente comunicación parte de los materiales con los que ya contaba su autor a lo largo de su investigación para realizar la tesis doctoral y que se incorporaron en gran medida al libro RODRIGUEZ SANTISTEBAN, Los delitos contra el patrimonio en el Código penal militar, Reus, 2017, Madrid.

Se sigue un hilo conductor con esos materiales para finalmente llegar a la conclusión que se pretende comunicar con la presente comunicación.

[2] Esa finalidad es señalada en el propio Preámbulo de la norma penal militar. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, El anteproyecto de Ley Orgánica (2013) del Código Penal Militar, en Revista Española de Derecho Militar núm. 100, pp. 92 y ss.

[3] POLAINO NAVARRETE, Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Tecnos. Madrid, pp. 136.

[4] GIMENO AMIGUET, Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y las faltas contra la Hacienda Militar, en la Jurisdicción Militar, CGPJ, 1992, pp. 404 y ss.

La clara incongruencia llevada a cabo por el legislador se manifiesta en que en el CPM no deben incluirse preceptos que se encuentren en las normas comunes, salvo que contengan una especialidad en el ámbito estrictamente castrense que lo justifiquen[5]. Además, durante el proceso de tramitación parlamentaria, diferentes grupos parlamentarios lo pusieron de manifiesto en distintos preceptos del anteproyecto con idénticas características, realizando propuestas que finalmente tuvieron éxito. Un ejemplo fue el suprimir los delitos contra la Administración de Justicia Militar por ser los mismos que los previstos en el CPC[6]. En ese supuesto finalmente se le otorga la competencia de su enjuiciamiento a la jurisdicción militar si se realizan esos delitos comunes contra la Justicia Militar.

En el caso de la receptación la respuesta que se debería haber dado desde mi punto de vista era la misma que para los delitos contra la Administración de Justicia Militar. No se justifica la inclusión de la receptación en el CPM como se desprende de la propia redacción del art. 85 del CPM que se remite sin especialidad y con las mismas penas a diferentes preceptos de la normativa común[7]. En palabras de Rodríguez-Villasante, se trata de «suprimir lo que hay de redundante y vano en las leyes castrenses, por entrañar repetición innecesaria de las normas comunes o regulación no justificada por su especialidad»[8]. Por esta razón, no encuentro motivo alguno para la inclusión de la receptación en la normativa penal militar.

Con el CPM de 2015 se ha pretendido incluir sólo aquellas infracciones que por las circunstancias o el sujeto que las comete o el daño efectivo que puede causar a la Administración Militar[9] atentan a bienes jurídicos militares. Son por ello, esencialmente

[5] CALDERÓN SUSÍN, Arbitrio judicial y circunstancias del delito en el Código de Justicia Militar, en Revista Española de Derecho Militar núm. 40, 1982, p. 164.

[6] Diferentes grupos parlamentarios formularon enmiendas a la supresión del Título del proyecto referido a los delitos contra la administración de justicia militar como son el grupo mixto, el vasco o el socialista (BOCG-CD Serie A núm. 110-2 de 26 de febrero de 2015).

[7] Durante la tramitación parlamentaria diferentes grupos parlamentarios plantearon enmiendas de supresión a este precepto por entender que no procedía su inclusión en un nuevo CPM como por ejemplo las enmiendas 30, 67, 99 y 165 (BOCG-CD Serie A núm. 110-2 de 26 de febrero de 2015).

[8] RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de CPM complementario, en Revista Española de Derecho Militar núm. 77, 2001, pp. 91 a 133

[9] QUIROGA DE ABARCA, La Administración Militar y su Responsabilidad Patrimonial, Editorial Montecorbo, 1988, pp. 256 y ss.

castrenses sin pretender militarizar infracciones comunes[10] de las que puede conocer la jurisdicción militar si otra norma, como por ejemplo la procesal, así lo habilitara[11].

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

El bien jurídico protegido es la hacienda militar[12]. Las practicas receptadoras incentivan la comisión de delitos contra el patrimonio[13], en este caso militar, pretendiendo transformar los bienes ilegítimamente obtenidos en dinero, sacándolos a personas que se dedican a adquirir a bajo precio efectos procedentes de delitos contra el patrimonio[14]. La incidencia que se pueden derivar en el trafico licito es una razón socioeconómica[15] de peso que también justifica por si misma su protección[16].

Los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar entran dentro de lo que la doctrina más especialidad califica de delitos comunes, en los que concurre alguna circunstancia de índole militar que puede justificar su inclusión dentro de las normas penales militares[17].

Para la jurisprudencia, el bien jurídico protegido en estos delitos, es «la integridad de los recursos de la Hacienda Pública en el ámbito militar necesarios para que las

[10] CALDERÓN SUSÍN, Comentario de urgencia al proyecto de Código Penal Militar», Revista General del Derecho, núm. 487, 1985, p. 908; VALENCIANO ALMOINA, En torno al nuevo Código de Justicia Militar, en Revista Española de Derecho Militar, núm. 35, 1978, p. 57.

[11] RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, El Derecho penal militar del siglo XXI…, p. 103.

[12]Acudiendo al lugar donde se regulan estos delitos se sigue la función sistemática que tiene el bien jurídico. ROXIN, CLAUS, Bien jurídico como instrumento de crítica legislativa, *en* Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Núm. 15-1. Ugr. Granada, p. 3; POLAINO NAVARRETE, Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Tecnos. Madrid, pp. 136 y ss.; CUELLO CONTRERAS/ MAPELLI CAFFARENA, Curso de Derecho Penal. Parte General. 3ªEd. Tecnos. Madrid, 2013, p. 52; MIR PUIG, Derecho Penal. (Parte General), 10ª edición, Reppetir. Barcelona, 2015, p. 162; El bien jurídico protegido hacienda militar o patrimonio militar es como todos los bienes jurídicos militares pluriofensivos, dirigido principalmente a la defensa de los recursos materiales y económicos de las Fuerzas Armadas para que pueden cumplir las funciones que las mismas tienen asignadas. Vease BLECUA FRAGA, Los delitos contra la Hacienda Militar, en Comentarios al Código Penal Militar, Civitas, 1988, p. 2017; GIMENO AMIGUET, Fraudes y abusos patrimoniales, pp. 423 y ss.

[13] Se trata de un factor criminológico consecuencia de que la receptación de bienes usurpados al patrimonio militar incentivan la comisión de los delitos contra la hacienda en el ámbito militar.

[14] ATS (Sala de lo Penal) de 25 de marzo de 1996 [LA LEY 3643/1996] y STS (Sala de lo Penal) de 24 de febrero de 2009 [LA LEY 3342/2009].

[15] La mayoría de los delitos militares son pluriofensivos. DE LEÓN Y VILLALBA, Condicionantes, normativos y extranormativos, del ilícito militar, en Derecho Penal Militar. Cuestiones fundamentales. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014, pp. 41 y ss.

[16] STS (Sala de lo Penal) de 16 de diciembre de 1998 [LA LEY 1263/1999].

[17] Diferentes autores de importancia dentro del ámbito del Derecho penal militar entienden que los delitos militares está sujetos a una clasificación. En concreto, diferencian entre 1- delitos inminente y fundamentalmente militares, en los que se vulneraría un interés jurídico militar; 2- los delitos esencialmente militares, en los que se vulnerarían bienes jurídicos comunes y militares, aunque lo dominante es el bien jurídico militar sobre el común; y 3- delitos comunes militares, en los que se describe un tipo común, pero por las circunstancias de la conducta o por su incidencia en la eficacia de las Fuerzas Armadas, o el servicio hacen que prevalezca su interés militar. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, El Principio de especialidad, en Comentarios al Código Penal Militar, Civitas, 1988, pp. 136.

Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que tienen constitucionalmente asignadas»[18], con el objetivo de que puedan realizar el correcto desarrollo de las funciones que han de ejercerse a través de la llamada organización bélica del Estado[19].

En base a lo anterior, las misiones, funciones u objetivos que se les encomiendan a las Fuerzas Armadas sólo podrán ser desarrollados y por tanto ejercidos con los necesarios recursos económicos y materiales, siendo los mismos un elemento esencial para ello, sin los cuales las altas funciones reconocidas en la propia Constitución Española (en el artículo 8[20]), no podrían ser llevadas a cabo y, por tanto implicaría la quiebra de la razón principal de la existencia de los ejércitos.

La inclusión del art. 85 del CPM no supone una protección extra al bien jurídico[21] garantizado en tipos de la norma común y, además supone una utilización simbólica o extra del Derecho penal militar. A pesar de ello algunos países de nuestro entorno lo tienen tipificado en su normativa militar[22], alejándolo claramente de la pretendida complementariedad de la norma penal castrense, complementariedad que implica el apartarse de la regulación común cuando deba exigirse por algún motivo concreto en base a criterios de especialidad[23] o de protección del bien jurídico, sin que en el caso concreto pueda ser advertida tal especialidad que diferencie las conductas previstas en el artículo 85 del CPM con respecto a lo previsto en las normas comunes.

III. TIPICIDAD.

Al producirse una remisión total a las normas comunes, el art. 85 CPM configura unos tipos impropios, que ni tan siquiera se pueden calificar, desde mi punto de vista, como especiales, consecuencia de que la especialidad brilla por su ausencia[24], al no darse ningún elemento diferenciador con respecto a lo dispuesto en el CPC.

[18] STS (Sala de lo Militar) de 14 de noviembre de 1994 (RJ 1994/9081).

[19] STC 60/1991, de 14 de marzo (BOE núm. 91 de 16 de abril, pp. 30 y ss).

[20] En la Constitución Española de 1978 se disponen como funciones-misiones de las Fuerzas Armadas la de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

[21] ZÁRATE CONDE/GONZALEZ CAMPO, Derecho Penal Parte General. La Ley. Madrid, 2015, p. 127

[22] El ejemplo más claro es el art. 166 del Código Penal Militar para tiempos de paz de Italia que recoge esta figura de la receptación. VENDITI, Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano. Settima edizione. Giuffrè Editore. Milano, 1997, pp. 183 y ss.

[23] RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, El Principio de especialidad, en Comentarios al Código Penal Militar, Civitas, 1988, pp. 101 y ss.

[24] MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, p. 296; POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: Lecciones de Derecho Penal…., p. 119; GOMEZ RIVERO, Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General. Tecnos. Madrid, 2015, p. 145.

Para que se dé la conducta típica es necesaria la existencia previa de un delito contra el patrimonio militar[25] y la actuación de un tercero que se aprovecha, reciba, adquiera u oculte los efectos del delito[26].

La conducta es dolosa. Ha de conocer el que la comete el tipo la comisión antecedente del delito contra el patrimonio militar[27], siendo posible el dolo eventual[28]. El dolo se puede desprender del ánimo de lucro que se exige en esta conducta[29]. No es posible la comisión por imprudencia en virtud del art. 12 del CPC[30]. El dolo[31] requiere el conocimiento de la situación típica (aunque no el de su prohibición) y el de los elementos objetivos que la configuran, ya sean estos descriptivos o normativos[32]. El desconocimiento o error sobre la concurrencia de estos elementos excluye el dolo y, por tanto, la tipicidad de este delito. La consumación se produce en el momento o instante que los efectos quedan a disposición o bajo la custodia del receptador[33]. El receptador puede ser cualquiera, ya sea militar, paisano o persona jurídica. Es uno de los pocos casos que el legislador entiende necesario para la tipificación que el sujeto activo no sea «el militar», apartándose del criterio general mantenido de incluir en el mismo a los paisanos o personas jurídicas[34].

IV. CONCURSOS.

Es posible que pueda darse un concurso de normas con el encubrimiento, que se resolverá atendiendo al *animus adiuvandi* del encubrimiento y al *animus lucrandi* de la

[25] STS (Sala de lo Penal) de 19 de diciembre de 2002 [LA LEY 440/2003]

[26] SSTS (Sala de lo Penal) de 30 de noviembre de 2002 [LA LEY 709/2003], de 18 de julio de 2003 [LA LEY 403/2003], de 24 de abril de 2000 [LA LEY 6994/2000], de 9 de junio de 1993, de 2 de febrero de 2009 [LA LEY 3345/2009] y de 16 de noviembre de 2007 [LA LEY 19364/2007].

[27] SSTS (Sala de lo Penal) de 20 de noviembre de 1995 [LA LEY 239/1996], de 12 de diciembre de 2001 [LA LEY 3098/2002], de 2 de febrero de 2009 [LA LEY 3345/2009], de 30 de noviembre de 2003 [LA LEY 709/2003], de 24 de febrero de 2009 [LA LEY 3342/2009], entre otras.

[28] STS de 24 de febrero de 2009 [LA LEY 3342/2009].

[29] STS de 28 de junio de 1991 [LA LEY 10793/1991].

[30] Señala la jurisprudencia que del «sistema de régimen *apertus* de los anteriores códigos penales se ha pasado al de numerus clausus o de clausula especifica en la punición de los delitos y faltas imprudentes o culposos, lo que supone una limitación del castigo de las conductas meramente imprudentes, aun cuando sean punibles los mismos comportamientos en su versión dolosa» STS (Sala de lo Penal) de 15 de marzo de 1997 [LA LEY 4587/1997], en idéntico sentido las SSTS (Sala de lo Penal) de 14 de septiembre de 2005 [LA LEY 1871/2005] y de 27 de enero[LA LEY 623/2009].

[31] HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, ADP, 1990, pp. 909 y ss.

[32] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, pp. 267 y ss.; MIR PUIG, Conocimiento y voluntad en el dolo, en CDJ, Elementos subjetivos de los tipos penales. Madrid. 1994, pp. 9 y ss.; POLAINO NAVARRETE, Lecciones de Derecho Penal…., p. 104; GOMEZ RIVERO, Nociones…, p. 199.

[33] STS de 20 de febrero de 1998 [LA LEY 2677/1998] y de 18 de diciembre de 2009 [LA LEY 283766/2009].

[34] Estas últimas responderán como autores o participes en los términos del art 31 y ss. del CPC.

receptación[35]. En el encubrimiento, la conducta se dirige a ayudar al autor o participe en un delito a alcanzar los propósitos de este o burlar la acción de la justicia, mientras en receptación hay un ánimo de lucro[36]. La determinación del ánimo de lucro será clave por tanto para aplicar uno u otro tipo.

El concurso real entre la receptación y la tenencia ilícita de armas[37] se producirá siempre que se produzca como requisito previo a la receptación un delito del art. 82.3 del CPM.

V. PENALIDAD.

En materia de penalidad, al seguirse lo dispuesto por las normas comunes, no hay cuestión alguna que señalar salvo que se castiga en virtud de la remisión que se hace al art. 304 del CPC[38] la provocación, la conspiración y la proposición, si se dan las circunstancias del art. 303 del CPC.

En definitiva, los delitos contra la hacienda o patrimonio militar, tipificados en el CPM, cumplen con carácter general con el principio de complementariedad que se predica de las disposiciones penales especiales, justificándose su inclusión dentro del texto penal militar, aunque, con alguna excepción, como es el caso del art. 85 del CPM. En todos estos delitos existe un bien jurídico principal, el patrimonio militar, que sirve de nexo de unión para agrupar las distintas figuras que se incluyen en el Título V del Libro II.

VI. CONCLUSIÓN

El último de los delitos militares contra el patrimonio militar tipificado en el CPM es la figura de la receptación. El legislador utiliza en el art. 85 del texto penal militar la técnica del reenvío sin añadir especialidad. Al no producirse especialidad alguna no hay nada que analizar de este precepto salvo que por ello, no se cumple la pretendida rigurosa complementariedad del CPM. Como propuesta, planteo su eliminación, en una posible reforma de la normativa penal castrense, por no aportar ni una sola diferencia con respecto las normas comunes ni tan siquiera en materia de penalidad, que es la misma que la prevista en las disposiciones a las que se hace el reenvío, manifestándose

[35] STS de 28 de junio de 1991 [LA LEY 10793/1991].
[36] STS de 7 de febrero de 2006 [LA LEY 11047/2006].
[37] STS de 25 de junio de 1993 [LA LEY 3914-5/1993].
[38] Si la conducta típica la realiza un empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente, educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

de este modo la incongruencia legislativa que ya se discutió durante la tramitación parlamentaria del proyecto que desemboco en el CPM de 2015 y que quiebra con la tan pretendida complementariedad de las normas penales militares como se ha puesto de manifiesto en este trabajo.

* * * * * *

Sacramento Ruiz Bosch

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

~Principios y fundamentos de la extradición~

Sumario.- I. Introducción. II. Extradición activa y pasiva. 1. La extradición activa. 2. La extradición pasiva. III. Principios de la extradición pasiva. 1. Principio de reciprocidad. 2. Principio de legalidad. 3. Principio de especialidad. 4. Principio de tipicidad o de doble incriminación. 5. Principio de exclusión de delitos de escasa gravedad. 6. Los principios de denegación de la extradición por delitos políticos o discriminatorios, y de no entrega del asilado. 7. Principio de denegación de la extradición por delitos militares. 8. Principios de conmutación de la pena de muerte y de no sometimiento del extraditado a penas inhumanas o tratos degradantes. 9. Principio de no entrega del nacional. 10. Principio de sometimiento a la jurisdicción ordinaria. 11. Principio *non bis in idem*. 12. Principio de no entrega en supuestos de extinción de la responsabilidad criminal. 13. Principio de no entrega de menores de edad cuando la extradición pueda impedir su reinserción social. IV. Conclusiones. Bibliografía y documentación utilizadas. –

I. INTRODUCCIÓN.

Expone BAHAMONDE BLANCO que la generalización del uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, y la desaparición o flexibilización de las fronteras, han generado un flujo constante de información, de bienes y de servicios, y un mayor desplazamiento de personas entre países, lo que tiene reflejo en la delincuencia, y por tanto, también debe tener reflejo en la forma de combatirla[1]. En el ámbito de la cooperación jurídica internacional penal, la extradición tiene por finalidad evitar la impunidad de los delitos[2]. Para el Tribunal Supremo, la extradición es un mecanismo de cooperación jurídica internacional con un fundamento doble: a) luchar contra la impunidad de los delitos comunes; o, b) garantizar el cumplimiento de las penas ya impuestas. Con ello, entiende al Alto Tribunal, se evita que quienes cometieron estos delitos, mediante su residencia en otro Estado, puedan sustraerse a los Tribunales que tienen la competencia para enjuiciarlos o para hacer cumplir las penas (vid. STS, Sala 3ª, 93/2019, de 30 de enero).

VIVÓ CABO indica que mediante los mecanismos de cooperación jurídica un Estado solicita colaboración a otro a fin de resolver distintos aspectos de un proceso judicial. En materia penal esta asistencia entre Estados estaba originariamente vinculada al instituto de la extradición, como máxima expresión de la cooperación internacional.

[1] BAHAMONDE BLANCO, M., La Ley Penal, 125, 2017, p. 1 (versión *on line* autonumerada).

[2] ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: lucha global contra la delincuencia organizada transnacional, 2009, p. 123.

Pero también existen otras figuras que se insertan en el ámbito de la cooperación internacional, y en concreto en el ámbito de la Unión Europea, en materia penal, podemos hablar de tres mecanismos, que son la Red Judicial Europea, Eurojust y la Euroorden[3].

Resalta TÉLLEZ AGUILERA la importancia que siempre ha tenido en el Derecho comunitario originario la cooperación judicial penal. Estas relaciones entre los países europeos se regían por el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 y por el Convenio Europeo de Extradición de 1957, aunque el propio desenvolvimiento de la política judicial común de la Unión Europea puso de manifiesto la necesidad de adaptar aquellos Convenios a la nueva realidad comunitaria, estableciendo mecanismos dirigidos simplificar y dotar de fluidez a las relaciones entre los Estados miembros[4].

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dedica el Capítulo VIII del Título III de su Libro III, a la cooperación judicial, y dentro de éste, los artículos 276 a 278 se refieren a la cooperación judicial internacional. El primero de estos preceptos, modificado por la LO 7/2015, de 21 de julio, remite la tramitación de las peticiones de cooperación internacional a las previsiones de los Tratados Internacionales, las normas de la Unión Europea y de la Legislación española.

En su artículo 277, la LOPJ ordena a los Juzgados y Tribunales españoles que presten "a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas sobre esta materia".

Los Juzgados y Tribunales españoles sólo podrán denegar su cooperación en los supuestos previstos en el artículo 278 LOPJ, en concreto: a) cuando el objeto o finalidad de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público; b) cuando el proceso del que dimane la solicitud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española; c) cuando el contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones propias de la autoridad judicial española requerida; o d) cuando la solicitud de cooperación internacional no reúna el contenido y requisitos mínimos exigidos por las leyes para su tramitación.

[3] VIVÓ CABO, S., La Ley Penal, 132, 2018, p. 4 (versión *on line* autonumerada).
[4] TÉLLEZ AGUILERA, A., La Ley Penal, 74, 2010, p. 1 (versión *on line* autonumerada).

Ahora bien, la extradición, como dice el AAN 283/2018, de 12 de julio (Voto Particular D. Ramón Sáez Valcarcel), "no es una simple mediación en la cooperación penal internacional, pues supone un mecanismo de tutela y garantía de los derechos y libertades esenciales de la persona, singularmente el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a no sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, las libertades ideológica, de pensamiento y expresión, los derechos de asociación y de manifestación, el derecho a residir en España o los relacionados con la tutela judicial efectiva, el proceso debido y la legalidad penal (artículos 15, 16, 17, 20, 21, 22, 24 y 25 de la Constitución y artículos 2, 3, 5, 6, 7, 9 y 10 de la Convención Europea de derechos humanos)".

II. EXTRADICIÓN ACTIVA Y PASIVA.

Aunque en sus orígenes la extradición obedeció a razones o motivaciones de índole político, sin embargo, con el paso del tiempo ha alcanzado el rango de institución jurídica, confluyendo en su estudio principalmente tres sectores del Derecho: el Derecho Internacional, el Derecho Penal y el Derecho Procesal (Penal). La distinción entre extradición activa y extradición pasiva se refiere al rol o papel que un mismo Estado puede desempeñar en dicho proceso, cuando ocupe la posición de Estado requirente hablaremos de extradición activa, y cuando actúe como Estado requerido, nos encontraremos ante la extradición pasiva[5].

1. La extradición activa.

Como adelantábamos, en la extradición activa el Estado requirente solicita la entrega de una persona al Estado requerido.

La extradición activa viene regulada en los artículos 824 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como dice CEZÓN GONZÁLEZ, en la extradición activa los trámites judiciales previos se realizan en el marco de un proceso judicial ya iniciado, en el que se han descubierto indicios de criminalidad contra una persona que no se encuentra a disposición del órgano judicial y que, o se presume fundadamente, o se sabe con seguridad, está en otro país[6].

[5] ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., Terrorismo, 2009, pp. 123-124.
[6] CEZÓN GONZÁLEZ, C., Derecho extradicional, 2003, p. 236.

El orden de prelación de fuentes en la extradición activa viene establecido en el artículo 827 LEC:

a) Primeramente, serán de aplicación los Tratados Internacionales vigentes con el País en cuyo territorio se encuentre la persona reclamada.

b) Cuando no exista Tratado, es decir, en defecto de éste, se aplicará el derecho escrito o consuetudinario vigente en el Estado al se solicite la extradición.

c) Y, en defecto de los anteriores, se aplicará el principio de reciprocidad.

El artículo 826 LECrim determina los supuestos en que, en nuestro país, es posible solicitar la extradición. Y así, sólo podrá solicitarse a otro Estado la extradición de:

a) Ciudadanos españoles que, habiendo delinquido en España, se refugien en otro País.

b) Ciudadanos españoles que, habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado español, se hubiesen refugiado en un País distinto de aquel en el que delinquieron.

c) Ciudadanos extranjeros que, debiendo ser juzgados en España, se refugien en un País distinto al suyo.

El Juzgado o Tribunal competente para pedir la extradición será "el conozca de la causa en que estuviese procesado el reo ausente en territorio extranjero" (artículo 828 LECrim). La petición de extradición podrá ser acordada por el Juzgado o Tribunal competente mediante resolución motivada, bien de oficio o bien a instancia de parte (artículo 829 LECrim), y se hará en forma de Suplicatorio dirigido al Ministerio de Justicia, salvo en los supuestos en que por existir Tratado con el Estado en cuyo territorio se encuentre el procesado, sea posible, conforme a sus previsiones, que el Juez o Tribunal que conozca de la causa pueda pedir directamente la extradición (artículo 831 LECrim).

2. La extradición pasiva.

Para el Tribunal Constitucional la extradición pasiva es un procedimiento de carácter mixto, administrativo-judicial, en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por otro Estado en su demanda de extradición (STC 141/1998, de 29 de junio).

BAUTISTA SAMANIEGO distingue dos sistemas legales a la hora de afrontar la regulación jurídica de la extradición por los distintos Estados:

a) El sistema seguido por los países que requieren de la previa existencia de un Tratado de extradición con el Estado requirente[7]; y

b) El sistema de aquellos otros países que no requieren de Tratado o Pacto de extradición, siendo suficiente con la aplicación de su propio ordenamiento jurídico. En España rige este segundo criterio, ya que no es preciso que exista un Tratado con el Estado reclamante para acceder a la extradición, siendo suficiente la aplicación de la Constitución, la Ley de Extradición Pasiva y el principio de reciprocidad[8].

A las fuentes normativas de la extradición pasiva se refiere el artículo 13.3 de la Constitución Española de 1978, cuando establece que "La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo".

El régimen de la extradición pasiva en nuestro país venía regulado en la Ley de 26 de diciembre de 1958. En la actualidad está regulada en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. El Tribunal Constitucional ha declarado el carácter supletorio de la LEP respecto a los Tratados Internacionales suscritos por España sobre la materia (STC 11/1985, de 30 de enero). La propia LEP establece en su artículo 1 que rige en defecto de lo expresamente previsto en los Tratados Internacionales de los que España sea parte, y que, en todo caso, la extradición sólo se puede conceder atendiendo al principio de reciprocidad.

En el ámbito de la extradición pasiva, la STC 141/1998, de 29 de junio (con referencia a la STC 11/1983 y el ATC 307/1986), distinguió entre:

a) La extradición pasiva procesal o de imputado: que se dará cuando se solicita "la entrega del sujeto para ser enjuiciado por los Tribunales del Estado requirente, al que se le acusa de haber cometido un hecho punible".

b) La extradición pasiva ejecutiva o de condenado: que se dará cuando se solicita por el Estado requirente "la puesta a disposición de un individuo que en su momento fue

[7] BAUTISTA SAMANIEGO, C. M., La Ley Penal, 108, 2014, p. 1 (versión *on line* autonumerada).
[8] BAUTISTA SAMANIEGO, C. M., La Ley Penal, 108, 2014, p. 1 (versión *on line* autonumerada).

enjuiciado penalmente e incluso condenado, sin que llegara a cumplir la pena o la medida de seguridad impuesta con el objeto de que efectivamente la cumpla".

Asimismo, ha indicado el Tribunal Constitucional (SSTC 102/1997, 222/1997, 5/1998; AATC 307/1986, 263/1989, 277/1997), que en la vía judicial que se integra en el proceso de extradición, no se decide sobre la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino que, simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en la Ley para acordar la entrega del afectado.

Pero, también ha declarado el Tribunal Constitucional que, habida cuenta que con el procedimiento de extradición pasiva "se concreta un estrecho complejo de actuaciones imbricadas, en el país requirente y en el requerido, el destino del extraditado en aquél no es ni puede ser indiferente para las autoridades de éste. Por ello, se encuentran obligadas a prevenir la vulneración de derechos fundamentales, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento, incluso si esa vulneración se espera de autoridades extranjeras, atrayéndose la competencia de los Tribunales españoles por el dominio de que disponen sobre la situación personal del extraditado, y, por tanto, por los medios con que cuentan para remediar los efectos de las irregularidades denunciadas" (STC 13/1994, de 17 de enero).

III. PRINCIPIOS RECTORES DE LA EXTRADICIÓN PASIVA.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha venido perfilando varios de los límites que la Constitución de 1978 impone a la potestad de las autoridades españolas para acordar la extradición, fundamentalmente los derivados de los artículos 17, 24 y 25 del Texto Constitucional. Como explica el AAN 283/2018, de 12 de julio (Voto Particular D. Ramón Sáez Valcárcel), es una consecuencia de la efectividad de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, incluido el Derecho internacional relativo a los derechos humanos y el Derecho humanitario, el establecimiento de "límites precisos a la colaboración penal entre los Estados porque el núcleo esencial de los derechos -aquellos que pertenecen al ser humano en cuanto persona, al margen de su ciudadanía- vinculan a la comunidad internacional y obligan a todos los Estados".

Siguiendo las previsiones constitucionales y legales, nos referiremos a los siguientes principios que rigen la extradición pasiva:

1. Principio de reciprocidad.

La reciprocidad "significa un pacto o compromiso de comportarse de la misma manera, una expectativa de igual o equivalente trato, en casos idénticos desde el punto de vista objetivo y subjetivo" (AAN 283/2018, de 12 de julio, Voto Particular D. Ramón Sáez Valcárcel).

VACAS FERNÁNDEZ explica que el principio de reciprocidad se presenta como uno de los principios informadores de las relaciones entre los Estados en la Sociedad internacional. Se trata de "un mecanismo básico de regulación de las relaciones en cualquier sociedad y, en consecuencia, funciona como un principio guía de las mismas", de manera que, "cuanto menos institucionalizada se encuentra una sociedad mayor será la importancia de este principio como guía de las relaciones de los sujetos que actúan en la misma y a la inversa" y que por ello "en las sociedades internas organizadas en Estados de derecho la importancia de la reciprocidad sea menor, puesto que su función ha sido asumida por el Estado mismo a través de la institucionalización y centralización de la producción normativa, de un lado, y de los mecanismos de aplicación del Derecho, de otro"[9].

Como adelantábamos, este principio se recoge a nivel constitucional en el artículo 13. 3, y también se refiere a él el artículo 1 LEP, cuando en su segundo apartado determina que la extradición sólo podrá concederse atendiendo al principio de reciprocidad, pudiendo exigir el Gobierno una garantía de reciprocidad al Estado requirente.

La existencia de Convenios de extradición supone ya de por sí un indicio de reciprocidad entre los Estados. Cuando no existe Tratado con el Estado requirente de extradición, conforme al primer apartado del artículo 1 LEP, la reclamación queda sometida a la legislación española, lo que "reclama del tribunal de la extradición una verificación rigurosa de los requerimientos de carácter jurídico constitucional que impone el principio de reciprocidad". La reciprocidad "tiene una función correctora, es un requisito adicional, que deviene una técnica de limitación de la extradición cuando formalmente parezca conforme a derecho" (AAN 283/2018, de 12 de julio, Voto Particular D. Ramón Sáez Valcárcel).

[9] VACAS FERNÁNDEZ, F., El reconocimiento del derecho al sufragio de los extranjeros en España un análisis desde el Derecho Internacional, p. 54.

2. Principio de legalidad.

El Tribunal Constitucional, en Autos 274/1987 y 499/1988, afirma la vigencia del principio *nulla traditio sine lege*. Este principio implica que la primera y más fundamental garantía del proceso extraditorio sea que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones que menciona el art. 13. 3 CE, es decir, un Tratado, una Ley, o en atención al principio de reciprocidad (STC 141/1998, de 29 de junio).

El principio de legalidad implica (STC 141/1998, de 29 de junio):

a) Que la extradición ha de quedar sometida a reglas jurídicas, y no exclusivamente a la voluntad de los Estados, "que no pueden extraditar arbitrariamente a quienes se encuentran en su territorio, según se deriva del art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del art. 5.1 f) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"

b) Que la actuación de los órganos judiciales que contribuyen a la decisión favorable o desfavorable respecto a la entrega, ha de subordinarse a normas adoptadas por los legítimos representantes.

c) Y, una mayor seguridad jurídica para los destinarios de la medida de extradición, en cuanto que ésta "determina efectos perjudiciales en la esfera del afectado y, en sentido amplio, en su derecho a la libertad".

3. Principio de especialidad.

El principio de especialidad supone que el extraditado sólo puede ser juzgado y condenado por aquellos delitos en los que se basó la solicitud de extradición.

Este principio se recoge en el artículo 21 LEP, que determina la necesidad de solicitar autorización ampliatoria de la extradición concedida:

a) Para que la persona extraditada "pueda ser juzgada, sentenciada o sometida a cualquier restricción de su libertad personal, por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición".

b) Y "para conceder la reextradición de la persona entregada a un tercer Estado".

Los requisitos exigibles a la solicitud de ampliación de extradición serán los mismos que rigen para una solicitud ordinaria (AAN 53/2018, de 20 de septiembre).

4. Principio de tipicidad o de doble incriminación.

Indica el recientísimo AAN 10/2020, de 5 de junio, que el principio de la doble incriminación, también llamado principio de tipicidad, implica que el hecho por el que se pide la extradición además de ser delictivo, debe estar sancionado tanto en la legislación punitiva del Estado requirente como en la del Estado requerido.

Para valorar si concurre el principio de doble incriminación "no se ha de atender al *nomen iuris* del delito por el que se interesa la extradición, ni siquiera a la estructura y naturaleza del tipo, sino únicamente a si los hechos, tal y como se relatan en el escrito de acusación, resultan delictivos en el Ordenamiento Jurídico del Estado requerido" (AAN 10/2020, de 5 de junio). Así pues, es suficiente con "que la infracción esté tipificada en la legislación de ambos países, sin que, en consecuencia, deba estar incluida en la lista cerrada; sistema éste olvidado en la actualidad, aunque continúe imperando en viejos Convenios bilaterales del pasado siglo" (Preámbulo de la LEP).

En palabras del AAN 56/2019, de 1 de julio, el principio de la doble incriminación se cumple con la incriminación en ambos países del mismo hecho, aunque aparezcan tipificados bajo *nomen iuris* diversos y comporten penas distintas, siempre que quede satisfecho el mínimo punitivo.

La necesidad de la doble incriminación se recoge en el artículo 2 LEP, que seguidamente pasamos a examinar al hilo del estudio del principio de exclusión de la extradición pasiva de los delitos de escasa gravedad.

5. Principio de exclusión de delitos de escasa gravedad.

Conforme al artículo 2 LEP la extradición se podrá conceder:

a) Por hechos para los que tanto la legislación española como la legislación del Estado requirente señalen una pena o medida de seguridad con duración no inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave.

b) O cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad por hechos también tipificados en España.

Ahora bien, recoge el mismo artículo 2 LEP, que cuando la solicitud de extradición se refiera a varios hechos y sólo concurran en algunos de ellos los requisitos anteriormente expresados sobre duración de las penas o medidas de seguridad, será

posible extender el acuerdo de extradición también a los que tengan señalada penalidad inferior.

Así pues, la Ley establece un límite mínimo a la gravedad del hecho, determinada por la pena aplicable (un año), o aplicada en sentencia condenatoria (cuatro meses).

El artículo 4.2 LEP también excluye de la extradición los delitos "cometidos a través de los medios de comunicación social en el ejercicio de la libertad de expresión", y los delitos "que sólo son perseguibles a instancia de parte, con excepción de los delitos de violación, estupro, rapto y abusos deshonestos".

6. Los principios de denegación de la extradición por delitos políticos o discriminatorios, y de no entrega del asilado.

El artículo 13.3 CE excluye expresamente los delitos políticos de la extradición pasiva, y también se recoge esta exclusión en el apartado 1º del artículo 4 LEP.

Asimismo, conforme al artículo 5.1 LEP, se puede denegar la extradición si "se tuvieran razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por tales consideraciones".

La Sala Penal de la Audiencia Nacional en Auto 24/2019, de 8 de abril, declaró que el "derecho extradicional prohíbe la persecución penal con intencionalidad política, en la medida que no se permite la criminalización del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales", poniendo de relieve la existencia de "un reconocimiento universal de la protección de quien es perseguido por delitos políticos mediante la garantía de no entrega o expulsión, de la que es expresión la constitucionalización de dicha garantía de la libertad y de la disidencia política entre nosotros, al proclamarse la exclusión de la extradición por delitos políticos en el artículo 13 de la Constitución. No se consideran delitos de carácter político los actos de terrorismo, los crímenes de derecho internacional competencia de la Corte Penal Internacional, genocidio, lesa humanidad y contra poblaciones y sujetos protegidos en conflicto armado, ni el atentado contra la vida de un jefe de Estado o su familia (artículo 4.1 de la ley de extradición pasiva)".

El Convenio Europeo de extradición, con la finalidad de evitar persecuciones arbitrarias, injustas o espurias, establece en su artículo 3 la prohibición de entrega de quien es perseguido de manera encubierta por razones políticas en aquellos casos en que el Estado requerido "tuviere razones fundadas para creer que la solicitud de extradición motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por una u otra de tales consideraciones" (AAN 245/2013, de 15 de noviembre).

No será posible conceder la extradición de personas a las que se hubiere reconocido el derecho de asilo, que es la garantía de protección típica frente a persecuciones políticas (artículo 4.8 de la ley de extradición pasiva). "El reconocimiento del derecho de asilo hace innecesaria la prueba de la persecución con intencionalidad política" (AAN 24/2019, de 8 de abril). Ahora bien, la propia LEP expresa que, el hecho de que no se haya reconocido a una persona la condición de asilado, cualquiera que sea su causa, no impedirá la denegación de la extradición por cualquiera de las causas legales.

Quien tiene reconocido el derecho de asilo debe ser excluido de la extradición. Aunque extradición y derecho de asilo tienen fundamento y naturaleza diferentes, también tienen puntos de confluencia. Es indudable que el derecho de asilo tiene incidencia en las relaciones internacionales, y "comporta que, con fundamento en el reconocimiento de los derechos humanos para todas las personas en todos los lugares y su protección por todos los Estados, se impone a la obligación general de todos ellos de no entregar a un ciudadano que reside en su territorio, cuando es reclamado por otro Estado, siempre que haya fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual". Y es "ese temor a sufrir tratos inhumanos o degradantes o ser objeto de torturas, lo que justifica que se deniega la entrega y se facilite la estancia de una persona en un País que, de no existir ese riesgo, no tendría derecho a permanecer en él, conforme a su régimen legal de estancia" (STS, Sala 3ª, 93/2019, de 30 de enero).

Los artículos 18. 1º. d) y 19. 2º de la Ley 12/2009, suspenden, pero no excluyen, los procedimientos de extradición, cuando se haya solicitado el asilo.

7. Principio de denegación de la extradición por delitos militares.

El apartado 2º del artículo 4 LEP excluye los delitos militares tipificados por la legislación española, aunque sin perjuicio de lo que al respecto puedan establecer los Convenios internacionales en los que España sea parte.

"La aprobación del Código Penal Militar por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, no constituyó una mera reforma de las leyes penales militares sino su adecuación a la Constitución española, desarrollando su artículo 117.5 al proclamar los principios de legalidad, culpabilidad, igualdad y retroactividad de la ley penal más favorable; e inició la codificación separada de las leyes orgánicas relativas a la Justicia militar que había de culminar en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal militar, para cumplir el propósito inaplazable de reformar el sistema judicial castrense según los principios constitucionales" (Preámbulo del Código Penal Militar de 2015).

Los llamados delitos militares y su punición se regulan en la actualidad en la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. En esta Ley Orgánica, el concepto de delito militar abarca no sólo los definidos específicamente en su Parte Especial como delitos tales, "sino también aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos estricta o esencialmente militares incriminados en la legislación penal común, siempre que sean cualificados por la condición militar del autor y, además, por su especial afección a los intereses, al servicio y a la eficacia de la organización castrense" (Preámbulo del Código Penal Militar de 2015).

8. Principios de conmutación de la pena de muerte y de no sometimiento del extraditado a penas inhumanas o tratos degradantes.

Los principios de conmutación de la pena de muerte y de no sometimiento del extraditado a penas inhumanas o tratos degradantes se recogen en el apartado 6º del artículo 4 LEP, cuando prohíbe la extradición en los casos en que el Estado requirente no dé garantías de que la persona reclamada no será ejecutada o de que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal, o a tratos inhumanos o degradantes.

El artículo 15 CE reconoce el derecho fundamental de todos a la vida y a la integridad física y moral, prohibiendo expresamente la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, y declara abolida la pena de muerte, "salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

El AAN 39/2019, de 3 de junio, señala que "la proscripción de las penas inhumanas o tratos degradantes, como es la prisión de por vida, sin más aditamentos, se consagra en el artículo 15 de la Constitución, en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al implicar la cancelación de cualquier esperanza de libertad y hacer imposible la reeducación y la reinserción social del penado, que configuran los fines rehabilitadores de las penas privativas de libertad, como expresa el artículo 25.2 de nuestra Constitución".

9. Principio de no entrega del nacional.

Según primer apartado del artículo 3 LEP, no es posible conceder la extradición de los españoles, y tampoco la extradición de los extranjeros por delitos de los que corresponda conocer a los Tribunales españoles según el ordenamiento jurídico español.

Entienden GÓMEZ-JARA y SANTOS ALONSO que el principio de no entrega de los nacionales, "está relacionado con el vínculo entre soberano y súbdito a los efectos del ejercicio del *ius puniendi*: es el soberano del que el ciudadano es nacional el que tiene un «mejor» derecho a la hora de conocer y, en su caso, sancionar los comportamientos de sus súbditos. De ahí que la prohibición de extradición de los nacionales venga acompañada del conocido principio en el ámbito extradicional *aut dedere aut judicare"*[10].

Para OLLÉ SESÉ, los mismos "orígenes del Derecho extradicional delatan la existencia de una inicial regla general en el Derecho internacional y en el interno de los Estados que prohibía entregar a los propios nacionales a un tercer Estado". Esta regla coincide con el criterio mantenido por en el artículo 3.1 LEP[11], que proscribe la entrega de los ciudadanos españoles a otros Estados[12].

Indican también GÓMEZ-JARA y SANTOS ALONSO que, en los casos en que el Estado requerido se niega a extraditar a su súbdito, el Estado requirente ha de tener la

[10] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C./ SANTOS ALONSO, J., La Ley Penal 126, 2017, p. 2 (versión *on line* autonumerada).

[11] Artículo 3.1 LEP: **"**No se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales españoles, según el Ordenamiento nacional. La cualidad de nacional será apreciada por el Tribunal competente para conocer de la extradición en el momento de la decisión sobre la misma, con arreglo a los preceptos correspondientes del Ordenamiento jurídico español, y siempre que no fuera adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición".

[12] OLLÉ SESÉ, M., La Ley Penal 142, 2020, p. 2 (versión *on line* autonumerada).

posibilidad de entablar la acción penal ante la jurisdicción del Estado requerido[13]. En este sentido, prevé el artículo 3 LEP que denegada la extradición de un español, cuando lo solicite el Estado en el que se hayan ejecutado los hechos, el Gobierno español deberá dar cuenta del hecho que motivó la petición al Ministerio Fiscal, a fin de que, en su caso, se proceda judicialmente contra la persona reclamada. "Si así se acordare, solicitará del Estado requirente que remita las actuaciones practicadas o copia de las mismas para continuar el procedimiento penal en España" (artículo 3 LEP).

Para los casos de doble nacionalidad, la doctrina constitucional otorga preferencia a la nacionalidad efectivamente ejercida sin interrupciones (STC 181/2004, de 2 de noviembre).

10. Principio de sometimiento a la jurisdicción ordinaria.

El artículo 4. 3º LEP impide la extradición de una persona que deba ser juzgada por un Tribunal de excepción.

Recordemos que la Constitución de 1978 prohíbe expresamente los Tribunales de Excepción en su artículo 117.6. Esta previsión constitucional supone la interdicción del "juez excepcional", la del "juez *ad hoc*", en el sentido de situado fuera tanto de la jurisdicción ordinaria como de las jurisdicciones especiales reconocidas constitucionalmente (ATC 324/1993, de 26 de octubre), como la del "juez *ex post facto*", es decir, del juez creado con posterioridad a la iniciación del proceso (STC 65/1994, de 28 de febrero).

11. Principio *non bis in idem*.

El apartado 5º del artículo 4 LEP recoge la prohibición de extraditar a quien haya sido o esté siendo juzgado en España por los mismos hechos que sirvan de base a la solicitud de extradición.

Ahora bien, el precepto determina la posibilidad de acceder a la extradición "cuando se hubiere decidido no entablar persecución o poner fin al procedimiento pendiente por los referidos hechos y no haya tenido lugar por sobreseimiento libre o cualquier otra resolución que deba producir el efecto de cosa juzgada".

[13] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C./ SANTOS ALONSO, J., La Ley Penal 126, 2017, p. 2 (versión *on line* autonumerada).

12. Principio de no entrega en supuestos de extinción de la responsabilidad criminal.

El artículo 4. 4.º LEP proscribe también la extradición pasiva en los casos en que "se haya extinguido la responsabilidad criminal, conforme a la legislación española o la del Estado requirente".

La responsabilidad criminal se extingue, según el artículo 130 CP por: a) la muerte del reo; b) el cumplimiento de la condena; c) por la remisión definitiva de la pena; d) por el indulto; e) por el perdón del ofendido en el caso de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea; f) Por la prescripción del delito; y g) por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

Siguiendo a QUINTANO, señala LUZÓN CUESTA que "las causas de extinción de la responsabilidad penal implican previamente su existencia, unas veces pendiente del ejercicio de la acción y otras del cumplimiento de la pena ya pronunciada"[14].

13. Principio de no entrega de menores de edad cuando la extradición pueda impedir su reinserción social.

Asimismo, en virtud del artículo 5.2 LEP, no procederá conceder la extradición "cuando la persona reclamada sea menor de dieciocho años en el momento de la demanda de extradición y teniendo residencia habitual en España, se considere que la extradición puede impedir su reinserción social, sin perjuicio de adoptar, de acuerdo con las autoridades del Estado requirente, las medidas más apropiadas".

Es doctrina reiterada del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que es posible la extradición de menores de dieciocho años y mayores de catorce, pues conforme a nuestra legislación, estos menores son responsables en los términos que regula la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, en concordancia con el artículo 19 del Código Penal (Autos del Pleno de 3 de noviembre de 1999, y de 5 de junio de 2002). Por debajo de esa edad, no cabría su enjuiciamiento ni como mayor, ni como menor de edad (AAN 22/2008, de 18 de febrero).

[14] LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte general, 1997, p. 284.

IV. CONCLUSIONES.

Todo el ordenamiento jurídico y su aplicación por los distintos operadores jurídicos, incluida la materia que nos ocupa, debe ser interpretado conforme a la Constitución en cuanto norma suprema.

Del artículo 9.1 CE[15] cabe deducir con GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo. La sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución es una consecuencia de su carácter normativo. Además, la Constitución forma parte del ordenamiento jurídico, como puede extraerse de la redacción de su artículo 9.1. La vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos sin excepción, y entre ellos a los Jueces y Tribunales. Declara asimismo el artículo 53.1 CE que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I vinculan a todos los poderes públicos. La aplicabilidad directa de la regulación constitucional relativa a los derechos fundamentales faculta a cualquier ciudadano para recabar su tutela, en primer lugar, ante los Tribunales ordinarios[16].

Todas estas consideraciones tienen plena aplicación en el derecho extradicional. Como indica el ya referido Voto Particular emitido en el AAN 283/2018, de 12 de julio, no puede resultar indiferente el destino de la persona reclamada, pues la entrega puede constituir una violación indirecta de los derechos fundamentales en aquellos casos en que exista la posibilidad de su vulneración por el Estado requirente. Por esta razón, se deberán adoptar las medidas oportunas para prevenir o impedir que un peligro de lesión se convierta en un daño efectivo, y para ello, se podrá denegar la entrega de la persona requerida, o, incluso condicionarla de manera suficiente para conjurar tal riesgo.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADAS. -

BAHAMONDE BLANCO, M., Vías de comunicación en el auxilio judicial penal, La Ley Penal n.º 125, marzo-abril 2017.

BAUTISTA SAMANIEGO, C. M., Los principios extradicionales a la luz de la jurisprudencia, La Ley Penal n.º 108, mayo-junio 2014.

CEZÓN GONZÁLEZ, C., Derecho extradicional, Dykinson, Madrid, 2003.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: lucha global contra la delincuencia organizada transnacional, Editorial Visión Libros, Segovia, 2009.

[15] Artículo 9.1 CE: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

[16] GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, T. R., Curso, 1987, pp. 106-113.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, T. R., Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1987.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C./ SANTOS ALONSO, J., Extradición y ciudadanía europea: la revolución de la STJUE de 6 de septiembre de 2016 (Caso Petruhhin) y el primer pronunciamiento de la Audiencia Nacional, La Ley Penal n.º 126, mayo-junio 2017.

LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte general, Dykinson, Madrid, 1997.

OLLÉ SESÉ, M./ LAMARCA PÉREZ, C., La reforma del principio de justicia universal (1), La Ley Penal n.º 83, junio 2011.

OLLÉ SESÉ, M., Hacia un concepto común del principio de jurisdicción universal y del (nuevo) principio de jurisdicción penal interestatal, La Ley Penal n.º 127, julio-agosto 2017.

OLLÉ SESÉ, M., La extradición de ciudadanos de la Unión Europea que circulan por estados miembros distintos a los de su nacionalidad, La Ley Penal n.º 142, enero-febrero 2020.

TÉLLEZ AGUILERA, A., Nuevas posibilidades de cooperación en la ejecución penal en el marco del Tratado de Lisboa y del Programa de Estocolmo (1), La Ley Penal n.º 74, septiembre 2010.

VACAS FERNÁNDEZ, F., El reconocimiento del derecho al sufragio de los extranjeros en España un análisis desde el Derecho Internacional, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2010.

VIVÓ CABO, S., La globalización del delito: ciberdelincuencia, La Ley Penal n.º 132, mayo-junio 2018.

ATC 324/1993, de 26 de octubre.

STC 11/1985, de 30 de enero.

STC 13/1994, de 17 de enero.

STC 65/1994, de 28 de febrero.

STC 141/1998, de 29 de junio.

STC 181/2004, de 2 de noviembre.

STS, Sala 3ª, 93/2019, de 30 de enero.

AAN 22/2008, de 18 de febrero.

AAN 245/2013, de 15 de noviembre.

AAN 283/2018, de 12 de julio.

AAN 24/2019, de 8 de abril.

AAN 39/2019, de 3 de junio.

AAN 56/2019, de 1 de julio.

AAN 10/2020, de 5 de junio.

* * * * * *

Xènia San José Arévalo

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

~Los testigos protegidos: el límite de su protección y el derecho de defensa~

Sumario.- I.- Introducción. II.- Finalidad y ámbito de aplicación. III.- El testigo protegido, el testigo oculto y, el testigo anónimo. IV.- El límite de la protección a los testigos y el derecho de defensa. V.- Conclusiones. VI.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Respecto de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, según expresa Marchena Gómez, M., "tiene su antecedente… en las razones sociológicas recogidas en la exposición de motivos del Tratado Internacional respecto de la Convención contra la Tortura que fue ratificado por el Estado español y publicado en el BOE de 9 de noviembre de 1987, y que en su artículo 13 previene la necesidad de que el Estado tome las medidas adecuadas para asegurar que los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia del testimonio prestado…".[1]

La aplicación de la citada ley nos ha hecho conocedores de las complejidad que genera su aplicación practica, especialmente en cuanto a las dificultades existentes para compatibilizar los bienes jurídicos de ambas partes, es decir, los personales del testigo que se ponen en riesgo con la practica de la testifical o pericial que deba llevarse a cabo y, el derecho de defensa de los encausados y las garantías procesales necesarias para el procedimiento penal.

En ese sentido, su exposición de motivos, nos muestra el conflicto existente en los ciudadanos entre su voluntad de colaborar con la Administración de Justicia y sus servidores y el tomar conciencia de que dicha colaboración podría provocar inseguridad para poder mantener, en igual modo que hasta ese momento, su vida, actividad y rutina diaria. Colaborar con la justicia en las causas penales puede conllevar la posibilidad de sufrir represalias, lo que, sin lugar a dudas, produce desasosiego y temor en los ciudadanos y ello, podría perjudicar la correcta función de la administración de justicia, afectando directamente a la instrucción de las causas al no poderse practicar con

[1] MARCHENA GÓMEZ, M., en: Rives Seva (dir.), La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 2016.

normalidad las pruebas que pudieran resultar necesarias para el enjuiciamiento y posterior fallo del delito.

II. FINALIDAD Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

La finalidad de la aprobación de la ley, es que quede regulada para su aplicación, la salvaguarda de los testigos o peritos que deban actuar en un proceso penal, con el fin de que puedan cumplir con el deber constitucional de colaboración con la justicia.

Por ello, su contenido ostenta un propósito protector que recoge las directrices establecidas en el derecho comparado de forma que ha resultado absolutamente necesario que se promulguen normas que lleven a cabo, conforme ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la efectiva protección de los testigos y peritos.

Podemos observar que el contenido de la Ley es breve y además del ámbito de aplicación, que consta regulado en el artículo 1 y las medidas protectoras y garantías del justiciable que consta en los artículos 2 y 3, la norma, establece medidas complementarias para la protección que serán aplicadas por la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tal como se establece en el articulo 4 y último de la propia ley.

No obstante, la precitada norma pretende, como se ha dicho, la protección de testigos y peritos, pero en ese sentido, el TEDH, (en el caso Von Mechelen contra Países Bajos, sentencia de 23 de abril de 1997), declaró que aunque es legítimo adoptar medidas para garantizar la seguridad del testigo, como preservar la identidad y la imagen, no podrá restringir, los derechos de defensa de los investigados, salvo en aquello que resulte estrictamente necesario, (parágrafo 58).

Es decir, la pretendida protección de dichos colaboradores encuentra como primer elemento disonante, la absoluta necesidad de mantener un proceso con todas las garantías, por ello, ese carácter protector para testigos y peritos, no puede ser ni absoluto ni ilimitado debiendo conjugar el derecho a un proceso penal, con todas las garantías, es decir, el derecho a un proceso y un juicio justo, respetando el principio de contradicción, tutela y seguridad necesaria y los derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

En base a lo anterior, se deberá conjugar el derecho a la seguridad y el derecho a la defensa, de tal modo que aquellos que deban comparecer a juicio para colaborar con

la justicia sientan esa protección frente a los posibles peligros que puedan provenir de los investigados. Para ello, se ha establecido el sistema del anonimato de testigos y peritos y de sus familiares para evitar una posible adulteración de sus declaraciones provocada por la inseguridad o temor que esas circunstancias pudieren causarle. Dichas medidas serán aplicadas por el juez de instrucción, que conozca de la causa, en un primer momento y/o por el juez de lo penal que deba enjuiciar y que decidirán después de ponderar y valorar el peligro real existente para los testigos y peritos y sus familiares y los bienes jurídicos en conflicto.[2]

La resolución que establezca las medidas de protección que deberán llevarse a cabo, deberá ser motivada tanto si ha sido solicitada de parte o estimada de oficio y podrá adoptar diferentes medidas tales como preservar la identidad, el domicilio y la profesión del testigo protegido, pudiéndose, en su lugar, utilizar un número u otra fórmula para su llamamiento a comparecer a la práctica de cualquier actuación judicial de modo que quede garantizada la imposibilidad de su identificación visual, pudiéndose también, a efectos de notificaciones y citaciones, fijar la dirección de la sede judicial correspondiente a modo de domicilio.

En el marco de la aplicación de la ley, las diferentes fiscalías deberán llevar un registro de los procedimientos con testigos amparados para facilitar el control y seguimiento de esas causas penales.

En virtud de lo anterior, la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, de la FGE ha expuesto en relación a determinados actos procesales que la videoconferencia puede ser un instrumento técnico adecuado para la aplicación de las medidas de protección de testigos y peritos en causas criminales y especialmente cuando exista de forma real y grave un peligro para la persona protegida, sus familiares, su libertad y sus bienes.

Según la STS de 3 de marzo de 1999, el peligro supone la realidad de un mal que con mucha probabilidad pueda afectar a la persona protegida que quiera o deba

[2] La STS de 10 de febrero de 2010 señala que el articulo 4.1 "confiere atribuciones al órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos, no sólo para resolver sobre las medidas acordadas en esta materia por el Juez de Instrucción, sino también respecto de la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes" Conforme declara la STS de 5 de junio de 2008 "la existencia del peligro supone la expresión de un mal muy probable sobre la persona, libertad o bienestar de quien colabora con la Administración de Justicia o sus allegados inmediatos. La objetivación de ese peligro, que lógicamente aparece teñido de subjetivización por quien lo siente, ha de realizarla el Juez o Tribunal que acuerda la aplicación del mecanismo de protección previsto en la ley. En su consecuencia, se valorarán los intereses y la situación conflictual y se acordará lo procedente apreciando racionalmente la existencia de un peligro grave para la persona, libertades o bienes".

colaborar con la justicia, a su libertad, su bienestar y su familia cercana. Dicha expresión de peligro conllevará un sentimiento en aquellas personas afectadas por esa obligación de colaboración, que como indica Magro Servet, V,[3] será subjetivo para los afectados y deberá ser valorado de forma objetiva por quien deba aplicar, al respecto, las medidas que ofrece la propia ley.

III. EL TESTIGO PROTEGIDO, EL TESTIGO OCULTO Y, EL TESTIGO ANÓNIMO

La declaración del testigo será aquel conocimiento que de forma directa tiene o ha tenido la persona protegida sobre unos hechos y respecto de los cuales no es parte, que puedan ser constitutivos de delito y cuya exposición formen parte de la prueba necesaria para la posible imputación o condena del infractor, coadyuvando a formar el convencimiento del juzgador sobre los hechos relatados de los que ha tenido noticia directa y sobre la verdad de un hecho de interés para el proceso.[4]

La figura del testigo anónimo, conlleva el desconocimiento de la verdadera identidad por parte del tribunal, de la defensa o de ambos. Puede ocurrir que no se conozca su identidad por circunstancias especiales o que el tribunal conozca la identidad y haya decidido mantenerla en el anonimato para las partes. Dicha figura, ha recibido el rechazo de nuestro TS, entre otras en la STS de 8 de noviembre de 2006 y la STEDH de 15 de julio de 1996 al considerar que no permite la aplicación del principio de contradicción, ni conocer si ese testigo es parcial, hostil o falso y que sin ese conocimiento, la defensa no podrá determinar la credibilidad del testigo, aunque si podría servir de indicio para llevar a cabo una investigación. Tampoco deberá servir una denuncia anónima sino para iniciar una investigación sobre los hechos denunciados, pero en ambos casos, dichas figuras deberán quedar sustentadas en otras pruebas que deberán haberse introducido en el acervo probatorio, no pudiendo en caso contrario, formar prueba suficiente para considerar al investigado como autor de los hechos. [5]

[3] MAGRO SERVET, V., La Ley Penal, 75.

[4] MORENO CATENA, V., Derecho Procesal Penal, 2008, p. 102, 2008.

[5] Con relación al anonimato del testigo, apunta la *STS de 29 de enero de 2015* que, "como uno de tales instrumentos de protección, el TEDH 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". "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"

En definitiva, como ya se ha expuesto, la figura del testigo anónimo fue introducida en el ordenamiento por la Ley Orgánica de protección a testigos y peritos en causas criminales, LO 19/1994, de 23 de diciembre, que permite otorgar el estatuto de "testigo protegido" a aquellas personas que cumpliendo su deber constitucional de colaboración con la Justicia intervienen en procedimientos penales, siempre que exista un peligro para su integridad personal como consecuencia de su actuación en el proceso. El artículo 1.2 de la LOPTP exige la apreciación racional por parte de la autoridad judicial del peligro grave en que se encuentre o pueda encontrarse la persona protegida y sus familiares, cónyuge o análogo, ascendientes, hermanos o descendientes.

En base a eso, para acordar el anonimato de los testigos o peritos, la autoridad judicial, tanto el juez de instrucción como, en su caso, el de enjuiciamiento, deberán considerar la existencia de un peligro grave para la persona, libertad o bienes y de sus familiares y podrá adoptar motivadamente las medidas de protección que consistirán en la reserva de los datos de identidad del testigo o perito tanto actuando de oficio como a petición de parte. El artículo 2 de la citada Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre establece que el Juez instructor acordará motivadamente las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de

> "la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:
>
> a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.
>
> b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.
>
> c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario".

Para poder otorgar la consideración de testigo protegido debe existir un equilibrio entre los derechos del investigado y los de los testigos, victimas y peritos por lo que no pueden ser ilimitadas debiendo evitar la vulneración de los principios del proceso penal manteniendo un proceso con todas las garantías y ponderando los intereses contrapuestos como es el derecho de defensa contra la tutela de los derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

No obstante, el artículo 4.3 de la citada ley, establece que si cualquiera de las partes lo solicita motivadamente en su escrito de calificación, acusación o defensa, el Juez o Tribunal, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, viene obligado a comunicar el nombre y apellidos de los testigos y peritos, hasta entonces anónimos, que hayan de declarar en juicio, aunque manteniendo el resto de medidas de protección que se hayan adoptado. En ese sentido y a pesar de lo que establece la ley, el TS ha declarado en varias sentencias que la obligación del órgano de enjuiciamiento de desvelar la identidad de los testigos anónimos a requerimiento de la defensa puede ser exceptuada en aquellos supuestos en que concurran circunstancias especiales que así lo aconsejen. En base a ello, el tribunal competente deberá ponderar, los intereses contrapuestos que se dan en el proceso, entre el derecho de defensa del investigado o acusado, y la seguridad del testigo que deba ser protegido en cuanto a que dicha testifical provoque un riesgo cierto para la persona protegida y sus familiares.

Por su parte, el artículo 4.5 establece que las declaraciones prestadas en fase de instrucción por testigos o peritos protegidos solamente podrán tener valor de prueba si son ratificadas en el juicio oral, salvo los supuestos de imposibilidad, en los que habrá de aplicarse el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En ese sentido el TS ha manifestado en diversas ocasiones que la declaración del testigo anónimo, para que pueda ser considerada prueba de cargo, deberá revestir el requisito de que el anonimato lo haya acordado el órgano judicial mediante decisión motivada en la que, conste que se han ponderado de forma razonable los intereses en conflicto, expuestos anteriormente, que se compense la limitación que puede producir en la defensa el anonimato del testigo con medidas alternativas que permitan al acusado combatir la declaración del testigo en cuanto a su fiabilidad y credibilidad y, por último, que la declaración del testigo anónimo no sea la única prueba en la que descanse el acervo probatorio ya que por sí misma no podría enervar la presunción de inocencia.[6]

Por ultimo, el testimonio anónimo no puede ser la prueba única o decisiva en que se funde la condena. Además, los órganos judiciales deben conocer la identidad del testigo y contar con una valoración de su credibilidad, sea por el propio órgano de enjuiciamiento, sea por un informe previo del juez de instrucción.

[6] STS 5805/2013 - ECLI: ES:TS:2013:5805280791200120131009l4, Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Madrid, 03/12/2013, 10587/2013, 910/2013, Procedimiento Abreviado/Sumario, Ponente: Colmenero Menéndez de Luarca, M.

El anonimato, además, ha de considerarse un último recurso frente a otras medidas de protección del testigo, toda vez que produce una limitación al derecho de defensa que deberá ser contrarrestada de modo suficiente, no pudiendo privarse la oportunidad de poner a prueba de algún modo la credibilidad del testigo anónimo.

Por su parte, el testigo oculto, será aquel que no puede ser visto por el investigado durante su declaración en el plenario, por ejemplo, la testifical practicada a través del biombo o mampara protectora que impedirá la confrontación visual directa con el acusado. En ese sentido la SSTS 913/97, de 24 de junio y 343/99, de 9 de marzo indica que ello no entraría en colisión con la exigencia de la celebración de los debates con las garantías del articulo 24 de la CE y de los principios de oralidad, contradicción, defensa, inmediación e igualdad de armas, toda vez que el hecho de no poder visualizar al testigo, podría, es verdad, afectar a la publicidad de los debates, y por ello deberá ser una decisión ponderada y motivada por el tribunal, especialmente en cuanto a los bienes jurídicos en conflicto, no obstante, si todas las pruebas se han practicado en audiencia publica, el debate se ha llevado a cabo de forma publica y la defensa letrada ha podido interrogar al testigo del mismo modo que cualquier otra parte del proceso, tales como el Ministerio Fiscal o la acusación particular, no se estará produciendo indefensión, ni desigualdad en el trato procesal de las partes, ni lesión del derecho a la prueba. En ese sentido el Tribunal Constitucional considera que pudiera ser una anomalía, ese modo de prestar declaración en un juicio pero, no tiene incidencia en el derecho fundamental a un juicio publico con todas las garantías.

En cuanto al uso de biombos en las Salas de Vistas, cabe hacer constar que el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS de 6 de octubre de 2000, establece que de conformidad a lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica de protección de testigos y peritos en causa criminal, la posibilidad de que se adopte alguna medida que imposibilite la visualización del testigo en el acto del juicio oral, bajo la exigencia de una razonable motivación por parte del Tribunal. Esta motivación, podrá acordarse en el mismo acto de la vista dejando constancia en el acta del juicio sin necesidad de que la resolución deba ser separada y escrita y en la que constará además las manifestaciones de las partes. La falta de motivación podría ser controlada casacionalmente y podría provocar la nulidad del juicio con la consecuencia de la celebración de uno nuevo, con otra composición del Tribunal.

IV. EL LÍMITE DE LA PROTECCIÓN A LOS TESTIGOS Y EL DERECHO DE DEFENSA

Desde la entrada en vigor de La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales se ha podido constatar las importantes dificultades que suscita la posibilidad de compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos protegidos del testigo que necesariamente se ponen en riesgo en el momento en que entra en juego el derecho de defensa de los encausados y, el mas absoluto respeto a las garantías procesales que debe conllevar cualquier actuación penal y mas especialmente, el enjuiciamiento penal, respecto del cual se impone la necesaria aplicación de los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción en la practica de la prueba testifical practicada en el plenario.

Como cuestión esencial, se pone sobre la mesa, la limitación de la protección establecida para los testigos y peritos y el propio derecho de defensa de los investigados en causas criminales. Resulta difícil en la practica conseguir la equilibrada ponderación entre la necesaria protección de dichos testigos y peritos y el mantenimiento de las garantías del derecho de defensa. Por ello, finalizada la instrucción y remitidas las actuaciones al Tribunal sentenciador, éste deberá motivadamente decidir sobre el mantenimiento, la modificación o supresión de la medida acordada durante la instrucción de la causa.

La protección de testigos tendrá su limite en la no vulneración de los derechos de defensa, a un proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia, especialmente si el testigo declara sin ser visto ni por los acusados ni sus defensas y con su voz distorsionada y si el tribunal valora dicha prueba testifical anónima, como la única prueba de cargo del procedimiento, toda vez que es durante el plenario que se desplegará en toda su extensión el acervo probatorio que deberá ser contrarrestado, analizado y valorado en toda su amplitud para determinarse, con todas las garantías, la culpabilidad o inocencia del acusado.

En relación a lo anterior, no puede obviarse la especial protección que menores víctimas y/o testigos tienen para la comparecencia a la vista oral señalada. Hay doctrina jurisprudencial que aboga por una protección mayor en los testigos menores de edad, que sean víctimas u ofendidos por algunos delitos, especialmente los de contenido sexual, al considerarse la afectación en el desarrollo de la personalidad que pueda conllevar la vivencia evitando, siempre que sea posible la reiteración de los hechos en

los distintos órdenes judiciales necesarios para la finalización del proceso.[7] Para evitar esas reiteraciones que van en perjuicio, sin duda de los menores, deberá tenerse en cuenta las posibilidades reales de practicar dichas declaraciones mediante pruebas preconstituidas y en presencia de profesionales.

Por otro lado, se encuentran también en un ámbito de protección especial, las declaraciones testificales de las víctimas de la violencia de género. En este sentido, el articulo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece una dispensa que permite a la victima tomar la decisión de no declarar en contra del procesado. Esta posibilidad se encuentra limitada en virtud del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala II del TS de 24 de abril de 2013, en el que establece que cuanto la victima estuviera personada en la causa como acusación particular y en caso de que los hechos se produjeran con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la relación, las testigos, no podrán acogerse a la dispensa, debiendo prestar declaración como testigo con las advertencias que a tal figura corresponden.

Otro de los limites que deberá ser tenido en cuenta a la hora de confrontar los derechos fundamentales que asisten a testigos y peritos protegidos con el derecho un proceso penal con todas las garantías es, la obligatoriedad de desvelar la identidad de dichos testigos y peritos con anterioridad al inicio del juicio oral, si así lo solicitare alguna de las partes en su escrito de calificación[8]. En ese sentido la STS de 29 de enero de 2015, establece que ante la petición motivada de las partes de conocer la identidad de testigos o peritos respecto de los que se haya admitido su declaración en el plenario, deberá en el mismo auto de admisión de pruebas desvelar los datos necesarios, nombre y apellidos y manteniendo el resto de garantías establecidas.

Ello, coincide con lo expuesto en anteriores epígrafes en cuanto a la posibilidad de que una prueba llevada a cabo con total desconocimiento del deponente, no podría ser prueba de cargo por afectar directamente al derecho del acusado de poder interrogar a los testigos. Como ya se ha dicho ese desconocimiento, además de afectar la verosimilitud y posible credibilidad del testigo, no permite conocer las especiales circunstancias que han llevado al testigo a declarar y en base a que conocimientos podría declarar contra del procesado, mermando sin duda, la capacidad de defensa del

[7] Circular de la Fiscalía General del Estado número 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores victimas y testigos.

[8] Tribunal Supremo Sala 2ª, STS de 29/1/2015, nº 51/2015, ROJ: STS 373:2015, ECLI: ES:TS:2015:373; Ponente: Granados Pérez, Carlos.

acusado y limitando sobradamente las garantías del proceso penal. Como se ha expuesto, el propio el TEDH los principios del proceso penal no pueden verse afectados por la protección de testigos o peritos.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha analizado la relevancia constitucional de la valoración de la credibilidad y fiabilidad de un testimonio prestado por un testigo de quien los acusados ignoran su identidad y que declara oculto en el acto del juicio oral. A partir de la doctrina del TEDH entiende que el testimonio del testigo anónimo, deberá reunir los requisitos anteriormente expuestos de motivación y ponderación de los intereses en conflicto y de compensación de la limitación para la defensa en cuanto a la credibilidad y fiabilidad del testigo y, que concurran otros elementos probatorios, para que pueda considerarse como prueba de cargo. En base a ello, si el testimonio de un testigo protegido es la única prueba de cargo en la que se basa la condena del investigado, se vulneraria el derecho a la presunción de inocencia toda vez que la condena se habría sustentado en una prueba que no ha respetado las debidas garantías de los investigados y que se apoya en otras pruebas practicadas para validar la citada prueba testifical.

V. CONCLUSIONES

La polémica entre los derechos inherentes a la protección de las victimas de delitos y el respeto a los derechos de los investigados a tener un juicio penal con todas las garantías es uno de los ejemplos mas claro de la versatilidad del derecho que no se ocupa únicamente de instruir y penar, sino también de proteger a aquellos que también son parte del procedimiento y en ocasiones se encuentran en una situación de vulnerabilidad y debilidad por haber vivido situaciones dolorosas y porque después de ellas deben además soportar todo el procedimiento penal, obligados en ocasiones a acreditar que los hechos denunciados y de los que son victimas, han ocurrido o han ocurrido en el modo explicado y denunciado y en otras de defenderse de los ataques que para desmentir los hechos denunciados llevan a cabo las defensas mas agresivas de los investigados.

Resulta evidente que para el sistema es muy complejo encontrar el equilibrio entre la protección de esos intereses mas vulnerabilizados y la protección también de los intereses del acusado de los hechos para poder llevar a cabo un procedimiento penal con todas las garantías que requiere el sistema procesal-penal para que no se vean afectados los derechos fundamentales necesarios en esa posición.

La Ley La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, ha pretendido que con su aplicación se protejan esos derechos de las victimas especialmente en cuanto a la obligatoriedad de colaborar con la justicia y el temor a las posibles represalias que ello puede conllevar, especialmente en asuntos penales relevantes.

No obstante, esa protección que sin duda debe procurarse, encuentra su limite en los derechos que como investigado o procesado tiene el presunto autor de los hechos. Esa confluencia de derechos queda solapada en determinados momentos debiendo intentar aplicar las medidas necesarias para que esos derechos se encuentren perfectamente protegidos sin alterar los derechos contrapuestos para que lo actuado en favor de una de las partes no pueda causar indefensión en la otra.

VI. BIBLIOGRAFÍA

MARCHENA GÓMEZ, M., Capítulo IX, La prueba testifical, en Rives Seva (dir.), La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Aranzadi, Navarra, 2016.

MAGRO SERVET, V., Régimen legal de los testigos protegidos en el proceso penal; La Ley Penal, 75, 2010.

MORENO CATENA, V, Derecho procesal penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Sentencias del TS

STS de 10 de febrero de 2010

STS de 5 de junio de 2008

STS de 3 de marzo de 1999

STS 913/97 de 24 de junio

STS 343/99 de 9 de marzo

STS de 29 de enero de 2015

STS 5805/2013 de 03/12/2013

Instrucción de FGE de 3/2002, de 1 de marzo

Sentencias del TEDH

STEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson contra Holanda

STEDH de 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen contra Holanda

* * * * * *

M.ª José Santacatalina Revelles
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.
Socia de la FICP.

~La fase de instrucción y las diligencias de prueba en el ámbito penal~

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La cuestión de distinguir la fase de instrucción de las diligencias de prueba en el ámbito penal entre los actores del ámbito penal ha llevado y lleva durante el proceso a no pocos recursos que en primera instancia se resuelven por el recurso de reforma para posteriormente resolverse en recurso de apelación, lo que provoca una dilación innecesaria del proceso que repercute directamente en el justiciable, tanto para el investigado como para la víctima, y por ello es necesario tener muy definidas ambas fases y el por qué no se deben practicar más diligencias de las necesarias en la primera fase y la necesidad de aportar todas las que se interesen y sean pertinentes en la segunda, tanto en aras a constatar la existencia de un hecho contrario a la norma cometido por un sujeto cierto y determinado, como en aras a establecer que con dicha actuación no se ha infringido precepto legal alguno y existe imputación como para la exculpación proporcionando la efectiva tutela judicial que ampara al justiciable según nuestra carta magna y hacerlas valer todas ellas en el plenario.

1. Que es la fase de instrucción.

La fase de instrucción viene encaminada a constatar en primer lugar el órgano instructor competente para realizar la misma y en segundo lugar una vez determinada la competencia, establecer que el hecho sometido a investigación es delictivo o no, determinará que lo sea si previamente ha sido tipificado en la ley sustantiva de forma taxativa no semejante, pues si la acción puede por analogía apreciarse dentro de la esfera penal esta debe ser excluida inmediatamente de cualquier investigación en este ámbito como hecho merecedor de una sanción penal, pues recordemos que la jurisdicción penal es la última ratio lo que implica que solo debemos incluir acciones típicas merecedoras de reproche previamente reguladas, recordemos que el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en reiteradas sentencias en cuanto a la Analogía in malam partem, prohibiendo totalmente la misma así como la necesidad de hacer una interpretación intensiva para sujetar la acción al reproche penal, y si la conducta no está contemplada como delictiva por lex certa et previa, no lo es, recordemos que si el Juez

instructor entendiere que una conducta es merecedora de una sanción penal debe dirigir al Gobierno esta apreciación, como bien dispone el artículo 4 del CP y no seguir con la instrucción para hacerla encajar analógicamente en un tipo delictivo y merecedora de una sanción penal, así también lo ha entendido numerosos juristas[1].

Una vez constatado lo anterior, es decir, que se pueda imputar a un sujeto determinado una conducta que ostente un carácter suficiente para tener efectos procesales, aparentemente delictivos en un sentido general, ya que en esta fase procesal que es indiciaria del proceso debe contener un hecho punible desde la regulación del art. 118 de la Lecrim, cualquier otra realidad objetiva quedaría descartada en una conducta que no fuera merecedora de sanción penal y estuviera prescrita en otro ámbito dentro del ordenamiento jurídico como puede ser el administrativo, el civil o simplemente quedar en diligencias policiales, en esta misma línea se pronuncia la doctrina, coincidiendo con este razonamiento el artículo La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación publicado por el catedrático D. José María ASENCIO MELLADO.[2]

La fase de instrucción debe estar dirigida a constituir la imputación a un sujeto/s cierto/s y determinado/s[3].

[1] Sobre ello, ASENCIO MELLADO, José María. La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación, Revista General de Derecho Procesal 40 (2016), que cita diversa bibliografía: por delito hay que entender una conducta tipificada como tal por el Código Penal, punible. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A; Derecho Penal. Parte General. Reedición en Lima, 2012, p. 79. Una acción penada por la ley conforme al art. 10 CP, cuyo origen cabe hallar en el CP de 1848. Vide IÑESTA PASTOR, E; El Código Penal Español de 1848, Valencia, 2011, pp. 328 y ss. Igualmente cabe citar los arts. 308, 309 bis, 757, 758 (que precisan de una calificación para determinar el procedimiento aplicable) y 795 entre otros. Véanse REVILLA GONZÁLEZ, JA; El interrogatorio del imputado, Valencia 2000, p.25. LÓPEZ YAGÚES, V; La condición de imputado en el proceso penal español. Formas de adquisición y status jurídico que conlleva. Ideas para su reforma. En "La reforma del proceso penal. Obra colectiva. Madrid 2011, p. 27. Sobre las diferentes imputaciones o estadios de la imputación, vide RAMOS MÉNDEZ, F; Enjuiciamiento Criminal. Novena lectura constitucional. Barcelona 2010, p. 132. MUERZA ESPARZA, J: Derecho Procesal Penal. Varios autores. Madrid 2007, p. 161-162. FERREIRO BAAMONDE, X; Derecho Procesal Penal. Varios autores. Navarra 2010, pp. 141 y ss. GIMENO SENDRA, V; Manual de Derecho Procesal Penal. Madrid 2015, pp. 290 y ss.

[2] ASENCIO MELLADO, José María. Revista General de Derecho Procesal 40 (2016), p. 4.

[3] ASENCIO MELLADO, José María. Revista General de Derecho Procesal 40 (2016), p. 4: "Una cosa es investigar un hecho que hipotéticamente puede ser delictivo; otra, muy diferente, que se pueda entender suficiente esa mera hipótesis para constituir a un sujeto en parte de un proceso penal, imputarlo y dotarlo de un derecho de defensa sin objeto penal definido, sin que consten sus elementos típicos esenciales. Más aún, que esa imputación de un hecho no delictivo sirva para interrumpir, entre otros extremos, la prescripción (art. 132 CP). No cabe duda de que aceptar que una mera inculpación de hechos no punibles sirve a efectos de interrumpir la prescripción, se traduce en poco más que admitir lo propio de una denuncia o una querella sin fundamento. Poco se habría avanzado si no se acude a una interpretación material, no formal de una cuestión tan esencial".

2. Que es la fase de prueba

La fase de prueba sólo está prevista para el plenario, momento en el que el juzgador sin haber intervenido en la aportación de ninguna de las pruebas ni en la constatación de los hechos, determinará la objetividad de que la acción que se le ha sometido a juicio es constitutiva de delito o no y que esta ha sido ejecutada de forma directa o indiciaria por el sujeto sometido a investigación y en esa primera fase de juicio llamado investigado, si así se prueba en el plenario, actuación que debe realizar la acusación tanto si es particular y pública o dirigida exclusivamente por el ministerio fiscal puesto que en el proceso penal español se presume la inocencia, cualidad que debe ser destruida con la prueba practicada para la imposición de una pena, probada que la conducta es delictiva esta será merecedora de sanción, sanción que deberá ajustarse a la establecida en el tipo delictivo de forma previa (artículo 1, 2 y 3 del CP) en aras a la seguridad jurídica, sin que se pueda imponer más pena que la allí establecida (artículo 4 del CP) ni sanción más grave la solicitada, principio acusatorio, por la acusación o el ministerio fiscal, que actuará en todo proceso penal en su función de defensa de la legalidad, y en consecuencia en su escrito de calificación puede sostener la acusación o bien pedir el sobreseimiento de la causa, por ello al ministerio público se le debe considerar como parte en el más estricto sentido de Orden Público.

II. ACTUACIÓN PREVIA A LA FASE DE INSTRUCCIÓN.

Para que una actuación entre en el ámbito penal debe existir una conducta merecedora de reproche y regulada como tal, por ello el sujeto agraviado o las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado actuando en el ámbito que le es propio cada una de ellas pueden interesar la persecución de la conducta el primero mediante denuncia (ante las fuerzas del orden o directamente ante el juzgado de guardia) o querella, el segundo iniciadas las diligencias de investigación sobre una actuación que pudiera ser constitutiva de delito y con indicios suficientes para considerar autor de la misma a un sujeto cierto y determinado lo pondrá en conocimiento del juez de guardia mediante atestado o diligencias de investigación que someterán al Juez que estimen competente, quien determinará su propia competencia atendiendo a los criterios que marca la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim.).[4]

[4] LECRIM. Artículo 14 Fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes: 1. Para el conocimiento y fallo de los juicios por delito leve, el Juez de Instrucción, salvo que la competencia corresponda al Juez de Violencia

En cuanto al particular que pone en conocimiento del juez de guardia un hecho que pudiera ser constitutivo de delito, sin mostrarse parte en la causa personándose como acusador privado o acusación popular, ni ser el agraviado, no solicitará practica de instrucción alguna para constatar la existencia del hecho ni la criminalidad de la conducta o su imputación a un sujeto determinado, todas estas actuaciones se encomendarán por el juez instructor a policía judicial, si la denuncia no fue presentada directamente ante las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, pues esta fase de investigación goza de una naturaleza doble en primer lugar en cuanto a la actuación policial dentro del ámbito administrativo, en segundo lugar en cuanto a la actuación de carácter jurisdiccional, y es el Juez instructor tiene la obligación de realizar la investigación necesaria cuando tenga conocimiento de la existencia de una causa por delito, cumpliéndose así su carácter inquisitivo y acusatorio[5] iniciando la vía judicial con incoación bien del procedimiento ordinario o "Sumario", Jurado, Diligencias Previas, Diligencias Urgentes, Juicio por delito leve / juicio por delito leve inmediato.

Si los hechos estuvieran comprendidos dentro del ámbito de delitos Leves en los que rige el principio acusatorio,[6] sin practica de instrucción alguna se señalará día para

sobre la Mujer de conformidad con el número 5 de este artículo. 2. Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine. Artículo 15 Cuando no conste el lugar en que se haya cometido una falta o delito, serán Jueces y Tribunales competentes en su caso para conocer de la causa o juicio: 1º El del término municipal, partido o circunscripción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito. 2º El del término municipal, partido o circunscripción en que el presunto reo haya sido aprehendido. 3º El de la residencia del reo presunto. 4º Cualquiera que hubiese tenido noticia del delito. Si se suscitase competencia entre estos Jueces o Tribunales, se decidirá dando la preferencia por el orden con que están expresados en los números que preceden.

[5] Diligencias de investigación del Ministerio Fiscal STS, Sala 2ª, 21/4/2015 "Dijimos en la STS 228/2013, de 22 de marzo, que la investigación judicial de los hechos, es una función administrativa y, en parte, jurisdiccional, de ahí la doble naturaleza inquisitiva y acusatoria que la caracteriza. El juez de instrucción es quien tiene encomendada la función de instruir las causas por delitos. Por ello es una manifestación del principio de oficialidad - o de necesidad o de legalidad - que el proceso penal debe comenzar cuando llega a conocimiento del Juez una conducta con apariencia delictiva. Esta competencia originaria sobre las diligencias de investigación es compartida, en nuestro actual ordenamiento con las funciones que puedan actuar por propia autoridad, o por delegación del Juez, la Policía Judicial, actuando bajo su dependencia o la del Ministerio Fiscal, y el mismo Ministerio Público, con un carácter pre procesal. No es una función jurisdiccional, sino previa a la instrucción judicial."

[6] La configuración procesal del enjuiciamiento de faltas que proclama en el mismo la vigencia plena del principio acusatorio, es sostenida de forma unánime y numerosa por el Tribunal Constitucional (SSTC 8-7-85, 28-1-87, 11-2-1987, 31-10-88, 27-11-89, 20-2-87, 6-4-87, entre otras). Así, y según la STC 11/92, de 27 de enero, el art. 24 de la Constitución "consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, incluido el juicio de faltas, conforme el cual nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria". En el mismo sentido la STC 54/91, de 11 de marzo, cuando afirma "al juez de instrucción le es necesario para proceder a la apertura del juicio oral la existencia de una acusación previa, ajena al mismo..."; o la STC de 4 de octubre de 1985, que declaró que " el juicio de faltas se rige fundamentalmente por el principio acusatorio, teniendo relevancia constitucional las infracciones de este principio, toda vez que un proceso con todas las garantías del art. 24 de la Constitución requiere que exista una acusación, no siendo posible

Juicio citándose por la Policía Judicial, si se trata de un juicio Inmediato Leve o por el Juez de instrucción para el resto de juicios, al denunciante y al denunciado a Juicio al que deberán comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse, lo que se les apercibirá previamente en la cédula de citación, en este caso el denunciado si no pudiere comparecer al acto de Juicio podrá ejercer su derecho de defensa mediante escrito remitido con antelación al día señalado para la vista, momento en el que se practicara con la inmediación judicial todos los medios de prueba aportados por la acusación en aras a constatar su existencia y la imputación que realiza y por la defensa en su vertiente de exculpación, previa declaración de pertinencia, en estos delitos No existe fase instructora.

En cuanto al particular que pone en conocimiento del juez de guardia un hecho que pudiera ser constitutivo de delito, sin mostrarse parte en la causa personándose como acusador privado o acusación popular, ni ser el agraviado, no solicitará practica de instrucción alguna para constatar la existencia del hecho ni la criminalidad de la conducta o su imputación a un sujeto determinado,[7] todas estas actuaciones se encomendarán por el Juez instructor a policía judicial, si la denuncia no fue presentada directamente ante las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, pues esta fase de investigación goza de una naturaleza doble en cuanto a la actuación policial dentro del ámbito administrativo y en segundo lugar en cuanto a la actuación de carácter jurisdiccional, pues el Juez instructor tiene la obligación de instruir cuando tenga conocimiento de la existencia de una causa por delito, cumpliéndose así su carácter inquisitivo y acusatorio[8] iniciando la vía judicial con incoación bien del procedimiento ordinario sumario, diligencias previas, diligencias urgentes, juicio inmediato por delito leve, juicio por delito leve, tribunal de jurado.

> "El proceso no tiene o no debe tener -pues se trata ésta de una cuestión discutible y discutida, como objeto la búsqueda de posibles delitos, sino la investigación de hechos con apariencia delictiva. Un objeto mucho más concreto y reducido. No se puede convertir el proceso en un mecanismo ajeno, más policial que jurídico, ni al Juez en un

---

la condena sin la misma, pues ello violaría, tanto el derecho a la defensa del art. 24.1º de la constitución como el derecho a un proceso con todas las garantías del párrafo segundo de este mismo precepto constitucional".

[7] Como recuerda ASENCIO MELLADO, José María. Revista General de Derecho Procesal 40 (2016), p. 6 en relación con MORENO CATENA, V; El proceso penal. (Obra colectiva). Volumen II. Valencia 2000, pp. 870-871, la instrucción no es investigación sobre presuntas conductas delictivas, sino que, puesta en relación con el juicio oral, tiene la finalidad de constatar si se dan los presupuestos necesarios para abrir dicha fase y si se presentan con la intensidad necesaria como para imponer al inculpado tal carga. "La instrucción sirve para propiciar un adecuado 'juicio de acusación'".

[8] Diligencias de investigación del Ministerio Fiscal STS, Sala 2ª, 21/4/2015. Véase n. 5.

> director de las investigaciones prospectivas a que conduce la actividad que indaga en sospechas sobre hechos no configurados como delito. Es necesario, pues, señalar lo que debe ser objeto de una imputación penal, pues, a partir de ahí, se deberá atribuir su investigación no sólo a quien corresponda conforme a su función, sino, a la vez, la posición procesal del sujeto afectado. Y ésta no puede equipararse confundiendo bajo el mismo término de imputado a quien sufre una investigación sin base en hechos que pueden ser calificados de delito por reunir todos los elementos de una conducta típica y al que es el destinatario de una auténtica inculpación penal, sin confirmarse plenamente o sin ser analizada contradictoriamente, pero sí de forma concreta y definida. Como manifiesta el TS en su auto de 16 de julio de 2013)"[9].

Sin dejar de lado otros procedimientos donde también se da la fase de instrucción como lo son las "Diligencias Urgentes", en las que la fase de instrucción es tan rápida que puede llegar a confundirse con la misma prueba del plenario y por ello merece una especial atención en este estudio, sin que la práctica de la instrucción que en estas se practica difiera a la requerida ya citada en ambos procesos, es de destacar que en las denominadas "Diligencias Urgentes", en las que se da la fase de instrucción casi en unidad de acto con la prueba del plenario, destaca que su tramitación sólo está destinada en la comisión de ciertos delitos y son comprendidos en el art. 795 de la LeCrim, además deben darse las circunstancias de que se trate de: Delitos a los que se le tenga asignada una pena de prisión no superior a 5 años o cualesquiera otra pena bien sea única, conjunta o alternativa no superior a 10 años, que se trate de delitos flagrantes y que el delincuente haya sido sorprendido en el acto o inmediatamente después de haberlo cometido mientras el sujeto no se pusiere fuera del inmediato alcance de los que le persiguen o que se le haya inmediatamente después de sorprenderle con vestigios o instrumentos que presuman su participación en el delito, además de que la instrucción del mismo se presuma sencilla.

En las diligencias urgentes son un clarísimo ejemplo de lo que debe entenderse por instrucción en el artículo 797 de la Ley de ritos, y son las que deben practicarse por el Juez instructor tanto en las diligencias previas como en el procedimiento ordinario, ordenando la práctica de cualquier diligencia pertinente, con la salvedad de que en diligencias previas o en el proceso ordinario se da un plazo más amplio e incluso, aunque la instrucción está tasada temporalmente por la LeCrim en 6 meses, son ampliables por plazos iguales a instancias de la acusación que puede ser ostentada tanto por el Ministerio Público como por la Acusación particular, sin que dicho plazo sea sinónimo a que quepan diligencias de prueba, son diligencias encaminadas como ya

[9] ASENCIO MELLADO José María, Revista General de Derecho Procesal 40 (2016), p. 6.

hemos indicado a configurar los presupuestos necesarios que requiere el juicio oral, y sin que la práctica de las mimas lleve irremediablemente a este, pues después de realizarlas puede perfectamente determinarse que no existen indicios de delito en los hechos sometidos al Juez de instrucción, que estos no son imputables a la persona contra la que se ha dirigido la investigación, que esta sea menor de edad o pertenecer el sujeto pasivo a un cuerpo militar en cuyo caso el auto no sería seguir la siguiente fase que en diligencias previas es la fase de procedimiento abreviado, sino de archivo por medio de un sobreseimiento libre, un sobreseimiento provisional, inhibición al Juez de Menores competente o de inhibición a la jurisdicción militar, respectivamente. (Artículo 779 LeCrim).

Esta misma fase de instrucción también la encontramos en los procedimientos que deben sustanciarse por la LO 5/95 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado, para aquellos delitos en los que se prevé su enjuiciamiento a través del mismo, cumpliéndose con su instauración el precepto constitucional que así lo preveía desde 1978 en el artículo 125, se prevé la fase de instrucción con el fin de que no tengan entrada en el ámbito penal aquellos actos que sean denunciados por el mero hecho de interponer denuncia, el Juez instructor que examinará en primer lugar que los mismos tengan un encaje con los delitos que delimita su competencia, y que existe un sujeto pasivo determinado al que le sea atribuible, pues va a determinar la apertura del juicio oral, procurará que se cumplan estas exigencias, lo que obstaculiza la posibilidad de que sean juzgados directamente unos hechos sin la necesaria fase de contradicción por parte del investigado y sin una fase previa que filtre que el hecho objetivo que se va a someter a juicio se encuentre enmarcado dentro de su competencia.[10]

Si los hechos estuvieran comprendidos dentro del ámbito de delitos leves en los que rige el principio acusatorio,[11] sin practica de instrucción alguna se señalará día para

[10] "… tan pronto como conste la imputación de un hecho justiciable determinado a persona concreta, la reubicación del Juez de Instrucción que luego habrá de resolver sobre la apertura del juicio oral, en una reforzada posición de imparcialidad, con la función de controlar la imputación del delito mediante la previa valoración de su verosimilitud y con la facultad de investigar de forma complementaria sobre los hechos afirmados por las partes." LO 5/95 del tribunal del jurado, exposición de motivos Fase de Instrucción.

[11] La configuración procesal del enjuiciamiento de faltas que proclama en el mismo la vigencia plena del principio acusatorio, es sostenida de forma unánime y numerosa por el Tribunal Constitucional (SSTC 8-7-85, 28-1-87, 11-2-1987, 31-10-88, 27-11-89, 20-2-87, 6-4-87, entre otras). Así, y según la STC 11/92, de 27 de enero, el art. 24 de la Constitución "consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, incluido el juicio de faltas, conforme el cual nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria". En el mismo sentido la STC 54/91, de 11 de marzo, cuando afirma "al juez de instrucción le es necesario para

juicio citándose por la policía judicial, si se trata de un juicio inmediato leve o por el Juez de instrucción para el resto de juicios, al denunciante y al denunciado a juicio al que deberán comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse, lo que se les apercibirá previamente en la cédula de citación, en este caso el denunciado si no pudiere comparecer al acto de juicio podrá ejercer su derecho de defensa mediante escrito remitido con antelación al día señalado para la vista, momento en el que se practicara con la inmediación judicial todos los medios de prueba aportados por la acusación en aras a constatar su existencia y la imputación que realiza y por la defensa en su vertiente de exculpación, previa declaración de pertinencia, en estos delitos no existe fase instructora.

III. FASE DE INSTRUCCIÓN.

Para el resto de delitos menos graves y/o graves la Policía Judicial, o Área de Investigación, iniciarán las actuaciones necesarias para esclarecer los hechos (actuación policial) con autonomía antes de su puesta en conocimiento a la autoridad judicial y son consideradas diligencias policiales.

Cuando las diligencias policiales son puestas en conocimiento del Juez de guardia es cuando procede la intervención del Juez como instructor, al que la fuerza actuante informará que se han iniciado diligencias de investigación para la averiguación de algún hecho, que les conste está siendo ejecutado y que pudiera ser constitutivo de delito, el Catedratico desarrolla esta la función del juez instructor en la Revista General de Derecho Procesal[12] desde ese momento se ordenara incoaran las Diligencias Previas, o

proceder a la apertura del juicio oral la existencia de una acusación previa, ajena al mismo...”; o la STC de 4 de octubre de 1985, que declaró que “ el juicio de faltas se rige fundamentalmente por el principio acusatorio, teniendo relevancia constitucional las infracciones de este principio, toda vez que un proceso con todas las garantías del art. 24 de la Constitución requiere que exista una acusación, no siendo posible la condena sin la misma, pues ello violaría, tanto el derecho a la defensa del art. 24.1º de la constitución como el derecho a un proceso con todas las garantías del párrafo segundo de este mismo precepto constitucional”.

[12] Según señala ASENCIO MELLADO José María. Revista General de Derecho Procesal 40 (2016) p. 6, “la cuestión planteada, como se ha dicho, afecta directamente a la configuración de la fase de investigación, a los sujetos que deben dirigirla o ejecutarla, pues es evidente que, si en realidad es la policía la que determina si unos hechos son delictivos en sus elementos básicos y típicos, no puede ser un tribunal el que dirija esta actividad en el seno de un proceso. Y cuando así se actúa, el papel del Juez queda difuminado y en ocasiones supeditado a la voluntad de la policía que adquiere una relevancia en el seno del proceso que no le es propia. El proceso no tiene o no debe tener -pues se trata ésta de una cuestión discutible y discutida-, como objeto la búsqueda de posibles delitos, sino la investigación de hechos con apariencia delictiva. Un objeto mucho más concreto y reducido. No se puede convertir el proceso en un mecanismo ajeno, más policial que jurídico, ni al Juez en un director de las investigaciones prospectivas a que conduce la actividad que indaga en sospechas sobre hechos no configurados como delito. Es necesario, pues, señalar lo que debe ser objeto de una imputación penal, pues, a partir de ahí, se deberá atribuir su investigación no sólo a quien corresponda conforme a su

Sumario si el delito fuera de los que deben instruirse en Procedimiento Ordinario, Diligencias Urgentes o Tribunal del Jurado.

El Juez instructor en todos estos casos y en primer lugar resolverá sobre su competencia para la instrucción, verificada esta ordenará a la policía judicial que realice las diligencias necesarias encaminadas a averiguar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que pudieran estar implicadas y relacionadas con el mismo (Art. 777 y 778 de la Le Crim), si para completar la investigación policía judicial entendiere que deben realizarse actuaciones que pudieran infringir algún derecho fundamental de los relacionados se solicitará por esta fuerza actuante autorización para realizar intervenciones que supongan un ataque a derechos fundamentales, como intervenciones telefónicas, entradas y registro, volcado de contenido informático…, el resultado que vaya arrojando la actuación de investigación se irá incorporando a las diligencias previas, diligencias de instrucción en el procedimiento del tribunal del jurado, diligencias de investigación en el procedimiento ordinario y en las diligencias urgentes.

Si ha habido denuncia por parte de un individuo perjudicado directamente por la acción delictiva, tendrán como punto de ignición de las diligencias judiciales de investigación, la ratificación por parte del ofendido o agraviado del hecho delictivo, ampliación en su caso, realizándosele el ofrecimiento de acciones para que se muestre parte en la causa y que pueda reclamar por los hechos que denuncia, sin que sea preceptiva su personación ya que la acción penal va a ser seguida por el Ministerio Público.

En la ratificación que realice el agraviado y su declaración a presencia judicial se hará constar identificando al/a individuo/a que se presume autora de los hechos, si ha habido otras personas que han sido testigo directo de los mismos, la prueba que corrobore los hechos denunciados como fotografías, partes médicos, documentos incriminatorios, los cuales pasarán a formar parte de la instrucción incorporándose a las Diligencias Urgentes, Diligencias Previas, Procedimiento Ordinario o Sumario, Jurado.

Si después de la declaración no se deducen indicios de criminalidad por parte del instructor ordenará el archivo, y es una facultad que ejerce con legitimidad, mediante el

---

función, sino, a la vez, la posición procesal del sujeto afectado. Y ésta no puede equipararse confundiendo bajo el mismo término de imputado a quien sufre una investigación sin base en hechos que pueden ser calificados de delito por reunir todos los elementos de una conducta típica y al que es el destinatario de una auténtica inculpación penal, sin confirmarse plenamente o sin ser analizada contradictoriamente, pero sí de forma concreta y definida".

dictado de un auto de sobreseimiento que puede ser provisional o libre. Y es en este momento cuando el denunciante más con ánimo de castigo a la persona contra la que dirige la denuncia que en aras a restablecer el orden social recurre la resolución intentando introducir en el ámbito penal la conducta denunciada, alegando en el 90% de los casos la falta de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la constitución, cuando es precisamente lo que ha obtenido pues es un juez quien la ha ordenado.

Constatada la existencia del acontecimiento delictivo se tomará declaración a los testigos, se incorporaran los documentos que le impliquen el delito y determinen quien es el autor, y se pondrá en conocimiento, de los mismos, a la persona a la que se le imputen a quien se le tomará declaración en calidad de investigado comunicándole que los indicios dados en primer lugar por la denuncia o la investigación practicada y la existencia de elementos objetivos que rodean la conducta de la que se le considera autor imponen seguir su conocimiento en el ámbito penal del que se le invita a participar conociendo todas las diligencias de investigación que se vayan incorporando al procedimiento y pudiendo intervenir activamente solicitando las que estime oportunas que desvirtúen la acusación, o entienda necesarias en aras a establecer el grado de imputación que debiera aplicársele teniendo en cuentas las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que dichas diligencias pudieran aportar al procedimiento.

Conocidos todos los indicios incriminatorios que pesan sobre él y que han sido incorporadas al procedimiento junto con la actuación que haya interesado en aras a su exculpación también podrá interesar la práctica de diligencias de instrucción en aras a establecer las incoherencias existentes en la imputación o en la actuación que se denuncia o su participación en la misma, irrelevancia dentro del ámbito penal en los hechos denunciados, personas que puedan adverar lo manifestado en la declaración que ha prestado el investigado, expertos que puedan establecer su capacidad para ser sometido a un proceso penal...

Confirmada la existencia del acontecimiento delictivo se pondrá en conocimiento de los mismos a la persona a la que se le imputen y se le tomará declaración en calidad de investigado en cuanto a los mismos.

Conocidos todos los indicios incriminatorios que pesan sobre él, podrá interesar la práctica de diligencias de instrucción en aras a establecer las incoherencias existentes en la imputación o en la actuación que se denuncia o su participación en la misma, irrelevancia dentro del ámbito penal en los hechos denunciados, personas que puedan

adverar lo manifestado en la declaración que ha prestado el investigado, expertos que puedan establecer su capacidad para ser sometido a un proceso penal.

La práctica de las actuaciones hasta ahora reseñadas son diligencias de instrucción/ investigación y no hacen prueba plena en el Juicio Oral donde no pueden ser consideradas practica de prueba, aunque tengan su meritada consideración las obrantes y el resultado que ha arrojado la instrucción como la documental que rodea el caso enjuiciado no son diligencias de prueba y si alguna de las actuaciones referidas se quiere que tengan fuerza probatoria deberán reiterarse en el plenario practicarse con inmediación judicial y bajo el principio de contradicción para que tengan este efecto, y han sido realizadas para constatar la existencia o no de un hecho delictivo y la incriminación a una persona cierta.

En consecuencia las diligencias que forman parte de la instrucción se habrán realizado periciales pero no ratificación de peritos, se habrá reconocido al lesionado por el médico forense pero no existirá ratificación del informe de sanidad, se habrá tomado declaración a testigos para determinar que conocen y hasta qué punto su declaración aporta algo al caso que se instruye, pero no se practicará en aras a determinar la condena o la absolución del investigado ni se podrá por su testimonio dictarse un sobreseimiento esta prueba debe ser valorada en contradicción durante el plenario por el Juez de lo penal.

Existe una excepción a esta aseveración y es la posibilidad de realizar práctica de prueba previamente al Juicio Oral y en fase de Instrucción, es la llamada prueba pre constituida que no voy a desarrollar en esta comunicación pues merece un desarrollo expreso y profundo y que deberá ser perfeccionada en otro informe.

IV. FINALIZACIÓN DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN.

Es al Juez Instructor a quien le corresponde determinar que la fase de instrucción ha terminado con las diligencias que obren practicadas cuando considere que las mismas son suficientes para iniciar la siguiente fase, que no en todos los casos es establecer que debe continuar el ámbito penal, es en este punto donde la resolución que se dicte (Auto), debe establecer si los hechos son constitutivos de delito y si de la instrucción practicada se puede inferir que es responsable de los mismos el/os investigado/s, si así se deduce pasa a la siguientes fases acordando seguir el procedimiento hasta llegar al órgano juzgador, esta fase todo lo actuado ha ido dirigido exclusivamente a establecer la

existencia de un acto merecedor del ius punendi del Estado, que este se encuentra regulado por lex previa et certa y que es atribuible a un sujeto pasivo determinado, no tener por probado que dicho hecho haya ocurrido realmente, que el mismo lo haya realizado el sujeto pasivo esto es función de la prueba que se practicará en el plenario, no se ha practicado prueba alguna en esta fase pues no está destinada a ello.

V. LA PRUEBA Y SU PRÁCTICA

Tras el dictado del auto acordando seguir el procedimiento por el trámite siguiente, entra a protagonizar la misma la acusación bien ejemplarizada por el Ministerio Fiscal y/o acusación particular previa personación que en el caso del Procedimiento Abreviado se le concederá un plazo de 5 días en el que interesarán por escrito la apertura del Juicio Oral (art. 780 de la Lecrim.)[13] y en dicho escrito se relacionarán las pruebas cuya práctica se interese sean realizadas en el juicio oral, en este momento este escrito en el que se formulará acusación la solicitud de las diligencias de prueba son prueba propiamente dicha en este escrito si es apropiado poner se interesa la práctica de prueba consistente en …, debiendo entender que en esta fase se relacionan las pruebas de las que intenta valerse la acusación en el plenario y que en este acto no existe admisión de prueba alguna, lo que se solicita es que las relacionadas se traigan a Juicio para constatar la acusación.

Acordada por Auto la apertura del juicio oral se dará traslado del/os escrito/s de acusación al/os investigado/s[14] y se le concederá un plazo de tres días para que comparezca con Abogado y Procurador, apercibiéndole que de no designarlos se le nombrará de oficio, cumplido este trámite se da traslado a las defensas por plazo de 10 días, de las actuaciones y de los escritos de acusación para que formule mediante escrito la defensa que estime oportuna a las acusaciones formuladas y por el orden que le han sido imputadas, en dicho escrito el acusado sólo podrá proponer la prueba que vaya a aportar al juicio oral, verbi gracia, podrá interesar la actuación del Juzgado para que se libren los despachos necesarios a organismos, entidades, citaciones de testigos, peritos

[13] Título II "Del Procedimiento Abreviado" Capitulo IV de la LeCrim. Preparación del Juicio Oral.

[14] El traslado del escrito de acusación al acusado cumpliendo lo dispuesto en cuanto al derecho a ser informado de la acusación SAP Bizkaia, Sección 5ª, 4/2/2015 Señala la sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 18-4-2007, nº 305/2007, rec. 2025/2006, Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio que: "Conviene subrayar que el derecho a ser informado de la acusación es una manifestación de la garantía general del derecho a la defensa con proscripción de toda indefensión (art. 24.2 C.E., debiendo estar representado por procurador y defendido por letrado a partir del presente trámite debiendo designar los que vayan a ostentar la postulación y la representación, habilitándole, en su caso, la defensa y representación correspondiente para el supuesto de que no fueran designados por el investigado (artículo 784.1 LeCrim)

… para que el día que se señale el Juicio tenerlos en el procedimiento o que comparezcan al plenario las personas que conozcan los hechos bien en calidad de testigos o peritos, a fin de probar lo alegado y esto es tanto en el escrito de acusación que tiene la obligación de probar pues en nuestro ordenamiento jurídico penal se establece la presunción de inocencia,[15] como en el escrito de defensa en aras a la exculpación de su mandante, en este momento procesal tampoco existe una admisión de prueba, las pruebas que en aras a la exculpación interesa sean practicadas en el plenario, serán admitidas en este momento procesal por el Juzgador, que no admitirá todas las propuestas sólo por el hecho de haber sido propuestas, admitiendo sólo aquellas que estén relacionadas con el caso que se juzgue y considere pertinentes.[16]

[15] Según las STS 635/2018, de 12 de diciembre; 470/2018, de 16 de octubre; y 77/2019, de 12 de febrero, "la presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El *artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE*) dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Conforme expone el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Además, aquéllas deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.

En consonancia con ello, el artículo. 6.1 de la referida Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del Juez o Tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

A nivel nacional, el derecho a la presunción de inocencia está reconocido, con carácter de fundamental y rango constitucional, en el *artículo. 24.2 de la Constitución Española* ("Todos tienen derecho... a la presunción de inocencia").

Como explican numerosas resoluciones del TS (*s TS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero)*, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función judicial no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia con inmediación directa, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede verificar que, efectivamente, el Tribunal a qua contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (*s TS 1125/2001, de 12 de julio)*".

[16] Sala 1ª del Tribunal Constitucional, Sentencia de dieciséis de julio de dos mil uno (2001/26458) en los siguientes puntos: "a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad

En el caso del procedimiento ordinario concluido el Sumario, una vez se mande abrir el juicio oral se dará traslado al Ministerio Fiscal y acusación privada en su caso para que en el plazo de 5 días califiquen los hechos, en los escritos de calificación relacionarán la prueba de la que pretendan valerse en el plenario, de los escritos de acusación se da traslado asimismo a los procesados y a los terceros responsables civiles para que se opongan por el mismo orden que obra en el/os escrito/s de acusación, en dicho escrito llamado de defensa propondrá la prueba que interese con efectos exculpatorios a fin de acreditar la inexistencia del ilícito o la no incriminación de su mandante.

En ambos casos se podrá interesar el auxilio del tribunal para la remisión de oficios requerimientos o citaciones que consideren necesarias para que la prueba en sendos escritos interesada, llegue y esté el día que se señale para Juicio, pero no será sino entonces cuando el Juez que vaya a dictar sentencia, que es un juez predeterminado por la Ley[17] se pronuncie sobre la admisión de toda la propuesta, o deniegue la que

probatoria ilimitada en virtud de la cual de las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de Julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997 de 10 de noviembre; 198/1997, de 24de noviembre; 208/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10de abril, FJ 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el "thema decidendi", (STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2). Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998,de 3 de marzo; 26/2000, FJ 2), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 190/1997; 96/2000, FJ 2).Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este Tribunal sólo es competente para controlar cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; 35/1997, de 25de febrero, FJ 5; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 5; 237/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3).

[17] En atención a la pena señalada al delito perseguido el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley STS, Sala 2ª, 21/7/2015 El derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley exige para su efectividad que el órgano jurisdiccional haya sido creado previamente por una norma jurídica, esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que motiva la actividad o proceso judicial, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, y que su titularidad y composición esté determinada legalmente con las debidas garantías de independencia e imparcialidad. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, entre otras en la STC nº 210/2009, en la que señaló que "este derecho constitucional exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional". La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que las discrepancias interpretativas relativas a la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no pueden dar lugar a la infracción del derecho constitucional al Juez predeterminado por la Ley (SSTS, entre otras,

estime improcedente, fundamentando en el pronunciamiento de inadmisión el motivo por el que considera que dicha prueba no tiene que practicarse, y es en este momento procesal donde seguidamente se procederá a la práctica de la prueba con inmediación judicial. La fase probatoria, como actividad procesal tiene especial importancia en el proceso penal pues es el único medio para subsumir la realidad fáctica al derecho sustantivo, y ello con el objeto de restablecer el orden público infringido o atacado, ejerciendo la facultad sancionadora y punitiva necesaria para conseguirlo, por ello los actos probatorios que deben realizarse en el plenario deben sostener las pretensiones punitivas de la acusación en detrimento de las pruebas realizadas en aras a la exculpación del sujeto y destruyendo con el resultado de su practica la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que cualquier actividad instructora en fase de diligencias previas, no se tiene por realizada a efectos probatorios, pues no tiene esta cualidad, a excepción como se ha mencionado en el apartado de las diligencias previas, la prueba pre constituida que deberá haber guardado en su práctica por el Juez instructor todas las garantías procesales y el derecho de defensa, pero a excepción de las pruebas practicadas con este carácter, todas las demás diligencias de instrucción están encaminadas a la constatación de los hechos, la comprobación que están tipificados por lex certa et preiva a la comisión de los mismos y que como reprochable se le ha adjudicado una pena, que es la que va a determinar el órgano competente para su enjuiciamiento y que los mismos le son imputables a un sujeto determinado, todo esto constatado en las diligencias previas no implican que una vez practicada la prueba en el plenario como en diligencias previas se determinaron dichas cuestiones se dicte irremediablemente una sentencia condenatoria, pues de nada serviría el Juicio y las diligencias previas bien recibirían otro nombre como diligencias preparatorias de sentencia, y como está constatado en nuestro ordenamiento procesal esto no es así, resultará que todas las diligencias de prueba necesarias a cada una de las partes deben ser propuestas y practicadas en el plenario y no dejar para el trámite de informe que se

132/01 o 1864/02 y 1980/2000, de 25 de enero), al menos en los casos en los que la interpretación de las normas que establecen la competencia no pueda considerarse manifiesta o nítidamente arbitraria (STS nº 1058/2013, de 17 de setiembre). Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional que, entre otras en la STC 134/2010 de 2 de diciembre, decía: " que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son, en principio, cuestiones de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (por todas, STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 9). De forma que no puede confundirse el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre otras, SSTC 164/2008, de 15 de diciembre, FJ 4, y 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 3)".

tengan por reproducidos a efectos inculpatorios o exculpatorios las diligencias que en vías de instrucción se practicaron, pues no causan prueba y no se conseguiría el efecto deseado al no haberse practicado en el plenario.

Si se consigue con la prueba practicada destruir la presunción de inocencia se obtendrá una sentencia condenatoria, si no se ha conseguido o ha generado una duda con respecto a la condena del sujeto pasivo se dictará una sentencia absolutoria.

VI. CONCLUSIONES

Empeñarse en fase de instrucción y esta es mi conclusión particular, realizar todas las diligencias que tienen que practicarse en el plenario, no sólo es dilatorio de instrucción e innecesario, sino que además no se consigue el propósito que tiene y es: en cuanto a la acusación que las diligencias no se archiven, en cuanto a la defensa obtener mediante un auto el sobreseimiento y archivo de la causa.

Si los hechos han resultado ab initio no ser constitutivos de delito o no se ha constatado suficientemente la participación en ellos del investigado, por el mismo juez instructor se dictará un auto de sobreseimiento, que no implica que el justiciable no haya obtenido la tutela judicial efectiva que le ampara en virtud del art. 24 de la CE, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional.[18]

Si los hechos han resultado merecedores de reproche penal y han sido acreditados como indiciariamente imputables a persona cierta y determinada, las diligencias previas están finalizadas y el Juez de Instrucción abrirá la segunda fase de procedimiento y no por ello se ha infringido ningún derecho del investigado por no realizado en el procedimiento más diligencias de investigación e instrucción, diligencias que deben ser solicitadas en los mismos escritos de defensa y será en el plenario donde deberán ser practicarlas, la defensa debe tener presente que si tan eficaces lo son las diligencias que se pretenden practicar en fase de instrucción como para establecer la no culpabilidad del

[18] La decisión de archivar unas diligencias previas por estimar que los hechos no son constitutivos de infracción penal no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, pues "el derecho al ejercicio de la acción penal no supone un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que ponga término anticipadamente, de conformidad con las previsiones de la Ley de enjuiciamiento criminal, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal" con cita de las SSTC 191/1989, de 16 de Noviembre, 203/1989, de 4 de Diciembre, 191/1992, de 16 de Noviembre, 94/2001, de 2 de Abril y 21/2005, de 1 de Febrero -. Atestados policiales. Valor probatorio SAP Madrid, sección 16, 30/9/2015 Conforme ha puesto de manifiesto de forma constante y reiterada la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Sentencias como la de 23 de noviembre de 2001.

sujeto pasivo sobre el que recae la acción penal, se obtendrá una sentencia absolutoria, que a la postre mayor beneficio le causa al investigado que un auto de sobreseimiento provisional en el que no se ha concluido sigue existiendo duda sobre los hechos o de su imputación al sujeto pasivo.

Los escritos interesando práctica de prueba en la fase de las diligencias previas tanto por parte de la acusación como de la defensa son inapropiados, debiendo en todo momento interesar la práctica de esta o aquella diligencia de instrucción y que deben estar dirigidas a determinar la existencia o no del acto delictivo y su participación o no en el mismo de la persona investigada, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y nunca a probar su inocencia o su culpabilidad, pues de ser solicitadas para este fin no deben ser practicadas al no encontrase el procedimiento en la fase de admisión y practica de prueba, en consecuencia cualquier recurso contra la resolución que establezca la innecesaridad de su práctica queda huérfano de sustento legal que la ampare, si bien se sigue recurriendo con el tan socorrido artículo 24 de la Constitución exigiendo la tutela judicial efectiva que ya se ha obtenido.

Es en la fase de Juicio oral donde se admitirá y practicará la prueba y solo en esta fase la solicitud de Prueba tiene dicha consideración entendiendo como prueba toda aquella diligencia que con inmediación judicial se practique a instancias de las partes en el proceso, dirigidas a constatar los hechos alegados tanto por parte de la acusación a fin de obtener una sentencia condenatoria como por parte de la defensa en aras a la exculpación del acusado con el fin de obtener una sentencia absolutoria.

La admisión o denegación de prueba no debe confundirse con el derecho a acceder al ámbito jurisdiccional una pretensión, todas las pretensiones pueden entrar desde el justiciable a ser revisadas por el órgano judicial competente[19] y es precisamente por ello que al estudiar la pretensión se determine su viabilidad o no, su estimación o no y al hacerlo se obtiene la tutela judicial efectiva, el hecho de que la decisión no sea la que deseamos no es significativo de que esta no se ha obtenido y podrá ser objeto de recurso si se entiende que se haya infringido algún derecho, no comulgue con la

[19] Artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos o el artículo 2.3.a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Es más: los artículos 6 y 13 de la Convención de Derechos del Hombre de Roma de 4 de noviembre de 1950, en los que se reconoce este derecho, son precisamente los más invocados ante el Tribunal Europeo de Estrasburgo. El derecho a la tutela judicial implica que se debe admitir cualquier tipo de pretensión, con independencia de su fundamento y objeto. La prohibición de acceder a la jurisdicción en determinadas materias supondría un atentado al derecho. Como señala J. González Pérez "la jurisdicción debe conocer de toda pretensión, abstracción hecha del Derecho material que sirve de fundamento a la misma y de la persona frente a la que se dirige".

jurisprudencia del momento o se haya aplicado esta con manifiesto error o en contra de la misma, pero no, que no se haya obtenido la tutela judicial efectiva.

Asimismo, cabe señalar que en la fase de admisión se aceptarán por el Juzgador las que estime pertinentes y no por el hecho de desestimar o inadmitir la práctica de alguna prueba, se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, la denegación de una prueba debe ser fundamentada y con ello se le da al justiciable la tutela judicial efectiva en ese momento.

Y en esta fase si es apropiado usar la palabra "prueba" tanto para la proposición, como para pedir auxilio al tribunal para que libre los despachos necesarios para traer a juicio o al procedimiento las diligencias que se interesan, como en el plenario para su proposición, declaración de pertinencia por parte del tribunal y su práctica. En todas estas fases anteriores y coetáneas al juicio es correcto y es lo único que se puede pedir, siendo este el momento procesal perteneciente al ámbito de la prueba y referirse a todas estas diligencias con la palabra "prueba".

* * * * * *

Victoria Trujillo Machuca

Abogada en AD-Quorum Juristas, S.L.P. Socia de la FICP.

~La violación de secretos y la ley 1/2019, de 20 de febrero, sobre secretos empresariales~

Resumen.- Los denominados delitos de competencia desleal han de ser observados bajo el prisma de la legislación mercantil que ha evolucionado en los últimos años al amparo de una normativa comunitaria incipiente, íntimamente conectada con del denominado *Legaltech o Derecho Digital* que galopa a pasos agigantados cubriendo todos los ámbitos legales y órdenes jurisdiccionales de forma transversal y transfronteriza, con nuevos conceptos y definiciones llenas de modernización, de innovaciones tecnologías, de algoritmos y códigos binarios, donde las cookies, los ciberdelitos, las redes sociales, la comercialización de datos personales digitalizados, la inteligencia artificial, las criptomonedas, el "*know how",* el *Internet of Things (IOT),* están pidiendo a gritos que los estudiosos del derecho se suban a la *nube* y estén a la altura, usando, conociendo, y profundizando en este lenguaje electrónico, que cada vez más necesita de una *Ciberjurisdicción* especializada. Analizamos en esta comunicación una pequeña porción de este gran pastel, referido a la violación de los secretos empresariales, para lo que necesitamos abrir nuestra mente e imaginar todo lo que puede caber dentro de estas dos palabras: *"secreto" y "empresarial".*

I. INTRODUCCIÓN.

Los delitos relativos a las violaciones de secretos industriales o empresariales son infracciones de competencia desleal castigadas en el ámbito mercantil, al amparo de la nueva Ley 1/2019, de 20 de febrero, sobre secretos empresariales y del artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. El Derecho Penal reserva su intervención para las agresiones más graves, como ultima *ratio*, de acuerdo con el principio de intervención mínima, (AP Guadalajara auto 23-1-18, y AP Murcia auto 25-5-17) y recoge las conductas típicas en los arts. 278 al 280 CP, dentro de la Sección Tercera, de los delitos relativos al mercado y a los consumidores, del Capítulo XI, del Título XIII, siendo cuestionable por algunos autores su ubicación en esta sección, fuera de la relativa a los delitos contra la propiedad industrial, al sancionar el art. 278.1 CP, la conducta de espionaje industrial. Sin embargo, la mayoría de la doctrina estima acertada incluir a estas figuras como delitos socioeconómicos, estando justificada sobre la base de la trascendencia que tienen los secretos empresariales para la capacidad competitiva de las empresas en el mercado y su valor económico, que dota de autonomía a estos tipos penales frente a los que protegen el derecho a la intimidad. No podemos perder de vista el bien jurídico protegido que no es otro que la capacidad competitiva de la empresa en el mercado, y el derecho a la competencia leal asentado sobre el *"know*

how" empresarial, dotando a estas infracciones penales de un significado pluriofensivo[1].

II. EL SECRETO EMPRESARIAL COMO OBJETO MATERIAL DEL DELITO

El secreto de empresa o secreto empresarial, es un concepto no definido en el Código Penal, que se ha venido perfilando estos últimos años en la jurisprudencia hasta que la Ley 1/2019, de 20 de febrero, sobre secretos empresariales (LSE) ha terminado de fijar definitivamente su definición, con la trasposición de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, dotando de seguridad jurídica a nuestro ordenamiento que hasta ahora se venía nutriendo de lo que los usos y costumbres consideraban secreto en el mercado.[2] La LSE, reconoce que las divergencias nacionales existentes en materia de protección de secretos empresariales hacían necesaria la aprobación de una regulación uniforme relativa a "la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, a fin de armonizar la legislación de los Estados miembros con el objetivo de establecer un nivel suficiente y comparable de reparación en todo el mercado interior en caso de apropiación indebida de secretos empresariales" [3], y así, surge la Directiva 2016/943/UE, que con la presente LSE viene a completar en el ámbito nacional la regulación contenida en el art. 13 de la Ley de Competencia Desleal (LCD), desde una perspectiva sustantiva y, especialmente, procesal. La LSE viene a dar una nueva redacción al artículo 13 de la LCD, en su Disposición final 2ª quedando redactado como sigue: "Artículo 13. Violación de secretos. Se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales".

La LSE abre su articulado definiendo el secreto empresarial en el art. 1.1, como "cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna la siguientes condiciones:

a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas

[1] Sentencia del Tribunal Supremo (Penal), 26/05/2010, nº 614/2010, Rec. 2729/2009.

[2] CASAJUANA ESPINOSA, JOSÉ LUIS. La nueva Ley de Secretos Empresariales. Actum Mercantil & Contable, 46, 2019, pp. 1-2.

[3] Preámbulo de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (II). BOE-A-2019-2364.

pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;

b) Tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y

c) Haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto".

Analicemos detalladamente las características de lo que es secreto y los requisitos que ha de tener la información empresarial para ser protegida, de tal forma que las condiciones definidas por la LSE son cumulativas, debiendo apreciarse todas ellas de modo simultáneo, pues si se dan por separado no es secreto empresarial.

1º.- Se protege "toda información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero". La jurisprudencia ha usado hasta ahora una concepción funcional y práctica, relativa a cualquier ámbito de la actividad empresarial que es privativa y propia de la empresa y conservada con criterio exclusividad, en aras de asegurar una posición óptima en el mercado frente al resto de las empresas competidoras, información sobre la que existe voluntad de mantenerla oculta por la ventaja competitiva que confiere a la empresa en el mercado (AP Valencia auto 10-3-17, AP Murcia auto 25-5-17, AP Córdoba 12-12-14, AP Valladolid 10-2-12, AP A Coruña 25-3-11, AP Madrid 16-2-16). Abarca no solo la información de naturaleza técnico-industrial, relativa a la técnica de los procedimientos de producción, sino también la de orden comercial u organizativo del negocio de que se trate (TS 16-12-08, AP Ciudad Real 17-9-12, AP A Coruña 29-6-12, AP Sevilla 30-12-11), es decir, los secretos referidos a la actividad productiva y a la de distribución, incluidos los relativos a la situación o relaciones de la empresa cuyo conocimiento suponga desventajas para la empresa y ventajas a sus competidores. Sin embargo, no pueden ser objeto de secreto empresarial aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencias profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aun cuando dichas habilidades o capacidades se hayan adquirido en el desempeño de un puesto determinado o de unas concretas funciones desarrolladas para un determinado empleador (TS Civil 24-11-06, AP A Coruña 25-3-11).

El art. 1.3 LSE, desde el punto de vista laboral determina que, "la protección de los secretos empresariales no afectará a la autonomía de los interlocutores sociales o a

su derecho a la negociación colectiva. Tampoco podrá restringir la movilidad de los trabajadores; en particular no podrá servir de base para justificar limitaciones de uso por parte de estos de experiencia y competencias adquiridas honestamente durante el transcurso de su carrera profesional o de información que no reúna los requisitos de secreto empresarial, ni para imponer en los contratos de trabajo restricciones no previstas legalmente".

Igualmente quedarían excluidas de protección como secreto las informaciones que versen sobre algo ilícito, que por su propia naturaleza, al ser contrarias al ordenamiento jurídico no pueden ser amparadas[4].

2º.- Debe tratase de "información secreta, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas". Es el carácter confidencial o reservado de la información, el aspecto relevante y fundamental del bien jurídico protegido. Se excluye por tanto del concepto de secreto, aquello que puede consultarse fácilmente, y no es reservado, como los listados de datos telefónicos o direcciones de correo electrónico, de fácil acceso para cualquier persona (AP Gipuzkoa Secc 2ª, 30-12-98; en contra AP Zaragoza 3-12-99), salvo que la información haya sido sistematizada en una labor que requiere al menos tiempo (AP Alicante 19-12-98) y sea clasificada como reservada. En este aspecto hay que tener mucho cuidado con la información que sea de conocimiento general o fácilmente accesible en el círculo de mercado en el que se mueve la empresa, pensemos en el tráfico de datos que genera el mundo de la publicidad con las cookies, donde la cesión y comercialización de los datos está al orden del día y el listado de clientes y proveedores de una empresa puede coincidir con el de muchas otras del sector, debiendo prestar atención en estos casos al el grado de coincidencia de los datos y al modo de obtener aquellos, o medios utilizados para su obtención, lo que requiere una exhaustiva labor probatoria.

3º.- La información ha de tener "un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto", en la medida en que la misma pueda suponer una ventaja competitiva traducible en términos económicos, que permite

[4] ITURMENDI MORALES, GONZALO. Responsabilidad Civil por revelación de secretos empresariales. Revista RC 2019- 9, pp. 15-16.

objetivar el bien jurídico protegido y no confundirlo con la mera voluntad de mantenimiento de la reserva sobre cualquier tipo de información, interpretación que lo aproximaría a los delitos contra la intimidad. Se protege el interés económico propiamente dicho que el secreto encierra para la empresa, cuyo descubrimiento puede aumentar la capacidad competitiva de los rivales o disminuir la propia capacidad (AP Córdoba 12-3-07), por lo que resulta también específicamente tutelada la competencia leal entre las empresas (TS 12-5-08; AP Ciudad Real, 17-9-12; AP Bizkaia 1-4-15).

Se excluye por tanto la información de escasa importancia, y los datos referidos a la intimidad del empresario o aquellos que no tienen significado económico, en cuyo caso serán aplicables, si cabe, los delitos contra la intimidad (AP Tarragona 4-4-03, Rec. 45/03), caracterizando el secreto empresarial por el elemento objetivo del interés.

Se defiende a las empresas frente a intromisiones ilícitas de otros competidores que puedan perjudicar su posición en el mercado a través del conocimiento de datos reservados a la propia empresa (AP Zaragoza 16-10-08). Estos delitos de competencia desleal protegen los secretos de empresa como elemento importante de las reglas esenciales del libre juego competencial en que se basa el modelo de organización económica de nuestra sociedad fundado en el ejercicio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, como reconoce la Constitución Española en el art. 38 (AP Córdoba de 12-12-14).

Así solo afectará al bien tutelado la revelación de un secreto con suficiente relevancia a efectos económicos-competitivos respecto de otras empresas. No lo menoscaban, en cambio, los secretos de aspecto personal del empresario o los referidos a su empresa que no sean valorados como activos, porque no atañen a la capacidad competitiva de esta. Algunos autores entienden que estos delitos tutelan también de forma indirecta los intereses socioeconómicos de los consumidores, lo que sería muy discutible, cuando el sujeto pasivo de estos delitos será en todo caso el titular de la empresa cuyo secreto se descubre; por ello un sector doctrinal considera, a mi juicio acertadamente, que estos delitos menoscaban un interés patrimonial de carácter individual de los empresarios que compiten en el mercado. A este respecto la LSE en su art. 1.2 establece que "la protección se dispensa al titular de un secreto empresarial, que es cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo y se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, utilización o revelación de la información constitutiva de aquel que resulte ilícita o tenga un origen ilícito con arreglo

a lo previsto en esta ley.

4º.- La información tiene que "haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto". Estas medidas razonables son variadas y de diversa naturaleza, pero han de ser tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control, y es en este momento cuando surge el derecho de propiedad de su titular frente al secreto, ya que evidentemente no hay registro de secretos, lo que supondría dar publicidad a la información. Este requisito legal es el que verdaderamente confiere la condición de secreta a la información empresarial, hasta el punto de que si no se aprecia la existencia de ninguna medida razonable ejercida por su titular, no obtiene protección legal alguna y debe ser considerada como información de escasa importancia, no reservada, ni confidencial.

Ni en la Directiva ni en la LSE se indica qué medidas pueden considerarse razonables por lo que será propio titular quien determine cuáles serán en cada caso, teniendo en cuenta las características de su organización y el tipo de información concreta que se quiera proteger, debiendo ser nuestros Jueces y Tribunales quienes se encargarán de decidir si aquellas medidas por las que optó el titular fueron o no las adecuadas y razonables.

Entre las medidas a adoptar se encuentran los contratos de confidencialidad, denominados NDA (*non disclosure agreement)* cuyo objetivo es garantizar que la información confidencial compartida entre dos o más partes no sea revelada por terceros Estos acuerdos se introducen en los contratos que firman los empleados y también los proveedores; las claves de acceso en los equipos informáticos o a determinados departamentos o lugares; la identificación del personal por datos biométricos (huella digital, pupilas, rostro); los protocolos de seguridad, como establecer niveles de acceso dentro de la información confidencial; y en definitiva definir barreras de autocontrol que impidan a terceros conocer esa información.

III. EL "KNOW HOW" COMO SECRETO EMPRESARIAL, Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

El "know how" por su propia definición se refiere al "saber hacer o experiencia" con que cuenta la empresa para desarrollar sus actividades, ya sean productivas, administrativas, financieras o comerciales y de control, y engloba los conocimientos que

permiten a una compañía ofrecer su producto o servicio con un valor añadido, que permite diferenciarla de las demás y que la dota de carácter competitivo exclusivo, de tal forma que se considera como un activo intangible de la misma. Estos conocimientos preexistentes de la empresa, son fundamentalmente información práctica y privada (como listas de clientes o proveedores), obtenida a lo largo de los años, cuyo contenido sea de carácter técnico o científico y de innovación en investigación, o comercial o financiero, que son datos empresariales como planes comerciales o estrategias y estudios de mercado se integra en el mundo práctico y productivo de los negocios.

Sin embargo, hay que analizar cuándo este "Know How" se convierte en secreto empresarial, para delimitar el objeto material del delito. Poniendo en relación el secreto empresarial con el concepto de *know how* y desarrollando este, a continuación.

La SAP Málaga de 29 de abril de 2014 (FJ 4º).-

«*Como dice la sentencia de la sección 5ª de esta Audiencia Provincial de 3 de marzo de 2011, "el principal problema consiste en determinar que cabe entender por «know how», «saber como», si bien en la traducción al castellano del Reglamento Comunitario 4087/88 se utiliza la expresión «saber hacer», procedente de la versión francesa «savoir faire», (así también el RD 2.485/98, de 13 de nov); aunque ya cabe adelantar que no hay un concepto preciso, y que además varía en relación con las distintas modalidades de franquicia y sector de mercado a que se refiere, o incluso cuando opera con autonomía. La doctrina pone de relieve la evolución de su ámbito, que circunscrito primero a los «conocimientos secretos de orden industrial», se extendió posteriormente a los de «orden comercial», es decir, pasó a identificarse con conocimientos secretos referidos indistintamente al campo industrial o comercial, incluidos los aspectos organizativos de la empresa, -secreto empresarial-. Se resalta también la tendencia a un concepto más genérico, en el sentido de conectar el «know how» con la experiencia -conocimientos de orden empírico (adquisición progresiva, fruto de la experiencia en el desempeño de una actividad industrial o comercial o fruto de una tarea de investigación y experimentación)-, con la cualificación del especialista y con un menor grado de confidencialidad. En sentido amplio se le ha definido como «conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación». Cabe indicar como notas caracterizadoras: el secreto, entendido como difícil accesibilidad (no es generalmente conocido o fácilmente accesible por lo que parte de su valor reside en la ventaja temporal que su comunicación confiere al franquiciado o licenciatario), y valoración de conjunto o global, es decir, no con relación a los elementos aislados, sino articulados; sustancialidad, entendida como utilidad (ventaja competitiva); identificación apropiada y valor patrimonial (aunque, en realidad, está insito en la utilidad). El art. 1.3, f) del Reglamento 4.087/88 (que es aplicable a las franquicias de distribución) define el «Know how» como el conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, sustancial e identificado, concretando estos conceptos en las letras g), h) e i) del propio apartado 3 del art. 1. En la doctrina jurisprudencial, la Sentencia de 24 de octubre de 1979 recoge un concepto descriptivo diciendo que «lo que doctrinalmente se denomina «Know How», es decir, «el saber hacer», puede tener por*

objeto elementos materiales y elementos inmateriales, bien se considere que sea un bien en sentido jurídico, determinado por tratarse de una situación de hecho consistente en que las circunstancias de la empresa que constituye el objeto del secreto son desconocidas para terceros o que el aprendizaje o la adquisición de experiencias por éstos puede resultar dificultoso, o ya que se trata de un bien en sentido técnico jurídico, por poseer las características propias de esta idea, como son el valor patrimonial y la entidad para ser objeto de negocios jurídicos, integrante de un auténtico bien inmaterial». Y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, donde es objeto de numerosos pronunciamientos relacionados con contratos de franquicia, se manifiesta con una gran amplitud, y así se hace referencia a «metodología de trabajo»; «técnicas operativas»; «técnicas comerciales ya experimentadas»; «conjunto de conocimientos técnicos o sistemas de comercialización propios de franquiciador, como rasgo que le diferencia de otras empresas que comercian en el mismo tráfico»; «conjunto de técnicas y métodos para la instalación, comercialización y explotación, identificándose en la presentación de los locales, servicios prestados, productos, política de publicidad...».

El AAP Valencia 10 de marzo de 2017 (FJ 3º).-

"*El bien jurídico protegido en la violación de secretos de empresa es la «capacidad competitiva de la empresa», dada la posición ventajosa en las relaciones de tráfico económico que ostenta el titular de la información. Se entiende por «secreto de empresa» toda información relativa a la industria o empresa que conocen un número reducido de personas y que por su importancia el titular desea mantener oculta. Así es preciso diferenciar entre el secreto (conocimiento reservado sobre algo) y el objeto del secreto (el elemento material o inmaterial al que va referida la información reservada) que no es objeto de protección.*

Así, se sostiene doctrinalmente -y la jurisprudencia es conforme a dicha posición- que el secreto presenta un claro valor de empresa, cuyo descubrimiento puede hacer aumentar la capacidad competitiva de los rivales o disminuir la capacidad propia. En efecto, la divulgación de la cartera de clientes de una empresa, las circunstancias concretas de su proceso productivo, de sus estudios, de sus proyectos de expansión comercial, etc., pueden condicionar tanto a la capacidad productiva o expansiva de la propia empresa como a sus rivales. A efectos de sistematizar y ejemplificar diferentes tipos de secretos de empresa, éstos, señala la doctrina, se podrían dividir en tres grupos: a) Relativos a aspectos industriales (fabricación, proveedores, costos, etc.); b) comerciales (listas de clientes, descuentos, estrategias comerciales, etc.), y c) organización interna: (situación financiera, inversiones, etc.). El común denominador de todos ellos es que su conocimiento debe afectar a la capacidad para competir, pues, de lo contrario no será «secreto de empresa» a los efectos de la aplicación de los tipos de los arts. 278, 279 y 280, sin perjuicio de la protección extrapenal que dispensan los 13, 14.2 y concordantes de la Ley 3/91 de Competencia Desleal, que en base a los principios de «intervención mínima» «ultima ratio taxatividad del tipo» y «carácter fragmentario», todos ellos del proceso penal, constituirá el «cajón de sastre» de conductas aprehensivas y reveladoras de secretos que aun constituyendo actos de genuina competencia desleal no puedan ser subsumidos en los mentados artículos del Texto Punitivo.

La Sentencia de 12 de abril de 2014 del Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Zaragoza, define como secreto empresarial el que comprende tanto los secretos industriales (información de la fabricación de un determinado producto), como los secretos comerciales (información relativa a la organización interna de la empresa), y

puede estimarse en la actualidad esencialmente coincidente con el anglicismo *"know how".*

El "know how" es una forma de transferencia de tecnología utilizada en una compañía, que por ser concreta y exclusiva, constituye un valor económico importante que debe ser protegido y ajeno a la competencia. Como forma de transferencia tecnológica viene definida y delimitada por el Reglamento (UE) n.º 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101.3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) a determinadas categorías de acuerdos de transferencias de tecnología. En esta norma se define como el conjunto de información práctica no patentada, derivada de la experiencia y los ensayos realizados, que ha se ser secreta, no siendo de dominio público o fácilmente accesible; esencial, en el sentido de importante o útil para la fabricación de un producto o la aplicación de un procedimiento; y determinada, siendo descrita de manera suficientemente exhaustiva para verificar si se ajusta a los criterios de secreto y esencialidad[5].

Debemos distinguir dentro del concepto los secretos empresariales, los denominados "secretos comerciales" de los "secretos industriales", y saber que todo es *kow how*, pero mientras que los primeros se refieren a conocimientos organizativos, como listas de clientes y proveedores, financieros como los estadillos bancarios, y de ámbito estrictamente comercial como las estrategias de estudio mercado y planes de actuación en el sector, los segundos son de contenido puramente técnico, científico e innovaciones tecnológicas, que pueden ser objeto de protección por la legislación específica que protege los derechos industriales como las invenciones patentadas o modelos de utilidad, (Ley 24/2015 de 24 de julio de Patentes), las obtenciones vegetales, (Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de protección de las obtenciones vegetales), las denominadas topografías de semiconductores, (Ley 11/1988, de 3 de mayo de Protección Jurídica de la topografías de las Topografías de los Productos Semiconductores), o bien, los diseños industriales (Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial) o tal vez, signos distintivos, sean marcas o nombres comerciales (Ley 17/2001, de 7 diciembre, de Marcas); así como los textos, fotografías, dibujos, programas de ordenador, bases de datos, que sean creaciones originales de contenido literario, artístico o científico, que serían

[5] VEGA JUSTRIBÓ, BÁRBARA DE LA. El secreto empresarial o industrial (kow how). Derecho de la Propiedad Intelectual: Derecho de Autor y Propiedad Industrial, 2017, pp. 20 -25.

considerados derechos de la propiedad intelectual y protegidos por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia).

Todo ello en consecuencia, no sería objeto material de los delitos de violación de secretos, quedando excluidos de su ámbito de protección, y reservado a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial contenidos en el Código Penal en la Sección Primera (arts. 270 a 272) y Sección Segunda (arts. 273 a 277) respectivamente, del Capítulo XI, del Título XIII.

Puede encontrarse alguna casuística en la Jurisprudencia Penal. El Tribunal Supremo, partiendo de la base de que el Código Penal no define el secreto empresarial, entiende que se trata de un concepto dinámico y no cerrado a un *numerus clasusus*, por lo que habría que resolver caso por caso, definiendo sus notas características (STS 16/12/08). Veamos varios ejemplos: Los listados de datos lo mismo pueden ser calificados como secreto, que en un determinado supuesto no revistan los requisitos de confidencialidad (AP Baleares 30/01/18). La SAP Valladolid de 10/02/12 incluye en el concepto las listas de proveedores, los precios de adquisición de productos y márgenes de ganancias; la SAP Córdoba 12/12/14 se refiere al listado de clientes, pues supone una ventaja competitiva al ahorrar el gasto de identificar y localizar a sus clientes potenciales para quien obtiene el dato, y es un elemento importante para para conservar y afianzar un mercado frente a otros competidores (STS 16/12/08). Para la SAP Ciudad Real 02/12/15, la acción de apoderarse de un listado de clientes en soporte informático, y con la información facilitada remitir cartas ofertando los servicios de un nuevo centro, ha de considerarse que integra el tipo penal que se examina, sin embargo para la SAP Bizkaia 01/04/15, consideran problemática la inclusión de los listados de clientes como secreto de empresa, por lo que se suele exigir, en el ámbito de la competencia desleal, que se trate de clientelas no fácilmente accesibles en el ámbito concreto de la actividad económica, o bien que agreguen otros caracteres como su vinculación con ofertas o tratamiento de precios individualizados para cada cliente. La SAP Córdoba 12/12/14 establece que la materialización del secreto puede producirse en todo género de soporte, tanto papel como electrónico, y tanto en original como copia, y aún por comunicación verbal, y puede incluir tanto cifras, como listados, partidas contables, organigramas, planos, *memoranda* internos, etc. La Sentencia del Juzgado Penal N.º 1 de León de 9 de

febrero de 2004, también considera secreto los códigos desencriptadores bajo los que son emitidas determinadas imágenes televisivas, que son grabados en tarjetas. Los correos electrónicos presentan también cierta problemática, para la SAP Madrid 27/04/15 no pueden considerarse secreto de empresa, cuando hablen de "buenas noticias" de naturaleza económica para la empresa y de recomendaciones para una mejor gestión, mientras que para la SAP Barcelona 14/07/17 se consideró que los correos electrónicos tanto enviados como recibidos por los acusados podrían contener información reservada sobre las compras o ventas que iban a realizar a proveedores y clientes de le empresa, sobre el contenido y condiciones de la oferta, y demás datos relevantes para la actividad comercial de la entidad, información que podría ser calificada como secreto empresarial.

Sin embargo, hay casos complicados como por ejemplo un programa de ordenador o software, el mismo puede ser considerado como propiedad intelectual, propiedad industrial o secreto comercial. La LSE art. 1.3 *in fine* establece que "lo dispuesto en esta ley se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el Título IV de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

1º.- Es propiedad intelectual, porque así lo recoge la Ley de Propiedad Intelectual, que lo define en su art. 96 como "toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación. A los mismos efectos la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este título dispensa a los programas de ordenador". De esta forma es propiedad intelectual el código fuente, lo que se protege es el texto, no la funcionalidad del programa, de tal forma que si un trabajador crea un programa de ordenador para la empresa X con un determinado código fuente, y después se marcha a la empresa H, y crea otro programa de ordenador que sirve para lo mismo, que realiza las mismas funciones pero sin copiar el código fuente del anterior, qué ocurre. ¿Quién tendría los derechos de autor?. El empresario, dada la presunción establecida en el art. 97 de la LPI, según el cual, "cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador

así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponden exclusivamente la empresario, salvo el pacto en contrario". ¿Se consideran vulnerados los derechos de autor del empresario? No, porque según la definición que da la LPI sobre programa de ordenador, al cambiar el código fuente se crea otro programa de ordenador distinto del primero (generador igualmente de derechos de autor, en este caso de la empresa H), al ser entendido como secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas en un sistema informático para obtener un resultado determinado, que nunca podrá ser idéntico al primer programa creado para la empresa X, a pesar de que su funcionalidad sea la misma.

2º.- El software puede ser también propiedad industrial, aunque en principio no se puede patentar. La ley de Patentes, no considera invenciones patentables los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de ordenador. Sin embargo, hay una excepción, no estando excluidos de la patentabilidad si, en el momento en que estén funcionando en un ordenador, provocan un "efecto técnico" adicional que vaya más allá de la interacción física normal entre el programa (software) y el ordenador (hardware). Se deberá recalcar siempre la interacción física entre software y hardware. Estas se denominan invenciones implementadas por ordenador. Un ejemplo sería una ordeñadora de vacas que para extraer leche funcione por ordenador, en esta invención si puede patentarse el software, por ser es imprescindible para poner en funcionamiento la ordeñadora.

3º.- Es también secreto industrial, cuando se trate de un programa de ordenador que implemente una innovación tecnológica no patentable, (los algoritmos no se pueden patentar) cuyo titular mantenga fuera del alcance del personal de su empresa que no sea el creador o creadores, utilizando medidas razonables de control para mantenerlo en secreto, como los acuerdos de confidencialidad y otras. En ocasiones el patentar una invención es costosa en dinero y tiempo, y supone la necesidad de presentar un proyecto con el procedimiento de fabricación del producto, ante el Registro de Patentes que implica dar publicidad a la propia invención, por lo que a veces es más práctico y competitivo en el mercado proteger como secreto industrial determinada información exclusiva no patentable (como el código fuente o los algoritmos) pues el secreto, siempre estará protegido sin límite de tiempo, a diferencia de la protección que otorgan los derechos de propiedad intelectual o industrial que por su propia naturaleza será

temporal (ya sea durante toda la vida del autor más 70 años después de su muerte, o bien durante 20 años caso de ser patentado, o durante 10 años de ser un modelo de utilidad). El ejemplo del secreto industrial más rentable de la historia, es el de la fórmula de la Coca-Cola, si su titular hubiera optado por divulgarlo o registrarlo, hoy en día ya no sería exclusivo, y por muchos años que pasen, la Coca-Cola es única y lo seguirá siendo, generación tras generación, hasta que el secreto deje de serlo.

Las ventajas de proteger los conocimientos o ideas por la vía del secreto empresarial, además de la duración indefinida de la protección, es que al no requerir de la presentación de documentación ante ningún organismo, tienen una eficacia inmediata, pues obedecen a una situación de hecho, sin necesidad de pagar registros, anualidades, o agentes, abaratando los costes y aumentando a la vez su rentabilidad. Sin embargo, los secretos empresariales también presentan ciertos inconvenientes como la inexistencia de título o certificación de pertenencia, y aunque otorga un derecho a su titular, este no es exclusivo, porque existen modos lícitos de obtener la información y su ejercicio es débil y difuso ante los tribunales si lo comparamos con la patente, resultando más sencilla la prueba de la infracción de una patente que la del secreto, sin perjuicio de que su realidad probatoria es inherente a la divulgación del secreto, y cualquier revelación provocaría la pérdida del mismo, no existiendo las divulgaciones inocuas. Ciertamente los secretos industriales no otorgan a su titular un derecho exclusivo a diferencia de los derechos sobre la propiedad intelectual o industrial, de tal forma que no implican un "derecho a prohibir", propiamente dicho. Si una información o proceso de producción es secreto y se descubre la misma información por otra persona de forma casual o por ingeniería inversa (llegar al mismo resultado o producto por la vía del desmontaje) no existe vulneración del secreto, e incluso el descubridor último puede patentar la invención en caso de no haberlo hecho antes el primero, por optar por la vía de protección de su innovación como secreto[6].

La LSE art. 2.1 b) reconoce a la ingeniería inversa como una forma de obtención lícita del secreto empresarial, al referirse a "la observación, estudio, desmontaje o ensayo de un producto u objeto que se haya puesto a disposición del público o esté lícitamente en posesión de quien realiza estas actuaciones, sin estar sujeto a ninguna obligación que válidamente le impida obtener de este modo la información constitutiva

[6] MALLEA FERRO, AMAYA. Propiedad Intelectual, Industrial y Secretos Empresariales: Complementariedad de las protecciones. Ponencia de 21/11/2019, Master ICAM en Derecho Digital, Innovación y Tecnologías Emergentes, 2019, pp. 103 -107.

del secreto empresarial. Se considera igualmente obtención lícita, el descubrimiento o la creación independientes; el ejercicio del derecho de los trabajadores y de sus representantes a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho europeo o español y las prácticas vigentes; así como cualquier otra práctica, que según las circunstancias del caso, resulte conforme con las prácticas comerciales leales, incluidas la transferencia o cesión y la licencia contractual del secreto empresarial, de acuerdo con el capítulo III (art. 2. LSE).

En definitiva, hay que pensar en la amplitud del concepto *"know how"*, como una gran caja de Pandora en la que cabe todo, y abrir la mente a la cantidad de posibilidades que nos ofrece, de forma que las protecciones legales de sus componentes no son excluyentes, sino al contrario complementarias. Pongamos de ejemplo mi teléfono móvil, este pequeño aparato electrónico que llevo en el bolsillo, puede estar multiprotegido por un nombre comercial (Apple), por una marca (iPhone), por una patente del hardware, por un diseño exclusivo sobre la apariencia estética del terminal, por los derechos de autor que recaen sobre el software o las apss que haya instalado, y por el secreto indrustrial que contienen los algoritmos.

IV. LOS DELITOS DE COMPETENCIA DESLEAL. TIPOS DELICTIVOS

1. El espionaje empresarial

> Artículo 278.1 CP.- "*El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del art. 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses".*

Elemento objetivo del tipo básico.- Se castiga la conducta típica consistente en la acción de apoderarse de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos en que se encuentre el secreto. Se puede cometer a través de la captación física o intelectual del secreto, y lleva a considerar punible tanto el coger un soporte donde figure la información, reenviar un correo electrónico con datos confidenciales, tomar una foto o hacer una fotocopia, escanear un documento, así como tomar nota de los datos reservados, o memorizar los datos sin coger nada. (STS 14/09/00).

Esta acción de apoderamiento puede realizarse por cualquier medio o a través de los instrumentos descritos en el art. 197.1 del CP que se refiere a la interceptación de las

comunicaciones, o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido, de imagen o de cualquier otra señal de comunicación.

Elemento subjetivo del tipo básico.- Se exige el dolo, la acción ha de ser cometida con intención de descubrir un secreto de empresa. El sujeto activo ha de tener un propósito de descubrir un secreto de empresa, que ha de ser probado (AP Ciudad Real 2-12-15), y basta que realice con esa intención para que el delito se consume, aunque no llegue a conocer el secreto (AP Ciudad Real 17-9-12; AP Bizkaia 4-11-1).

De esta forma si se descubren los secretos de modo causal o fortuito, o con propósito distinto, y si no se consigue probar esa intencionalidad la conducta deviene atípica (STS 16-2-01). Acceder sin permiso al correo electrónico de una empresa, sin la mencionada intención, es una acción atípica (AP Las Palmas 27-9-11; AP Córdoba 12-3-07; AP Castellón 15-5-06). Según la SAP de Barcelona de 10/05/06, no constituiría delito de espionaje empresarial el apoderarse de las claves de acceso a la página web, sino es para descubrir un secreto de empresa.

La STS de 16/12/08 describe con precisión los elementos del delito, y lo define como un delito de emprendimiento o de carácter tendencial y de consumación anticipada que limita la conducta típica a los comportamientos realizados con la finalidad de descubrir el secreto de modo ilícito, aunque no se llegue a descubrir de modo efectivo. Sin embargo, la escasa peligrosidad de tales intentos fallidos y la gravedad de las sanciones previstas, provocan el rechazo de la doctrina y jurisprudencia al castigo de tales casos (AP Zaragoza 11-2-09). Conseguir el conocimiento del secreto pertenece a la fase posterior de agotamiento de la infracción (STS 16-12-08; AP Las Palmas 12-12-11).

Se configura como un tipo de peligro que se perfecciona con la realización de la conducta típica de apoderamiento con intención de descubrir el secreto empresarial, por tanto estamos ante un supuesto de adelantamiento de las barreras punitivas a través de un delito de tendencia o emprendimiento, que comporta, en principio, una mayor dificultad de apreciar formas imperfectas de realización del delito (AP Madrid 18-1-12)

Elementos del tipo agravado.-

> Artículo 278.2 CP.- *"Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos".*

Se requiere que concurran además de los elementos del tipo básico, las acciones de difusión, revelación o cesión (AP Zaragoza 16-10-08). El sujeto activo y autor ha de ser el mismo que haya cometido el descubrimiento, de lo contrario estaríamos en otro tipo de injusto de los arts. CP 279 o 280[7].

Este tipo agravado es un delito de resultado, aunque no de lesión al no requerirse que con la divulgación, revelación o cesión se llegue a afectar a la capacidad competitiva de la empresa, o ni siquiera que los conocimientos revelados hayan sido utilizados por quien la recibió (AP Valladolid 10-2-12).

2. La violación del secreto de empresa.-

Tipo básico.-

> Art. 279 CP.- "*La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses".*

Es un delito especial propio, aunque tenga en común con el delito de espionaje empresarial el bien jurídico protegido y objeto material (STS 16/12/08). La conducta típica se fundamenta en la lealtad debida, legal o contractual de quienes conozcan el secreto, e implica un quebrantamiento del deber extrapenal de reserva del secreto (STS 12/05/08). Se diferencia del tipo agravado del espionaje industrial en la forma de obtener la información confidencial, que en este caso es lícita. Es igualmente un delito de resultado, pero aquí basta con el dolo eventual, al eliminarse el elemento subjetivo del injusto en la redacción vigente, siendo posible el error (normalmente vencible) que se regirá por las normas generales, cuando el autor tenga el convencimiento de que no tiene el deber de guardar secreto, o que por haber terminado su relación laboral con la empresa no está vigente ese deber.

Se requiere que el deber de sigilo proceda de una disposición legal, como la impuesta por la Ley de Sociedades de Capital a los administradores (art. 232), o de una cláusula contractual (sea laboral o de licencia de *know how*), pero no basta cualquier relación con el titular del secreto (SAP Gipuzkoa 19/02/07). Faltan a su obligación de sigilo y lealtad, pudiendo incurrir en responsabilidad penal los administradores y empleados de la empresa que por razón de sus funciones conozcan el secreto, los empleados de otras empresas (seguridad o proveedores) que se relacionen con el titular

[7] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. Derecho Penal económico y de la empresa: Parte especial. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 70 - 78.

del secreto, y los terceros conocedores del secreto por razones legales, como los funcionarios (SAP Barcelona 14/07/17). El deber de guardar secreto tendrá la duración que se imponga por ley o por contrato, aunque la STS 16/12/08 entiende que ese deber debe mantenerse, independientemente de la finalización de la relación jurídica a las personas que ya no trabajan para la empresa, en la medida en que el secreto está en condiciones de aportar un valor económico.

Tipo atenuado.-

> Art. 279 párrafo segundo CP.- *"Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior".*

Castiga con menor pena a quien habiendo obtenido un secreto de modo lícito, lo utiliza en provecho propio sin divulgarlo, revelarlo o cederlo a otros. Sería un delito de mera actividad, que se fundamenta en la no difusión del secreto, reduciendo la posibilidad de competencia desleal (STS 16/12/08).

Revelación del secreto sin descubrimiento.-

> Ar. 280 CP.- *"El que, con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses".*

Es un delito común que puede ser cometido por cualquier persona, donde la conducta típica se centra en las acciones de difundir, revelar o ceder el secreto sin que su autor haya participado en el descubrimiento realizado por otro de forma ilícita, pero conociendo este origen ilícito. Es un delito doloso, por lo que si el sujeto activo desconociera la ilicitud del descubrimiento habría un error de tipo. Se considera aplicable la figura del encubrimiento o receptación (SAP Zaragoza 16/10/908), pero no la del delito continuado (SAP Barcelona 04/11/02).

V. LA VIOLACIÓN DE SECRETOS EN LA LEY DE SECRETOS EMPRESARIALES

El art. 3 LSE considera como violación de secretos empresariales los siguientes supuestos:

> "1.- La obtención de secretos empresariales sin consentimiento de su titular se considera ilícita cuando se lleve a cabo mediante, el acceso, apropiación o copia no autorizada de documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos u otros soportes, que contengan el secreto empresarial o a partir de los cuales se pueda deducir; y cualquier otra actuación que, en las circunstancias del caso, se considere contraria a las prácticas comerciales leales.

> 2.- La utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran ilícitas cuando, sin el consentimiento de su titular, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial.
>
> 3.- La obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran asimismo ilícitas cuando la persona que las realice, en el momento de hacerlo, sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido que obtenía el secreto empresarial, directa o indirectamente de quien lo utilizaba o revelaba de forma ilícita según lo dispuesto en el apartado anterior.

Si observamos detenidamente las conductas calificadas como violación de secretos para la nueva LSE, pocas diferencias (salvo el dolo) encontramos con los tipos delictivos que castiga el Código Penal, lo que a mi humilde saber y entender, provoca necesariamente poner en tela de juicio si después de la entrada en vigor de la Ley de Secretos Empresariales, es el Derecho Penal la *ultima ratio,* reprendiendo estas conductas como las más graves, especialmente teniendo en cuenta el requisito de perseguibilidad de la previa denuncia del ofendido (art. 287 CP), o si el legislador debiera haber valorado una modificación del texto penal, al igual que modifica la Ley de Competencia Desleal, a fin de poner en el lugar adecuado el *ius puniendi* del Estado.

Añade la LSE art. 3.4, otras conductas ilícitas que igualmente son constitutivas de violación de secretos empresariales y que no incorpora el texto penal como *"la producción, oferta o comercialización de mercancías infractoras o su importación, exportación o almacenamiento, cuando la persona que las realice sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido que el secreto empresarial que incorporan se había utilizado de forma ilícita en el sentido de los dispuesto en el apartado 2. A efectos de la presente ley, se consideran mercancías infractoras aquellos productos y servicios cuyo diseño, características, funcionamiento, proceso de producción o comercialización se benefician de manera significativa se secretos empresariales obtenidos, utilizados o revelados de forma ilícita.*

Recoge la LSE un amplio catálogo de acciones de defensa contra los actos de violación de secretos empresariales en su Capítulo IV, considerando *infractor* a toda persona física o jurídica que realice cualquier acto de violación de los enunciados en el artículo 3, e incluso permite dirigirlas contra *los terceros adquirentes de buena fe*, entendiéndose por tales, a los efectos de la presente ley, quienes en el momento de la utilización o de la revelación no sabían o, en las circunstancias del caso, no hubieran debido saber que habían obtenido que habían obtenido el secreto empresarial directa o

indirectamente de un infractor (art. 8 LSE), y en este caso a petición de la parte demandada (tercero adquirente de buena fe) las medidas (del art. 9.1 LSE) podrán sustituirse por el pago a favor de la parte demandante de un indemnización pecuniaria, siempre que ésta resulte razonablemente satisfactoria y la ejecución de aquellas medidas hubiera de causar a la parte demandada un perjuicio desproporcionado. La indemnización pecuniaria que sustituya a las medidas no excederá del importe que se habría tenido que pagar al titular del secreto empresarial, por la concesión de una licencia, que habría permitido utilizarlo durante el periodo en el que su utilización hubiera podido prohibirse (art. 9.7 LSE).

Las acciones civiles contra los actos de violación de secretos empresariales se contemplan en el art. 9 LSE, y son las siguientes:

– La declaración de la violación del secreto empresarial.

– La cesación o, en su caso, la prohibición de los actos de violación del secreto empresarial.

– La prohibición de fabricar, ofrecer, comercializar o utilizar mercancías infractoras o de su importación, exportación o almacenamiento con dichos fines.

– La aprehensión de las mercancías infractoras, y su atribución en propiedad al demandante, imputándose el valor de éstas al importe de la indemnización de daños y perjuicios.

– La indemnización de los daños o perjuicios, si ha intervenido dolo o culpa en el infractor, que será adecuada respecto de la lesión realmente sufrida como consecuencia de la violación del secreto. Para su cálculo (art. 10 LSE) se tendrán en cuenta todos los perjuicios económicos causados, incluido el lucro cesante, el enriquecimiento injusto, el perjuicio moral, así como los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

– La publicación o difusión completa o parcial de la sentencia, que deberá preservar en todo caso la confidencialidad del secreto empresarial en los términos del artículo 15 de esta ley.

El art. 15 LSE hace referencia al tratamiento procesal de la información que pueda constituir el secreto empresarial, que merece la pena resaltar por su singularidad,

estableciendo que *"las partes, sus abogados o procuradores, el personal de la [i]Administración de Justicia, los testigos, los peritos, y cualesquier otras personas que intervengan en un procedimiento relativo a la violación de un secreto empresarial, o que tengan acceso a documentos obrantes en dicho procedimiento por razón de su cargo o de la función que desempeñan, no podrán utilizar ni revelar aquella información que pueda constituir secreto empresarial, y que los jueces o tribunales, de oficio o a petición debidamente motivada de cualquiera de las partes, hayan declarado confidencial y del que hayan tenido conocimiento a raíz de dicha intervención o de dicho acceso"*.

La prohibición estará en vigor incluso tras la conclusión del procedimiento, salvo que se establezca lo contrario por sentencia firme.

Asimismo los jueces y tribunales podrán adoptar medidas, que sean adecuadas y proporcionadas para preservar el secreto, como restringir a un número determinado de personas el acceso a cualquier soporte que contenga el secreto; limitar el acceso a las vistas o a sus grabaciones y transcripciones, y poner a disposición pública una versión no confidencial de la resolución que se dicte, de la que se hayan eliminado o en la que se hayan ocultado los pasajes que contengan la información que pueda constituir secreto empresarial.

* * * * * *

Montserrat Valderrama Romero

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

~Implicaciones de la restitución del bien en el terreno de la responsabilidad civil derivada del delito~

I. INTRODUCCIÓN.

A través de las líneas que siguen a continuación se procura dar un enfoque de la restitución del bien, como forma de responsabilidad civil "ex delicto", no sólo teórico, partiendo de su regulación legal –penal y extrapenal-, sino también práctico, acudiendo para ello al análisis de varias sentencias –fundamentalmente, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo-, que resumen el estado actual de la cuestión.

En un inicio se hace referencia a la normativa que rige esta materia, compuesta tanto por el Código Penal como por normas del Código Civil, del Código de Comercio y de la Ley Hipotecaria, a las que frecuentemente es preciso acudir para integrar el contenido de los artículos penales, toda vez que, aunque la acción civil se ejercite en un proceso penal, no por ello deja de estar desprovista de sus innatas características civiles, que no pueden soslayarse ante el riesgo de fracaso de su ejercicio.

Después pasarán a resaltarse las particularidades de restitución que, en algunos de los delitos a los que suele aparecer como consustancial, configuran rasgos propios en el ejercicio de la acción civil y exigen determinadas solicitudes por las acusaciones pública y particular, así como la intervención de terceras personas.

También se hará especial mención a la restitución que impone la condena en los delitos de usurpación de bienes inmuebles, en atención al elevado número de asuntos de dicha naturaleza que se tramitan actualmente ante los Juzgados y, aparte de por su importancia cuantitativa, por la quiebra que, desde el TEDH se pone de manifiesto, provoca en el derecho de propiedad a causa de la falta de recuperación de la posesión del bien por parte del titular en un tiempo adecuado.

Posteriormente, se citarán algunos de los aspectos que en relación a la restitución del bien se consideran más relevantes desde el punto de vista procesal, al poder llegar a deparar, en caso de ser obviados por los operadores jurídicos, la frustración de la restitución.

En último lugar, se introducirán unas conclusiones, a modo de breve resumen.

II. REGULACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL "EX DELICTO" Y CUESTIONES GENERALES QUE PLANTEA, PARTICULARMENTE EN REFERENCIA A LA MODALIDAD DE RESTITUCIÓN DEL BIEN.

El artículo 109 del Código Penal impone la obligación de reparar los daños y perjuicios derivados de la comisión de un delito, precisando que la acción civil es renunciable por el perjudicado, quien podrá exigirla ante la jurisdicción civil.

Y el artículo 110 del mismo texto legal concreta que esa responsabilidad comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

Por lo tanto, de ambos preceptos resulta que la comisión de un hecho delictivo no sólo depara deriva responsabilidad penal, sino que también puede generar responsabilidad civil, la cual, a su vez, comprende los tres contenidos antes citados. Así pues, con la responsabilidad civil "ex delicto" se persigue reparar o subsanar las consecuencias que el delito ha producido a las víctimas o a los perjudicados por el mismo. Con independencia de la gravedad o levedad del delito –y siguiendo un parámetro distinto a lo que sucede con la pena, en que reina el principio de proporcionalidad-, la responsabilidad civil se determina únicamente a partir de los efectos originados por el delito, siendo ajena su magnitud y no guardando simetría alguna con la pena. Eso sí, la responsabilidad civil sigue a la penal y depende de que ésta exista, tal y como señala el artículo 116 del Código Penal al proclamar que el responsable del delito también lo es civilmente.

En definitiva, la responsabilidad civil se refiere a los efectos civiles que conlleva la conducta delictiva. Y se trata de una materia que no sólo regula el Derecho Penal, sino que en innumerables ocasiones, precisamente por la naturaleza civil de la acción ejercitada y ante la ausencia de regulación expresa en el texto penal sustantivo, debe acudirse para su resolución a las normas del Derecho Civil, de carácter supletorio.

Es una de las materias que, tal y como reflejan las múltiples sentencias pronunciadas por los Juzgados y Tribunales del orden penal, evidencia que las distintas ramas del Derecho no constituyen compartimentos estancos e independientes, sino que están interrelacionados y suplen necesariamente aspectos que la norma punitiva no contempla, siendo preciso acudir a reglas extrapenales, principalmente civiles e incluso

mercantiles, como ocurre por lo que respecta a la restitución del bien para determinar la irreivindicabilidad del bien a restituir, a cuyo objeto habrá que acudir a los artículos 464 y 1955 del Código Civil, 85, 86, 324 y 545 del Código de Comercio y 34 de la Ley Hipotecaria.

III. CONCEPTO, CONTENIDO Y ALCANCE DE LA RESTITUCIÓN DEL BIEN. PREFERENCIA DE LA RESTITUCIÓN.

Mucho se ha escrito sobre el concepto de la restitución. Es frecuente en la doctrina acudir a la definición que del verbo "restituir" proporciona el Diccionario de la Real Academia Española –"volver la cosa a quien la tenía antes"- y, partiendo del mismo, ofrecer una noción jurídica, adaptada al artículo 110 del Código Penal, como la consistente en restaurar la situación que existía con anterioridad a cometerse el delito, devolviendo la cosa a quien la poseía. No obstante, ese concepto puede conducir a equívocos e incongruencias, puesto que, aunque funciona para la mayoría de los delitos, no ocurre así en los delitos de apropiación indebida, al albur de los cuales supondría reintegrar el bien precisamente al sujeto activo, quien, aunque en un inicio era el legítimo poseedor del bien, a posteriori se convirtió en el agente del delito al incorporar ilícitamente dicho bien a su patrimonio. Es por ello, y a fin de salvar ese escollo, que resulta más apropiado definir la restitución como la reintegración del bien a quien haya sido privado de él ilegítimamente, ya sea su propietario o su poseedor legítimo.

En cuanto al concepto de "bien", debe hacerse hincapié en que la palabra usada en un principio por el legislador fue la de "cosa", cuya acepción, por referirse a objetos corporales o materiales, es más reducida que la actualmente recogida en el CP. Así, el bien a restituir puede ser no sólo de carácter mueble, sino también inmueble –caso del delito leve de usurpación de bien inmueble, ejemplo muy en boga en la actualidad debido a su proliferación-. Incluso es posible admitir la restitución del dinero, puesto que si el objeto del delito es una cantidad de dinero que se ha integrado en el patrimonio del agente, habrá de condenarse en vía de responsabilidad civil a restituir esa suma monetaria al perjudicado. Sin embargo, aunque esta última afirmación ha sido discutida por parte de la doctrina, por cuanto aduce que no se devolverá exactamente el mismo dinero, sino un importe igual –esto es, otro tanto de la misma especie y calidad- y que por ello habrá de encasillarse en el contenido de la reparación, la polémica es trivial y carece de sentido porque sea o no la misma moneda, lo que se trata es de devolver similar numerario. Hasta tal punto es baladí la controversia que si se piensa en delitos

cuyo núcleo es apoderarse de dinero y que, casi siempre, esa apropiación ilegítima tiene lugar a través de medios o dispositivos electrónicos, como sucede con las estafas efectuadas por transferencias bancarias, es decir, sin intervención de moneda física, se torna incontestable la condena a retornar el dinero con el que fraudulentamente se hizo el sujeto activo.

Como peculiaridad de restitución del bien, mencionar que los bitcoins no son susceptibles de retorno. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 20/06/19, aunque recuerda que la jurisprudencia impone la obligación de devolver todo tipo de bienes objeto del delito, incluido el dinero, razona en el supuesto sometido a su consideración, constitutivo de estafa, que los bitcoins no pueden ser reintegrados, ya que lo que se entregó al acusado fue dinero en euros para que lo empleara invirtiéndolo en esta clase de moneda digital. Además, se observa en la sentencia que tampoco es posible la devolución del bitcoin porque no es un cuerpo tangible y porque legalmente no se califica como dinero. En este sentido, se explica que el bitcoin no es más que un activo inmaterial, un elemento virtual comercializado a través de una red informática cuyo valor depende de la oferta y la demanda que haya en las plataformas de trading Bitcoin en el momento en que se utiliza. Y, aunque se admite su empleo en cualquier negocio, siempre que los contratantes lo autoricen, al amparo de la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico -norma que permite el acopio electrónico de valores monetarios que representen un crédito sobre el emisor, que tengan por objeto realizar operaciones de pago y que sean aceptados por otra persona diferente del emisor de dinero electrónico-, se recalca que no es dinero ni puede tener dicha consideración legal.

Tras estas elucidaciones y precisamente en base a ellas, se arguye que no está en manos del Tribunal de instancia acordar la restitución de los bitcoins, con independencia de que exista un contrato de inversión que demuestre la entrega de bitcoins al acusado, toda vez que la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios consiste en el retorno a los perjudicados del importe de la aportación dineraria hecha, más el importe que hubiera rentado el precio de los bitcoins desde la inversión hasta el vencimiento del contrato.

Enlazado lógicamente con los anteriores conceptos de restitución y de bien, y teniendo presente que el artículo 111 del Código Penal antepone la restitución del propio bien, siempre que sea posible, más la satisfacción de los deterioros y menoscabos, el contenido y alcance de aquélla se impone de manera extensiva y ha de

comprender, a fin de que el perjudicado vea restablecida íntegramente su situación, tal cual era antes del delito, tanto la devolución del bien como el pago de los posibles deterioros y menoscabos que el mismo haya sufrido. Empero la sinonimia entre ambos términos –deterioros y menoscabos-, el hecho de que el legislador no haya utilizado sólo uno, sino los dos, obliga a colegir, en consonancia además con la "restitutio in integrum" que se erige en principio fundamental de la restauración a la situación anterior a que se produjera el daño, que aparte de los quebrantos o desperfectos materiales ocasionados en el bien –léase, daños en todo tipo de objetos, tales como vehículos, joyas, cuadros y cualesquiera otros sobre los que recaiga la acción delictiva-, deben cuantificarse otros agravios que se hayan causado al perjudicado a raíz de la imposibilidad de contar con el bien en cuestión.

Para determinar cuáles sean esos otros agravios a tener en cuenta, dentro de la restitución, no es factible redactar un listado a priori, sino que dependerá del caso en concreto planteado. Ahora bien, vaya por adelantado que, indiscutiblemente, abarcará el perjuicio por el tiempo durante el que el legítimo poseedor ha sido despojado del bien, así como el pago de los intereses legales en el supuesto de que el bien sea dinero.

No obstante, respecto a los intereses, es necesario precisar que, en relación a los moratorios previstos en los artículos 1100, 1101, 1108 y 1109 del Código Civil y, tratándose de materia civil –en la que rige el principio dispositivo y el de rogación-, depende de la petición que en tal sentido haga el perjudicado y sólo deberá condenarse a su desembolso siempre y cuando medie solicitud expresa de dichos intereses, en cuyo caso se devengarán no desde la fecha de perpetración del hecho delictivo, sino desde el escrito de conclusiones provisionales, al fijarse en el mismo la cantidad que se solicite en dicho concepto y formularse las pretensiones penales y civiles, a excepción de que se hubiera interpuesto querella y ya allí se hubieran reclamado. En este sentido se pronuncia la sentencia n.º 668/2018 del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 19/12/2018, que aclara que mientras los intereses procesales previstos en el artículo 576.1 de la LEC se computan desde la fecha del dictado de la sentencia en primera instancia, los intereses moratorios regulados en el Código Civil se calculan desde el día en que el acreedor los reclama judicial o extrajudicialmente, siendo que los primeros surgen sin necesidad de que el interesado los solicite previamente y, por el contrario, los segundos requieren una reclamación expresa y anterior. Igualmente, con cita de las sentencias de 30/12/94, 08/02/00, 15/11/01 y 10/04/01, recuerda que los intereses de demora de un importe

líquido se producen desde la fecha de la interposición de la demanda, si no existe reclamación anterior.

Como cuestión civil que es, debe traerse a colación la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 05/03/19. En ella se insiste que todas las cuestiones concernientes a la responsabilidad civil, pese a que se diluciden en el proceso penal, no pueden resolverse al margen de la normativa civil, antes al contrario. Por tal motivo, al ser plenamente aplicables en el seno del procedimiento penal y por lo que respecta a la acción civil los principios dispositivo y de rogación, la sentencia no puede dar más de lo que las partes han pedido. La acción civil está sujeta al principio de justicia rogada, ya se ejercite en un proceso civil, ya penal. Tanto es así que, de conceder la sentencia más de lo pedido, se vulnerarían los principios acusatorio y de congruencia, en tanto la acción civil derivada del delito no pierde su propia y especial naturaleza por la circunstancia de plantearse en el proceso penal. Tan necesario es fijar su cuantía por la parte interesada como que la condena por responsabilidad que contenga la sentencia no sea mayor que la solicitada.

En suma, hay que resaltar la importancia de deslindar claramente la acción civil, aunque se ejercite en un procedimiento penal, y tener presentes los principios por los que se rige aquélla, puesto que, de lo contrario y ante la falta de petición y concreción de los criterios en base a la que se solicita la condena de responsabilidad civil, al igual que del despliegue de la prueba necesaria, el Juzgado del orden penal habrá de desestimar la acción civil *ex delicto*.

Por lo que respecta a la preferencia de la restitución del bien sobre las otras dos formas de responsabilidad civil, viene impuesta con claridad por el artículo 111 del Código Penal, de manera que sólo cuando no es posible la restitución “in natura” entrarán en juego las otras formas de compensar al perjudicado, lo que también destaca pacífica jurisprudencia. En consecuencia, en los delitos que tienen por objeto la incorporación al patrimonio propio de una cosa ajena, debe aplicarse con primacía la restitución del bien respecto de la indemnización de perjuicios. Esta última sólo debería tener lugar con carácter subsidiario, es decir, cuando no fuera posible la forma de reparación del daño mediante la restitución.

Sin embargo, el carácter preferente de la restitución no supone que queden descartadas directamente las otras dos vías supletorias, las cuales pueden tener cabida

conjuntamente con la restitución para integrar la misma, en caso de ser necesario, lo que habrá de apreciarse atendiendo a cada uno de los casos que se planteen.

Muy en particular, si el bien mueble deviene irreivindicable por mor del artículo 464 del CC –en unión a los artículos 1764, 1955 y 1956 del mismo texto legal- y, en caso de tratarse de un bien inmueble, en aplicación del artículo 34 LH, el tercero de buena fe se convertirá definitivamente en el legítimamente detentador del bien y, en virtud de las modalidades subsidiarias, el perjudicado no podrá más que ser reparado o indemnizado, pero no recuperar el bien del cual fue ilegalmente despojado.

En efecto, ha de recordarse en este punto que el artículo 111 del Código Penal preceptúa que la restitución tenga lugar a pesar de que el bien esté en poder de un tercero y de que éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, sin perjuicio de que se reserve al tercero su derecho de repetición contra quien corresponda y, si procediera, también el de ser indemnizado por el responsable civil del delito. Ello acarrea la importante consecuencia, en relación a los bienes inmuebles, de que si un tercero los adquiere de buena fe y a título oneroso de quien figura en el Registro de la Propiedad que ostenta facultades para transferirlos**,** e inscribe su derecho, no serán reivindicables. Y, por lo que atañe a los bienes muebles, la irreivindicabilidad de los adquiridos por terceros de buena fe, recogida en el artículo 464 del Código Civil, no impide que el propietario pueda ejercitar la reivindicación en los casos de despojos punibles, es decir, los que constituyan delitos o sean sus consecuencias, no los simples actos ilícitos civiles, ya que en otro caso la regla general quedaría anulada.

A efectos ilustrativos, se pueden citar como ejemplos los asuntos resueltos por la Sala 2ª del Tribunal Supremo en sentencias de 24/01/17 y 28/09/18.

Por último, y en lo que concierne también al alcance de la restitución, hay que destacar que no puede confundirse la responsabilidad civil con la responsabilidad penal de la atenuante de reparación del daño. Así lo reseña la sentencia del Tribunal Supremo de 12/03/18, al expresar que la consignación de una cantidad de dinero con anterioridad al acto del juicio no da pie a apreciar la mencionada atenuante. Otra cosa es que, de realizarse la restitución íntegra del bien antes del plenario, pueda fundamentar la petición por parte de la defensa de la consideración de su concurrencia.

IV. ELENCO DE DELITOS EN QUE CABE LA RESTITUCIÓN, CON ESPECIAL MENCIÓN A LAS PECULIARIDADES QUE PRESENTA EN EL DELITO LEVE DE USURPACIÓN DE BIEN INMUEBLE.

Desde antaño, y por antonomasia, son los delitos contra la propiedad en los que la restitución del bien encuentra su mejor acomodo. Así, los robos y hurtos, las estafas y las apropiaciones indebidas han conllevado como responsabilidad civil la restitución a su legítimo poseedor del bien objeto de tales delitos. Pero a ellos se han unido la malversación de caudales públicos y el alzamiento de bienes, así como la usurpación de bienes inmuebles, delito leve este último cuya comisión resulta muy frecuente por el apogeo que tiene en la actualidad el fenómeno delictivo de los "okupas", llevando aparejada el mismo inexorablemente -en caso de condena del autor, claro está- la restitución del bien, tal y como se analizará posteriormente.

Ninguna incidencia o particularidad se plantea en orden a acordar la restitución del bien en los supuestos de robos y hurtos, a diferencia de lo que puede suceder en otros delitos, como los de estafa y alzamiento de bienes, cuando se han realizado negocios jurídicos para perpetrarlos, o bien en los delitos de apropiación indebida.

Sobre este punto y por lo que se refiere a los dos primeramente citados, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 29/04/19 respalda que con la declaración de responsabilidad civil ha de restituirse al patrimonio del perjudicado el bien del que ha sido fraudulentamente desposeído, de forma que aquél se restablezca y vuelva al estado precedente a la acción fraudulenta, lo que implica declarar la nulidad de los negocios jurídicos mediante los que aquél se redujo jurídicamente. Pero si esta opción -que es la preferente- no es viable porque los bienes hayan sido transferidos a terceros que, de acuerdo con la normativa civil, deban ser protegidos al haberlos adquirido de forma irreivindicable tendrá que ser sustituida por la indemnización de daños y perjuicios. En tal caso, la condena al autor del delito consistirá en pagar una cantidad que no excederá del valor de los bienes. Como prototipo de delito en que concurra la imposibilidad de hacer efectiva la responsabilidad civil restituyendo al perjudicado el bien del que indebidamente fue privado, y con mención a sentencias como las de 15/10/02, 11/04/05 y 11/06/13, se refiere al de alzamiento de bienes, en que no es en absoluto descartable que el bien en cuestión no pueda ser restituido al patrimonio del deudor, a través de la declaración de nulidad del negocio jurídico, por encontrarse aquél en poder de terceros que son ajenos al delito y que ya ha pasado a ostentar la condición de irreivindicable.

Cuando ello ocurra, además, la responsabilidad civil se traducirá no sólo en el beneficio que el acusado alegue haber obtenido, sino que se extenderá al importe de la deuda más sus intereses legales, fijándose el límite en el valor del bien evadido, como puntualiza la sentencia de 06/07/17.

En semejante sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª, de 16/04/19.

Más recientemente, en sentencia de 06/11/19, se repite que el método primero y preferente para materializar la responsabilidad civil originada por el delito de alzamiento de bienes es la restitución de la cosa que ilícitamente salió del patrimonio del deudor, declarando la nulidad del negocio en la sentencia penal, siempre y cuando se ejercite la acción civil con arreglo a los principios procesales civiles.

En extremo explicativa resulta la sentencia ya citada de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª, al puntualizar, sobre la responsabilidad civil aneja a un delito de estafa, que la regla general es la restitución del bien al perjudicado desposeído, ostentando competencia el Tribunal penal para acordar las medidas precisas que vayan más allá de la simple entrega material y que sean necesarias para la restitución. Y sigue recordando, con cita de la sentencia de 23/09/14, que el contrato nulo, integrado en un delito de estafa, comporta la sanción de privar al negocio de todos los efectos que estaba destinado a producir, de manera que la anulación del contrato por la sentencia penal se erige en consecuencia inevitable, amén de la aplicación de la normas civiles vinculantes y de la unidad del ordenamiento.

Así pues, la restitución de los bienes objeto de defraudación pasa por efectuar expresamente en sentencia la declaración de nulidad de los negocios jurídicos subyacentes, de transmisión y/o gravamen que recayesen sobre aquéllos y, en su caso, de los respectivos asientos registrales, lo que, a su vez, implica la necesidad de que a los terceros que puedan verse directamente afectados por una declaración de tal tipo se les haga ofrecimiento de acciones, para hacer efectivo su derecho de defensa, a cuyo objeto será imprescindible que sean llamados al proceso. De lo contrario, si no se les ofrece esa posibilidad, el órgano judicial, de oficio, no podrá efectuar ningún pronunciamiento anulatorio.

Respecto a la apropiación indebida, como se adelantaba al inicio de esta exposición, la restitución del bien no debe realizarse a quien lo detentaba antes del

delito, ya que se trata exactamente del autor del delito, sino a quien ha sido despojado del bien.

Pasando a analizar las especialidades que presenta la restitución del bien en el delito leve de usurpación de bien inmueble y, si bien propiamente en el sentido de especialidad, no hace la restitución del bien diferente a la de otros supuestos, lo cierto es que por parte de los Juzgados de Instrucción que enjuician este tipo de delitos no existe uniformidad respecto al plazo que se confiere al sujeto activo para proceder al desalojo y reintegrar al perjudicado la posesión del inmueble.

Efectivamente, una vez probada la usurpación de la finca y solicitado, en concepto de responsabilidad civil, el desalojo y la devolución del inmueble ilícitamente ocupado –formando parte ello del derecho de restitución-, lo procedente es acoger esos pronunciamientos, conforme al artículo 111 del Código Penal, aparejando la condena la restitución del bien a su propietario o legítimo poseedor.

Pues bien, siendo ello así y al no existir norma expresa que fije tiempo concreto en que deba llevarse a cabo el desalojo, algunos Juzgados optan por aplicar el plazo de diez días que fija la LEC para los supuestos de juicios verbales sobre desahucio, estableciéndose expresamente que empezará a contar desde la firmeza de la sentencia.

En otras sentencias se determinan otros plazos –que suelen oscilar entre los quince y los veinte días-, también desde la declaración de firmeza.

Ahora bien, teniendo en cuenta que esta manifestación criminológica ha aumentado vertiginosamente en los últimos años y que, como resalta buena parte de la jurisprudencia menor (auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, de 11/05/2020, auto de la misma Audiencia, Sección 9ª, de 28/02/2020 y la sentencia de la misma Audiencia y Sección, de 04/03/2020), hasta el TEDH, en sentencia de 13/12/18, destacó que la tardanza de las autoridades públicas en las órdenes judiciales de desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble –incluso basándose en la necesidad de planificar el desalojo para salvaguardar el orden público y tutelar la asistencia a las personas en situación de vulnerabilidad- infringe el derecho del titular legítimo del bien a su derecho de propiedad y a un proceso equitativo, no solamente en vía de responsabilidad civil declarada en sentencia podría verse satisfecho el derecho del perjudicado, sino también acudiendo al artículo 13 de la LECrim, que prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares, entre las cuales se halla la del desalojo.

V. NOTAS PROCESALES DESTACADAS.

La restitución del bien, acordada en sentencia, puede convertirse en ilusoria por razón del tiempo durante el que se prolonga el proceso, ya que no hay que olvidar que, a pesar de fijarse legalmente el plazo máximo de instrucción en doce meses –de acuerdo con la reciente reforma del artículo 324 de la LECrim, suele ser habitual en la práctica la prórroga de dicho plazo, no existiendo ahora límite de prórrogas.

Para evitar que la restitución devenga imposible por ese motivo, y máxime cuando se plasma como la modalidad preferente de la responsabilidad civil "ex delicto", conviene que se adopten medidas cautelares con ese objetivo, al abrigo del artículo 764 de la LECrim, siempre y cuando ello sea posible en atención a la naturaleza del bien.

Sin duda alguna, en los delitos que recaen sobre un bien mueble cobra plena virtualidad dicho precepto. Así lo entiende el auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3ª, de 16/09/15, que al resolver el recurso contra la decisión judicial de acordar y mantener el depósito de un vehículo, interpuesto por un tercero que era el titular registral del mismo y con base en su condición de tercero de buena fe, deriva que en el supuesto de que se dictase una sentencia condenatoria el automóvil volvería al patrimonio del anterior titular y actual depositario, al solicitarse por la acusación particular en su escrito de calificación provisional la nulidad del negocio de transmisión del vehículo, por lo que acaba reputando necesaria la medida dispuesta y fundamentada en el artículo 764 de la LECrim. a fin de garantizar la responsabilidad civil que pudiera llegar a declararse.

Precisamente con cita del anterior auto y haciendo suyos sus razonamientos, el auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1ª, de 11/12/19, confirma la decisión tomada en instrucción consistente en mantener al adquirente de buena fe del vehículo como depositario del mismo, tras valorar el conflicto existente entre dos perjudicados -el adquirente de buena fe y aquél a quien pertenecía el automóvil antes del presunto despojo- y señalar que será en sentencia cuando, en caso de condena, pueda resolverse en el apartado de responsabilidad civil sobre la nulidad de la transmisión del vehículo a dicho adquirente y la consecuente entrega al inicial propietario.

Un segundo aspecto procesal importante es que la declaración de nulidad de los negocios jurídicos subyacentes fraudulentos exige la llamada al proceso de todas las partes afectadas por el vicio y a las que pueda afectar la sentencia, y ello desde el

momento en que se tenga conocimiento de su identidad, so pena de no poderse hacer efectiva la restitución. Es más, resulta preciso que aquella declaración parta de la petición de la acusación pública o particular, al regir en esta materia los principios dispositivo y de rogación.

En último lugar, no cabe desdeñar la posibilidad de acordar, en relación a los delitos leves de usurpación de bien inmueble y tal y como se apuntaba en el anterior epígrafe, no sólo la medida cautelar de desalojo, sino también el desalojo y restitución del bien como pronunciamiento propio de responsabilidad civil, valorando la situación en cada supuesto.

VI. CONCLUSIONES.

A modo de corolario, importa recalcar que la jurisprudencia es pacífica al determinar que, para restaurar el orden jurídico perturbado, en aplicación de los artículos 110 y 111 del Código Penal, debe reintegrarse al patrimonio del perjudicado el bien que ilegítimamente le fue arrebatado, dado que sólo así se atiende a la restitución "in natura".

Tanto es así que, la restitución comprende los desperfectos y menoscabos y, además y en otro orden, si para ello es necesario declarar nulos los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el agente –y sólo en la medida en que afecten a la restitución, debiendo conservar su validez en los otros extremos que hayan podido ser pactados y que no estén afectos del vicio de nulidad-, debe instarse dicha declaración por las acusaciones. Como excepción, si el bien se halla en poder de tercero que no haya participado en el delito y no es irreivindicable, la preferencia de la restitución decaerá en favor de las otras modalidades de resarcimiento del daño.

En suma, la restitución del mismo bien es la primera y preferente vía de satisfacción del perjudicado en los delitos contra el patrimonio, pero no la única. Cuando no es posible la restitución por imposibilidad, habrá que acudir al sistema subsidiario de indemnización a través de la fijación de una cantidad pecuniaria.

*** * * * * ***

Ángela Viéitez López

Juez sustituta adscrita a los Juzgados de Toledo y su Provincia. Master en Derecho Penal y Máster en derechos fundamentales y libertades públicas. Socia de la FICP.

~Aplicación en España del internamiento en CIE en los supuestos de retorno de extranjeros en situación irregular~

Sumario.- I. Introducción. II. Distintas medidas de repatriación en España. 1. Retorno. 2. Rechazos en frontera. 3. Devoluciones. 4. Expulsiones. III. Centros de Internamiento para extranjeros. IV. Internamiento en supuestos de retorno o denegación de entrada de los extranjeros en situación irregular. V. Conclusiones. VI. Bibliografía. VII. Legislación

Resumen.- Los supuestos de internamiento de los extranjeros en situación irregular se hallan regulados expresamente en España a través de Ley Orgánica. Se prevé la existencia de los Centros de Internamiento de Extranjeros a los efectos de que los ciudadanos extranjeros en situación irregular puedan ser privados de libertad ambulatoria en dichos centros de forma cautelar y a la espera de la efectiva expulsión acordada con respeto a las causas y a los procedimientos legales establecidos. En el presente artículo se pretende analizar la posibilidad de retención en las Salas de retornados o inadmitidos y la posibilidad del internamiento en CIE, al no hallarse legalmente prevista esta última posibilidad expresamente en la ley orgánica o en el reglamento que la desarrolla, la polémica que se puede suscitar y las posibles soluciones.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la inmigración no es una circunstancia novedosa en la actualidad ya que se viene produciendo desde hace muchos años, si bien en el contexto de la globalización se han intensificado los movimientos migratorios de las personas hasta adquirir una gran magnitud sobre todo desde finales del siglo XX.

Si bien la inmigración se considera positiva desde el punto de vista de la globalización ya que favorece el progreso y bienestar de los países, así como de las personas, lo cierto es que si no se efectúa control de dicho fenómeno, se pueden generar desajustes en un Estado que deriven en falta de certeza jurídica y afecten a la seguridad. El aumento de los inmigrantes ilegales es preocupante en países del sur de la Unión Europea, concretamente en España, lo que conlleva la creación por el estado español de una política migratoria para evitar inseguridad jurídica y con ello garantizar el Estado de Derecho y demostrar la capacidad de los poderes públicos de hacer cumplir la ley.

España pertenece a la Unión Europea y en ella rige el principio de libre circulación de personas y de libre residencia, pero para los ciudadanos de estados miembros ya que, este derecho está limitado para aquellos ciudadanos que no sean nacionales de estados de la Unión. A estos efectos el artículo 79 del Tratado de

funcionamiento de la Unión Europea[1] (TFUE) establece la obligación de la UE para desarrollar una política común de inmigración aplicable a todos los países pertenecientes a la Unión y que garantice la eficacia de los flujos migratorios dando un trato equitativo a los ciudadanos de países que no pertenecen a la Unión pero se hallan legalmente dentro del territorio de algún estado miembro con los propios ciudadanos de dicho Estado, previniendo la inmigración ilegal y la trata de seres humanos para luchar contra ellas.

Las medidas de política migratoria han de adaptarse a las exigencias derivadas del respeto a los derechos humanos y a la dignidad de las personas y así lo señala la Comisión Internacional de las Naciones Unidas que en el Informe emitido en el 66º periodo de sesiones de 5 de mayo a 6 de junio y de 7 de junio a 8 de agosto, tras reconocer el derecho de un Estado a proteger sus fronteras, reconoce el derecho a expulsar del territorio a extranjeros que se hallen en situación irregular siempre que se respeten las normas y procedimientos legalmente establecidos en el propio estado que a su vez han de respetar los derechos humanos[2].

II. DISTINTAS MEDIDAS DE REPATRIACIÓN EN ESPAÑA

La Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero recoge distintos modos de repatriación de los inmigrantes que se hallan en España o que llegan en situación irregular a las

[1] TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA DE 12 DE JUNIO DE 1985. Artículo 79 señala que: *"La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas.*

2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes: las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros; la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal; la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.

3. La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros.

4. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

5. El presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia."

[2] GONZÁLEZ VERA, Javier A. Revista CIDOB d´Afers Internacionales, 111, 2015, pp 173-193.

fronteras del territorio español. De este modo se pueden hacer diversas clasificaciones y con ello, en una primera clasificación se ha de distinguir entre:

– Expulsiones administrativas: son aquellas que se adoptan en un expediente administrativo por entenderse que el ciudadano extranjero ha cometido una infracción administrativa y demás causas previstas en la LO 4/2000.

– Expulsiones penales: adoptadas dentro del proceso penal por un Juez Penal en los supuestos establecidos en los artículos 89 y 108 del Código Penal[3].

Una segunda clasificación que se puede efectuar es la que distingue entre situaciones de retorno, rechazos en frontera, devoluciones o expulsiones[4] en los términos que se exponen en la citada ley y en el reglamento que la desarrolla, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 y que se exponen a continuación.

1. Retorno

Se habla de retorno en aquellos supuestos en los que un ciudadano extranjero trata de entrar en un territorio por un puesto fronterizo habilitado para ello y, por no reunir los requisitos legalmente establecidos, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado le impiden acceder a dicho Estado. Concretamente se recoge este supuesto en el artículo 26.2 de la LO 4/2000, el cual señala que *"A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo"*.

2. Rechazos en frontera

Esta figura permite que los extranjeros que se hallen en la línea fronteriza de las ciudades de Ceuta y de Melilla, no en pasos habilitados para ello sino en fronteras no

[3] MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. CIE. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 18-23. 2016, pp. 1-38.

[4] MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Las funciones del juez de Instrucción. Detención, Internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras. 2015, pp. 33-36.

habilitadas, y traten de acceder al territorio español, puedan ser rechazados para evitar su entrada ilegal. Esta posibilidad fue introducida en la LO 4/2000 tras la reforma introducida por la LO 4/2015 la cual introdujo la Disposición Adicional 10ª que dispone un régimen especial aplicable a las ciudades de Ceuta y Melilla y que señala que "*1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional".*

3. Devoluciones

Se pueden producir por dos motivos:

– Incumplimiento de prohibición de entrada previamente acordada y ejecutada. Se trata de aquellos casos en los que, tras haber seguido el procedimiento administrativo legalmente establecido se ha expulsado a un extranjero por un determinado periodo de tiempo y antes del transcurso de este periodo trata de volver o vuelve a España (artículo 58.3.a) de la LO 4/2000)
– Intento de entrada ilegal en España cuando se localice a los extranjeros tratando de acceder a través de la frontera o de sus inmediaciones (artículo 58.3b) de la LO4/2000, en relación con el artículo 23 del Reglamento).

4. Expulsiones

Se pueden dar por los siguientes motivos (artículo 57 de la LO 4/2000):

– Por comisión de infracción administrativa.
– Por tratarse de personas imputadas o procesadas penalmente por delitos que tengan prevista pena de prisión inferior a 6 años o de distinta naturaleza
– Por la existencia de antecedentes penales por delito que tenga prevista pena privativa de libertad superior a un año.

III. CENTROS DE INTERNAMIENTO PARA EXTRANJEROS (CIE)

Los Centros de Internamiento de Extranjeros fueron regulados por primera vez en 1985 mediante la Ley Orgánica que regulaba los derechos y libertades de los extranjeros en España (LO 7/1985 de 7 de julio). Actualmente se reconoce su existencia en la LO 4/2000 y se regula su funcionamiento y régimen interno en el Real Decreto 162/2014 de 14 de marzo. Este Reglamente señala que se trata de establecimientos públicos creados por el Estado a cargo del Ministerio del Interior. Tienen como función el ingreso y estancia de los extranjeros que se hallan en situación irregular a la espera de su expulsión o devolución a su país de origen. Con finalidad preventiva y cautelar privan a los internos de su libertad ambulatoria a pesar de que no tienen carácter penitenciario. Dichos centros están dirigidos y custodiados por miembros de la Policía Nacional.

La Ley de Extranjería recoge expresamente los supuestos en los que procede el internamiento de un extranjero en un CIE y así el artículo 62.1 de la citada ley dispone que "*1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador"* para continuar regulando el procedimiento para el internamiento que requiere la autorización judicial, la audiencia del interesado con derecho a asistencia Letrada y a intérprete si fuere necesario y con intervención del Ministerio Fiscal.

El internamiento, que durará el tiempo necesario para su finalidad y no más de 60 días, en todo caso, habrá de acordarse respetando los principios de proporcionalidad y de necesidad teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y especialmente "*el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes"* teniendo en cuenta además su salud y el riesgo para su vida.

El Juez de Instrucción del lugar de la detención del extranjero, ante la existencia del expediente administrativo tramitado al efecto y la resolución de expulsión, es el llamado a acordar el internamiento en el CIE a la espera de la expulsión y el Juez de

Instrucción del lugar donde se halle el CIE correspondiente es el llamado Juez de control cuya función es vigilar el cumplimiento de la legalidad en dichos centros así como atender las peticiones y solicitudes de los internos en relación a sus derechos fundamentales pudiendo visitar dichos establecimientos cuando lo considere oportuno o necesario.

IV. INTERNAMIENTO EN SUPUESTOS DE RETORNO O DENEGACIÓN DE ENTRADA DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR

Como se ha expuesto, se recoge expresamente en la Ley de Extranjería los supuestos en los que cabe el internamiento de los extranjeros en situación irregular a la espera de la tramitación del expediente sancionador que acordará la expulsión del territorio español. De este modo, se prevé el internamiento en CIE en los supuestos de expediente en tramitación sobre infracciones graves consistentes en:

> "*Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana; b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito*" (artículo 54.1 a y b); infracciones graves consistentes en *"Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente; El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley; La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana"* (artículo 53.1 a, d y f); y "*el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados"* (artículo 57.2).

El problema surge en aquellos supuestos en los que procede el retorno del ciudadano extranjero en situación irregular que ha tratado de entrar en el territorio español sin reunir los requisitos legalmente establecidos y que ha sido interceptado en las fronteras habilitadas para ello, esto es, en los supuestos de denegación de entrada en España por las autoridades competentes. En estos casos se prevé en el propio artículo 26.2 de la Ley de Extranjería la posibilidad denegar la entrada previamente la tramitación del correspondiente expediente administrativo y con las garantías legalmente previstas, asistencia de letrado e intérprete, informándose al ciudadano de

los recursos que quepan contra dicha resolución. En estos casos, se prevé la posibilidad de internamiento del extranjero, internamiento que, en el caso que dure menos de 72 horas se halla expresamente previsto que sea en las llamadas Salas de retornados o de inadmitidos, lo cierto es que no se prevé expresamente en la citada Ley Orgánica, que en el supuesto de que dicha duración sea superior a 72 horas, los extranjeros a la espera de resolución denegatoria de entrada que acuerde su retorno sean internados en los CIE, ya que no se prevé en los artículos 62, 62 bis ni 63 de la ley y ni siquiera está previsto en las infracciones reguladas en el Título III del citado Texto Legal en el que se recogen las infracciones en materia de extranjería y el régimen sancionador

En este punto se encuentra la controversia acerca del lugar en que han de ser internados conforme a lo dispuesto en el artículo 60, que dispone que *"Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento".* Tampoco se señala en el Reglamento que desarrolla la citada Ley Orgánica (Real Decreto 557/2011) el lugar donde han de ser internados ya que su artículo 15 se remite a la Ley Orgánica, a su artículo 60, para determinar los efectos de la denegación de entrada en el territorio español.

Este hecho, al no ser establecido en el texto de la Ley Orgánica de forma expresa, ni recogido expresamente en los Reglamentos que la desarrollan, puede dar lugar a supuestos en los que el Juez de Instrucción entienda que no ha lugar a internamiento en dichos establecimientos por lo que se daría la paradoja de tener a una persona fuera de plazo en la sala de inadmisión de la frontera correspondiente y no tener lugar donde internarlo para proceder a su expulsión posterior a la resolución que, en su caso se está tramitando.

El derecho a la libertad es un derecho fundamental constitucionalmente reconocido a toda persona, nacional o extranjera en el artículo 17 de la Constitución Española y en el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En virtud del citado artículo 5, tras reconocer ese derecho de libertad, se permite que una persona sea privada de dicha libertad al objeto de impedir su entrada ilegal en un territorio, por lo que, en estos casos, y acorde a los citados artículos, la LO de extranjería recoge la posibilidad de internamiento de dicha persona, el problema surge en el lugar de internamiento ya que, el hecho de que el ciudadano extranjero que trata de entrar en

territorio español, si bien no reúne los requisitos legales, este hecho no ha sido constatado por resolución expresa, ni siquiera es objeto de procedimiento sancionador que, precisamente se inicia una vez ya ha sido privado de su libertad deambulatoria siendo introducido en la Sala de inadmitidos, por tanto, si en el CIE no está previsto su internamiento, lo que se aprecia es una falta de regulación al respecto. Podría entenderse del articulado del reglamento que regula el funcionamiento de los CIE, el hecho de que el internamiento habría de realizarse en dichos centros gubernamentales, ya que su artículo 1 señala que el internamiento es cautelar *"para garantizar su expulsión, devolución o regreso por las causas y en los términos previstos en la legislación de extranjería"* y que "*el ingreso y estancia en los centros tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, y estará orientado a garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida de expulsión, devolución o regreso"* entendiéndose regreso las situaciones de retorno o denegación de entrada, sin embargo, el derecho a la libertad es un derecho fundamental por lo que su restricción no ha de deducirse sino que ha de estar expresamente prevista por Ley Orgánica, sin que este hecho haya de deducirse, porque tampoco consta expresamente, de un reglamento.

V. CONCLUSIONES

El incremento de los inmigrantes que tratan de traspasar las fronteras de los territorios a su vez fronterizos de la Unión Europea buscando mejores oportunidades de vida es preocupante para los países del sur de Europa, concretamente para España. Este hecho hace que las medidas de control de entrada de los ciudadanos extranjeros aumenten, también por exigencia incluso de la pertenencia a la Unión Europea ya que es necesario que se ponga de manifiesto la capacidad de un Estado de cuidar y salvaguardar las fronteras y de hacer cumplir la ley y con ello garantizar los derechos de los ciudadanos nacionales y extranjeros que respetan la misma.

La Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero regula los derechos y libertades de los extranjeros en España, posteriormente desarrollado por Real Decreto 557/2011 de 20 de abril en ellos se prevé la posibilidad de internamiento en los CIE de aquellos extranjeros en situación ilegal en España. Dentro de estos supuestos surge la polémica del supuesto comprendido en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica, supuesto en los que los extranjeros que traten de entrar en España por las fronteras habilitadas sin reunir los requisitos legalmente establecidos, pueden ser internados en las Salas de inadmisión que se halle

habilitada en el ámbito de la citada frontera o en el caso de que la detención dure más de 72 horas, se acuerde la detención en un lugar habilitado al efecto. El problema surge cuando, si bien de hecho se está acordando el internamiento en CIE, legalmente de forma expresa no se recoge esta solución ya que las situaciones en las que se puede acordar un internamiento en CIE están expresamente previstas en la Ley Orgánica, sin que esta situación de denegación de entrada sea una de ellas.

Siendo el derecho a la libertad un derecho fundamental y a pesar de que pudiera interpretarse, y de hecho así se hace, la aplicación de dicho internamiento a las denegaciones de entrada justificando el mismo según lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento que regula el funcionamiento interno de los CIE, y que refiere su aplicación a los supuestos denominados de "regreso", lo cierto es que al tratarse de un derecho fundamental debería estar expresamente recogida esta posibilidad, pudiendo existir, por tanto, un vacío legal al no señalarse expresamente para este supuesto el internamiento en CIE, por lo que sería necesaria una modificación del artículo 62 de la Ley Orgánica 4/ 2000 a los efectos de que el supuesto del artículo 26.2 del mismo Texto Legal se recogiera expresamente y que con ello existiera seguridad jurídica a la hora de saber dónde ha de acordar el Juez competente el internamiento previsto en dicho artículo 26.

VI. BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ VERA, Javier A. El control de la inmigración irregular en España: compromiso y desarrollos. Revista CIDOB d´Afers Internacionales núm. 111. Diciembre 2015.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. CIE. Estado de la cuestión y perspectivas de futuro. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Núm. 18-23. 2016.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Las funciones del juez de Instrucción. Detención, Internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras. Ministerio de Ciencia y Competitividad. Madrid, 2015.

VII. LEGISLACIÓN

Tratado de funcionamiento de la Unión Europea de 12 de junio de 1985.

Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero reguladora de los derechos y libertades de los

extranjeros en España.

Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

* * * * * *

4. Comentarios de jurisprudencia

Alfonso Allué Fuentes
Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España.
Socio de la FICP.

~La circunstancia agravante de multirreincidencia y el delito leve de estafa en la STS 684/2019, de 3 de febrero de 2020~

I. INTRODUCCIÓN

La **STS 684/2019, de 3 de febrero de 2020**, analiza los problemas derivados de la circunstancia agravante de **multirreincidencia** prevista en el art. 250.1.8º del Código Penal, exponiendo una doctrina excluyente de la misma cuando se plantea su aplicación a los **delitos leves de estafa**.

II. EL RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA RECURRIDA

La **sentencia de instancia** declara probado que el acusado, sirviéndose reiteradamente de una maniobra engañosa que consistía en fingir una condición de servicio técnico oficial de la que carecía, logró obtener hasta cuatro entregas económicas entre los días 5 y 13 del mes de octubre, personándose en los domicilios de las víctimas que confiaban en él para la reparación de sus electrodomésticos, lo que nunca llegaba a efectuar, si bien percibió las siguientes cantidades abonadas por los perjudicados que habían solicitado sus servicios: 245 € el día 5, 300 € el día 10, 250 € el día 11 y 190 € el día 13.

Al acusado le constan cinco condenas firmes anteriores por sendos delitos de estafa, cuatro de ellas con pena de prisión y una con pena de multa.

2. La **Audiencia Provincial** dicta sentencia condenatoria del acusado por un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa, imponiéndole la pena de 4 años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 10 meses, con cuota diaria de 6 € y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, responsabilidad civil y costas.

3. El **Tribunal Superior de Justicia**, en vía de apelación, confirma la sentencia de instancia desestimando el recurso interpuesto por el condenado, declarando de oficio las costas de la segunda instancia.

III. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

El recurrente alega como motivos de casación:

1º. **Infracción de ley** por aplicación indebida de los arts. 249, pár. 1º y 250.1.8º CP, y no aplicación del art. 249, pár. 2º, así como indebida aplicación de las penas confirme a la regla concursal medial del art. 77.3 CP.

2º. **Infracción de ley** por aplicación indebida de la agravante del art. 250.1.8º CP, e **infracción de precepto constitucional** por vulneración del principio de culpabilidad.

3º. **Infracción de precepto constitucional** por vulneración del deber de motivación de las resoluciones judiciales y del principio de proporcionalidad de las penas.

IV. PLANTEAMIENTO DE LA STS 684/2019, DE 3 DE FEBRERO DE 2020

1. En el **primer motivo del recurso** la defensa del recurrente sostiene que ninguno de los diferentes desplazamientos patrimoniales conseguidos supera los 400 €, por lo que el tipo penal aplicable debió ser el **art. 249, pár. 2º** y la pena a imponer, aun considerando la agravante del art. 250.1.8º, no debía exceder de 4 meses.

Antes de analizar el motivo alegado la sentencia recuerda, para mayor precisión, que el recurso de casación por infracción de ley se limita a detectar posibles **errores legales** en que hubiera incurrido el juzgador en primera instancia o en apelación, con la **imposibilidad** de invocar en la vía casacional, *ex novo* y *per saltum*, cuestiones relativas a aspectos que no fueron introducidos con anterioridad, pues de lo contrario el Tribunal Supremo vendría obligado a pronunciarse sobre aquéllas por primera vez y no a través del recurso, desnaturalizándose así la casación en un sistema que ya contempla la segunda instancia. Esta configuración admite, sin embargo, **dos excepciones**: a) Cuando se trata de infracción de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo y que se desprenda claramente del relato fáctico de la sentencia impugnada, con o sin previa alegación por la defensa, y b) Cuando se trata de infracciones constitucional causantes de indefensión material.

En vista de ello, la Sala Segunda considera que el primer motivo del recurso se puede incardinar en la primera de las excepciones, por cuanto opera en beneficio del recurrente y puede apreciarse en casación al desprenderse del hecho probado, al que la Sala viene vinculada. Efectivamente, ninguno de los cuatro episodios defraudatorios superó de forma individual los 400 €, y dada su reiteración y proximidad temporal, con renovación del dolo

en cada una de las acciones, merecen el tratamiento penal en régimen de **continuidad delictiva**, excluyéndose la unidad natural de acción. Ahora bien, lo que por razón de las cuantías individuales constituye delito leve (art. 249, pár. 2º CP) se transforma en delito al sumar las cantidades y superar aquella cifra (art. 249, pár. 1º CP), absorbiendo así su efecto penológico para **evitar una doble incriminación**, lo que excluye a su vez la operatividad de la regla de agravación del **art. 74** acerca de los delitos continuados patrimoniales, pues de lo contrario se incurriría en vulneración del principio *non bis in idem*[1]. En su consecuencia, la proyección en este caso del art. 74.2 CP sobre la reiteración de los delitos leves de estafa conduce a la comisión de un delito continuado en su **modalidad básica** del art. 249.1 CP, por lo que la sentencia estima parcialmente el motivo amortiguando la penalidad impuesta inicialmente.

2. En el **segundo motivo del recurso** entiende la defensa que la aplicación de la agravante contemplada en el art. 250.1.8º CP (multirreincidencia) ocasiona una exacerbación punitiva que vulnera el principio de culpabilidad, no siendo apreciable la circunstancia porque las condenas previas dimanan de hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 20 de marzo, que incorporó dicha agravación; además, el recurrente se vería obligado a cumplir penas cuya ejecución se encontraba suspendida.

Acerca de ello, y tras mencionar el contenido del art. 250.1.8º CP[2], la sentencia explica los perfiles de la agravante de **multirreincidencia**, cuyos estándares recoge la **STS 481/2017, de 28 de junio**, que cita. Ésta, junto con otras que la reiteran, concluye que los antecedentes penales por delitos leves **no computan** a efectos de multirreincidencia, si bien corresponde al legislador la legitimación para introducir tipos penales hiperagravados por razones de **política criminal**, como sucede en el art. 235.1.7º CP respecto del delito de hurto, que establece una modalidad de multirreincidencia a la que la mencionada resolución

[1] Aprovecha la sentencia para introducir como recordatorio la unificación de criterios que al respecto se abordó por la Sala Segunda en sendos Acuerdos plenarios. En el primero, de **18 de julio de 2007**, se estableció lo siguiente: "En los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de ese mismo artículo", lo cual fue complementado por el de **30 de octubre de 2007**, según el cual: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP, queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración".

[2] "El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: (…) 8º. Al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Capítulo. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo".

dirige serios reproches dogmáticos[3]. No sucede así en relación con la estafa, en la que la agravación del art. 250.1.8º no puede sustentarse en previas condenas por delitos leves, como se desprende del art. 22.8ª CP al regular la agravante genérica de reincidencia.

Observa la Sala Segunda que en los subtipos agravados que contiene el art. 250.1 CP **no se diferencia** entre el delito básico y su versión leve tipificados en los dos incisos del art. 249. De hecho, la dicción legal expresa que "el delito de estafa será castigado (…)", sin mencionar el límite de los 400 € que separa el delito del delito leve. Una **interpretación gramatical** de la norma conduciría a pensar que todas las agravaciones relacionadas en el art. 250 extienden su eficacia aplicativa tanto al delito como a su correspondiente figura de delito leve. Sin embargo, la sentencia opta por una **perspectiva sistemática** que permite soslayar cualquier interpretación analógica y extensiva *contra reo*. Sobre este aspecto hace notar, ilustrando la contraposición de regulaciones, que en el **delito leve de hurto** el art. 234.2 introduce una cláusula agravatoria que reconduce su punición a los límites más rigurosos del art. 235[4], mientras que en el **delito de estafa** el art. 249, pár. 2º no refiere que le sea aplicable la órbita agravatoria del art. 250. Y profundizando aún más en estas diferencias, señala que el legislador siempre ha tendido a contemplar la multirreincidencia como un caso de agravación de los delitos de hurto, y no de la **estafa**, sobre la base de que esta última genera una **menor alarma social** al estructurarse sobre una relación de engaño que obedece más a un modo picaresco e ilegal de obtener la subsistencia, en tanto que los **hurtos** presentan una dimensión de **mayor riesgo de contacto personal** que, en los supuestos más agudos, puede degenerar en enfrentamiento o violencia, lo que no acontece en los delitos leves de estafa.

Otros dos argumentos conducen igualmente a la exclusión de la multirreincidencia en los delitos leves de estafa: 1º. Las diversas **consecuencias dosimétricas**: tanto el delito leve de hurto como el de estafa se castigan con la pena de multa de 1 a 3 meses; ahora bien, mientras que la aplicación al hurto del art. 235 conlleva una punición máxima de 3 años de prisión, el art. 250 prevé para la estafa un salto hasta los 6 años y añade un multa con límite

[3] Concretamente afirma que "al reconocer el propio legislador el escaso grado de ilicitud del delito leve de hurto dada la pena de multa que le asigna, su agravación hipercualificada sobre el único soporte de otros delitos leves ya condenados nos sitúa en un terreno muy próximo a la infracción del principio de proporcionalidad de las penas e incluso cercano a la vulneración del principio *non bis in ídem*", cuestionando incluso la operatividad de los fines de la pena "al centrarse la nueva pena hiperagravada en el fin de la prevención general positiva (…), vaciando prácticamente de contenido el fin de la prevención especial, al mismo tiempo que se debilita sustancialmente la eficacia del principio de culpabilidad como freno a los excesos punitivos cuando se pone en relación con la ilicitud concreta del hecho que se juzga".

[4] Dice el art. 234.2: "Se impondrá un pena de multa (…), salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235".

máximo de 12 meses; y 2º. Las siete primeras agravaciones del art. 250 se fundamentan en la existencia de **nuevos elementos fácticos** para construir la base típica, es decir, requieren un nuevo supuesto conductual que justifique la mayor conminación en el castigo; no así sucede en el **número 8º**, que se refiere a **hechos anteriores ya penados** y que, pese a ello, operan nuevamente para integrar el subtipo agravado.

Por todo lo expuesto entiende la sentencia que la aplicación de la agravante de multirreincidencia a los delitos leves de estafa origina una **distorsión** del sistema[5], por cuanto ni la reincidencia genérica del art. 22.8ª ni la multirreincidencia del art. 66.1.5ª generan *ex lege* un incremento punitivo sobre aquéllos merced a la previsión del art. 66.2[6].

Sin embargo, la Sala Segunda no excluye la aplicación al caso del art. 250.1.8º, por cuanto la suma de las cantidades defraudadas supera los 400 € y ello habilita la calificación del hecho como **delito básico** (delito menos grave) continuado sobre el que opera la agravación, aunque sin aplicar la regla del art. 74.1 para evitar la doble sanción.

Finaliza la sentencia el análisis de este motivo del recurso restando importancia a la alegación de la inexistencia de antecedentes penales (ninguno era cancelable ni dimanaban de delitos leves) y a la comisión de los hechos antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 (fueron enjuiciados conforme a la legislación entonces vigente y el subtipo agravado rige al tiempo del enjuiciamiento de los hechos posteriores por los que ahora se recurre, con respeto por tanto del principio de legalidad).

3. El **tercer motivo del recurso** versa sobre la falta de motivación en la determinación de la pena y la vulneración del principio de proporcionalidad. Reconoce la resolución que la sentencia de instancia fue excesivamente escueta al respecto, tan sintética que obligó a la Sala a tener que deducir, a partir de las penas impuestas, las operaciones llevadas a cabo para tal fin, cuestión a la que no otorga trascendencia práctica al efecto de desembocar en el dictado de segunda sentencia parcialmente estimatoria del recurso con una nueva individualización de la pena de prisión, que fija en 2 años atendiendo a los razonamientos expuestos, y confirmando los demás elementos del fallo recurrido.

*** * * * * ***

[5] Menciona la sentencia la distorsión "porque sólo así puede entenderse el que la mera existencia de tres antecedentes previos, que ya en su día acarrearon la correspondiente pena, equipare una estafa de menos de 400 euros con otra en la que no se aprecie multirreincidencia, pero que puede llegar a alcanzar un cuarto de millón".

[6] "En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces y tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior".

Alfonso Allué Fuentes
Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España.
Socio de la FICP.

~El delito de descubrimiento y revelación de secretos (sexting) en la STS 70/2020, de 24 de febrero~

I. INTRODUCCIÓN

La STS 70/2020, de 24 de febrero, introduce un **criterio interpretativo del delito de descubrimiento y revelación de secretos –*sexting*, art. 197.7 del Código Penal-** que no permite estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia, poniendo en duda la descripción típica por que se ha decantado el legislador y cuya redacción clarifica en sentidos diversos a como lo hace el recurrente.

II. EL RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y SU FUNDAMENTACIÓN

1. La **sentencia de instancia** declara probado que el acusado, durante el tiempo en que mantuvo una relación de amistad con una mujer recibió, remitida por ésta, en su teléfono móvil una fotografía de la misma desnuda. Cuando ella inició una relación sentimental con un hombre, durante su transcurso el acusado reenvió a éste dicha fotografía sin consentimiento de la mujer.

2. El **Juzgado de lo Penal** dicta sentencia condenatoria por el delito de descubrimiento y revelación de secretos (*sexting*) que se atribuía al acusado, imponiéndole la pena de multa de 6 meses, con cuota diaria de 6 €, y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, con imposición de costas.

3. La **Audiencia Provincial**, en vía de apelación, confirma la sentencia de instancia desestimando el recurso interpuesto por el condenado, declarando de oficio las costas de la segunda instancia.

III. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

El recurrente alega como único motivo de casación el de infracción de ley por **indebida aplicación del art. 197.7 CP**[1], desarrollando un entendimiento de los hechos en

[1] La redacción típica de su primer párrafo, que es el que aquí interesa, castiga con pena alternativa de prisión o de multa a quien "sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier

los siguientes términos:

– La víctima, descuidando su **autoprotección**, envió su fotografía al acusado, quien por tanto no la había obtenido en el domicilio de aquélla ni en otro lugar fuera de la mirada de terceros. Además la remitió a través de una **red social** y no mediante un acto privado (como en soporte papel), por lo que perdió el control sobre la imagen y el grado en que pudo ser compartida.

– En segundo lugar considera el recurrente que la imagen **no fue "difundida"** por él, como exige el tipo penal, sino que la remitió a una sola persona y no a "terceros", en plural, según requiere el precepto.

– Finalmente se defiende en el recurso que no existió grave menoscabo de la **intimidad**, tratándose de un mero desnudo que había sido tomado por la propia denunciante sin connotación sexual ni provocativa, siendo la misma imagen que el recurrente envió a una persona con la que aquélla compartía intimidad, por lo que tampoco se añadía un hecho nuevo ni actitud vergonzante alguna.

IV. PLANTEAMIENTO DE LA STS 70/2020, DE 24 DE FEBRERO

1. En su desestimación del recurso comienza la sentencia poniendo de manifiesto el **carácter controvertido** del art. 197.7 CP, introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Advierte la Sala Segunda **dos posiciones** enfrentadas acerca de las consecuencias jurídicas del *sexting*: a) Por un lado hay quienes defienden la naturaleza **indispensable** del tipo penal como medio para evitar vacíos de impunidad en casos tanto de *sexting* como del llamado *revenge porn*, en los que aflora un componente de venganza por parte de un miembro de la pareja, quien difunde imágenes que nunca estuvieron destinadas a ser visionadas por terceros ajenos a la relación. Es la respuesta de una sociedad que no puede permanecer indiferente a la difusión de imágenes vinculadas con la intimidad, cuyo perjuicio se incrementa aún más cuando se incorporan a alguna red social; b) En cambio, otros entienden que la descripción típica **vulnera** algunos principios informadores del Derecho penal y que el mismo debe quedar al margen de la reparación de la intimidad cuando la imagen se ha obtenido con el **consentimiento** de la persona que más tarde aparece como víctima, generándose con la tipificación del *sexting* un peculiar **deber de sigilo** exigible a toda la población que convierte a los ciudadanos en confidentes de aquellos ciudadanos que

otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente al intimidad personal de esa persona".

han decidido libremente abandonar sus expectativas de intimidad cuando ceden a terceros imágenes o grabaciones propias.

Ante esta disyuntiva hermenéutica la Sala Segunda afirma que no puede decantarse sin reservas por una u otra posición, por cuanto el art. 197.7 CP **no limita** su ámbito de aplicación a la difusión de imágenes de contenido sexual ni identifica la conducta típica solamente con el mismo sino que, más allá de éste, **protege en general** contenidos cuya divulgación menoscabe gravemente la intimidad; la esfera sexual es una de tales manifestaciones, pero no la única. En vista de ello la sentencia asume una finalidad de examen del **juicio de subsunción** procedente de la instancia al efecto de alcanzar una conclusión sobre la tipicidad, como corresponde a un órgano de casación, labor que en el caso reconoce dificultosa debido a la precaria técnica jurídica que caracteriza la redacción del precepto.

2. La defensa del recurrente sostiene que el **sujeto activo** del delito referido en el art. 197.7 CP es quien realiza la fotografía o toma el vídeo que luego se difunde, llevando esta interpretación a la dicción legal cuando expresa "imágenes o grabaciones audiovisuales (…) que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros (…)".

La Sala Segunda **no comparte** esta interpretación, en el entendimiento de que la acción nuclear consiste en la difusión de imágenes que se han obtenido con el consentimiento de la víctima en las condiciones que relaciona el tipo penal, señalando que dicha **obtención** puede presentar muy **diversos orígenes**. Así, tanto obtiene la imagen quien **realiza** la fotografía o graba el vídeo como quien la **recibe** cuando se la remite voluntariamente la víctima, bien a través de un medio convencional, bien por vía telemática. Apunta además la sentencia que el art. 197.7 no introduce ninguna exigencia locativa en cuanto al momento de la obtención de la imagen: la expresión "en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros" no la contempla, puesto que lo querido por el legislador es un **reforzamiento** del valor excluyente de la **intimidad**. Por ello tampoco puede constreñirse el "domicilio" al genuinamente jurídico del art. 40 del Código Civil, pues de ser así se excluiría de la conducta típica y de la protección penal la obtención de imágenes en un hotel o en lugares ajenos a la sede jurídica de una persona. Reprocha aquí la Sala Segunda la deficiente redacción del tipo, al igual que cuando se refiere a "fuera del alcance de la mirada de terceros", cuya interpretación literal conllevaría

la impunidad de aquellos supuestos en que la imagen captada involucra en la escena a más de un protagonista.

Así pues, el núcleo de la **acción típica** consiste no en "obtener", sino en "difundir" las imágenes, y asumiendo la posición del Ministerio Fiscal define al **sujeto activo** como la persona a quien es remitida voluntariamente la imagen y que después la reenvía a terceros quebrantando una **previa confianza**, generalmente con fines sexistas, discriminatorios o vindicativos[2]. Ahora bien, quedan fuera del tipo penal aquellas personas que llegan a obtener las imágenes sin mantener ninguna clase de conexión personal con la víctima, y a su vez también las reenvían, como consecuencia de su propagación incontrolada en redes telemáticas.

3. La sentencia tampoco comparte la argumentación del recurrente según la cual fue **la propia víctima quien creó el riesgo** de la difusión de la imagen al habérsela remitido por mensajería telemática. La Sala Segunda no se identifica con este enfoque, el cual, llevado al extremo, podría servir de justificación para lesionar bienes jurídicos de máximo valor axiológico dirigiendo a la víctima el reproche de no haber defendido con vigor su propio interés. Al contrario, quien envía una fotografía propia e íntima **no está renunciando** anticipadamente a su intimidad ni lesionando de forma irreparable su privacidad, ya que efectúa esa entrega desde la confianza y con ánimo de **exposición selectiva** a una persona cuya lealtad no pone en duda.

4. El recurrente ofrece una versión del **hecho probado** considerando que el mismo **no describe una difusión** de la imagen en sentido propio. Alega al respecto que el art. 197.7 requiere que aquélla se haga llegar a una **pluralidad de personas**, como se desprende de la expresión "revele o ceda a terceros", en plural.

La sentencia vuelve a contradecir esta posición, por cuanto las conductas de "revelar" o "ceder" son compatibles con la entrega a **un solo destinatario**, quedando cumplido el requisito de la difusión cuando se inicia la cadena de reenvíos con independencia de que se haga a una o a varias personas.

5. Por último, el recurrente invoca que su conducta no ha producido un **grave menoscabo de la intimidad**, calificando la imagen como un mero desnudo sin connotación

[2] Menciona al respecto el criterio que en tal sentido expone la Circular 3/2017 de la Fiscalía General del Estado.

sexual ni provocativa que, por otra parte, fue remitido por el acusado a quien ya entonces era pareja de la víctima, es decir, a alguien con quien ésta compartía intimidad.

La Sala Segunda rechaza este argumento, si bien reconoce la excesiva amplitud terminológica del precepto cuando, al exigir un menoscabo grave de la intimidad, introduce una **cláusula valorativa indeterminada** que genera inseguridad jurídica. Ello no obstante, la sentencia integra en el delito **cualquier manifestación de la intimidad** expresada en imágenes o grabaciones, y no sólo las de contenido sexual, cuando la víctima quiere **resguardarse de terceros** que no están incluidos en el espacio de legitimidad que les otorga con su consentimiento. Y, en el caso aquí analizado, el desnudo es una expresión inequívoca de la intimidad personal.

* * * * * *

José María Bernabéu Vergara
Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (provincia de Alicante), España. Socio de la FICP.

~Autoría y participación en el delito de agresión sexual a la luz de la STS 344/2019~

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

Es el propósito principal de este artículo poner de manifiesto la tradicional problemática que ha acompañado a los delitos contra la libertad sexual en lo relativo a la determinación de los distintos grados de autoría y participación en su comisión, y ello principalmente en atención a los distintos posicionamientos jurisprudenciales que a lo largo de los últimos años se han materializado. En tal sentido, la perspectiva con la que se ha de solucionar tal problemática ha sido establecida de modo inequívoco, habiendo quedado fijado en la reciente línea jurisprudencial del Tribunal Supremo (en adelante TS) el modo en que ha de establecerse la distinción entre autor, cooperador necesario y mero cómplice en los delitos contra la libertad sexual, especialmente en el caso de la agresión sexual consumada de los artículos 178y ss. del Código Penal (CP).

Ha de traerse a colación, pues, en el presente trabajo, amén de la normativa aplicable en la materia y recogida en el CP, los distintos hitos jurisprudenciales que han marcado el pensamiento del TS, con especial énfasis en la STS n.º 344/2019, conocida en los medios sociales como resolutoria del "caso de La Manada", y el modo en que a fecha actual ha quedado delimitada la cuestión; con ejemplos a posteriori (como en el "caso Arandina" resuelto por Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 12/2019) que corroboran la plasmación práctica de una línea jurisprudencial a fecha actual consolidada.

II. MARCO NORMATIVO. DISTINCIÓN ENTRE AUTORES Y PARTÍCIPES.

Los delitos que afectan a la libertad sexual aparecen recogidos dentro del Libro II Título VIII del Código Penal en sus artículos 178 y ss., apreciándose que, de modo esencial, el bien jurídico protegido vendría determinado por la protección de la esfera personal correspondiente al libre desarrollo de la sexualidad personal que debe permanecer inmune ante ataques o injerencias de terceras personas, con especial énfasis en la protección del ámbito correspondiente a los menores de edad cuyo desarrollo

sexual no ha finalizado y se aprecia de una mayor vulnerabilidad.

En dicho marco o contexto delictivo, como se ha anticipado en líneas precedentes, pretendiendo ofrecer una concreta panorámica acerca del distinto grado de responsabilidad de los sujetos que cometen la conducta ilícita, rige lo previsto en el CP, como normativa penal sustantiva, en la distinción de la figuras de autor y partícipe de la infracción.

Así, el Título II del Libro I del CP viene referido a la concreción "De las personas criminalmente responsables de los delitos", confirmando el artículo 27 CP que "son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices". De tal modo, cabe apreciar diversa responsabilidad en los intervinientes en la comisión del hecho delictivo, con lo que dicha cuestión a resolver se plantea problemática cuando concurre una pluralidad de sujetos que inciden en la comisión del hecho. De tal forma, "cuando el delito es producto de la actividad concurrente de varias personas, se suscita una doble problemática: en primer lugar, la representada por la naturaleza de la aportación material al delito de cada uno de los concurrentes; y en segundo lugar, la constituida por la clase de responsabilidad criminal contraída por ellos. El problema de la naturaleza de la aportación al delito estriba en la determinación de si la conducta del concurrente lo realiza de manera directa, de modo que el hecho típico cometido aparezca como su propio hecho, o si, por el contrario, su acción produce el delito sólo de manera indirecta, esto es, a través de la conducta de un tercero, de forma que el hecho típico aparecerá como un hecho ajeno en el que el concurrente, de uno u otro modo, se ha limitado a colaborar. En el primer caso estaremos ante un supuesto de autoría, en el segundo, ante un supuesto de participación[1]".

Siguiendo el tenor literal de la normativa vigente en la materia, dispone el artículo 28 CP que "son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado."

Y por su parte, concluye el artículo 29 CP expresando que "son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho

[1] COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S. Derecho Penal: parte general, 1991, p. 565

con actos anteriores o simultáneos".

De lo anterior es apreciable que el legislador a través de tales preceptos pretendió desarrollar, o mejor dicho concretar, la distinción entre autor y partícipe del delito. Sin embargo, es apreciable cierta confusión en el tenor literal de los artículos citados, pues aun cuando, haciendo uso de los términos teóricos y doctrinales expuestos a fin de interpretar la normativa indicada, es posible detectar la distinción entre autores y partícipes, habría sido de gran utilidad que en el tenor literal se hubiese distinguido de modo expreso entre los sujetos considerados autores del delito y aquéllos que son partícipes, aun cuando respecto a éstos se determinara distinto grado de contribución en la comisión del ilícito.

En dicho contexto, siguiendo lo expresado por DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO[2] "el concepto restrictivo de autor es el que (al menos desde el punto de vista de las declaraciones de principio) se defiende de modo prácticamente unánime por la doctrina española y también por la jurisprudencia, si bien aún hoy (aunque en menor medida que en el pasado) se encuentran sentencias que apuntan más bien en el sentido de un concepto unitario (limitado) de autor. El concepto restrictivo de autor distingue entre autor o autores y partícipes y se concreta de diversas maneras, si bien suele coincidirse en que autor es sólo quien realiza el tipo; mediante las cláusulas de la parte general del CP relativas a las formas de participación (extensivas de la tipicidad y, por tanto, de la punibilidad) es posible castigar a personas distintas del autor o autores, si bien la responsabilidad de éstas es accesoria de la del autor".

A continuación, aun cuando la reducida extensión del presente artículo impide un análisis profundo de la materia, hemos al menos de apuntar una cuestión teórica y práctica de gran trascendencia, cual es la distinción entre el autor y el partícipe, y, a su vez, en la diferencia entre los distintos grados de participación delictiva.

Existiendo en la dogmática penal una clásica distinción entre teorías subjetivas, objetivas o mixtas a la hora de resolver la cuestión relativa a la distinción en autoría y participación en el delito, excediendo su estudio pormenorizado de los límites del presente, es notorio en los últimos tiempos la aplicación práctica de la teoría del dominio del hecho o dominio funcional del hecho. En tal sentido, siguiendo la línea de pensamiento de la doctrina más autorizada al respecto (especialmente la obra aportada y

[2] DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, M. REJ – Revista de Estudios de la Justicia, 10, 2008, p. 14

citada de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.) debe indicarse que "cada vez va adquiriendo un papel más dominante en la doctrina y, desde luego, en la jurisprudencia del TS (v., entre otras muchas, STS, Sala 2ª, 1320/1997, de 4 de noviembre, Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater; STS, Sala 2ª, 903/1998, de 2 de julio, Ponente: D. Eduardo Móner Muñoz; STS, Sala 2ª, 1011/1998, de 17 de octubre, Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater; Auto TS, Sala 2ª, 1565/2000, de 7 de julio, Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta, STS, Sala 2ª, 1240/2000, de 11 de septiembre, Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón), la teoría del dominio del hecho, cuyo carácter es objetivo-subjetivo (en el sentido de que sus defensores creen precisa la finalidad o, al menos, la conciencia De dominio del hecho para que éste exista) y material. Para ella (prescindiendo de matices y variantes), autor es quien domina el hecho, esto es, quien con su actuación decide o tiene en las manos el si y el cómo del acontecer típico, del proceso que desemboca en la producción del delito."[3]

Por exclusión, de acuerdo a la indicada teoría del dominio del hecho, quien no domina el hecho en la acción delictiva, quien no puede poner fin o limitar de modo sustancial la comisión del delito, no puede responder como autor y habrá de ser considerado partícipe.

En tal contexto, en contraposición a la teoría subjetiva del acuerdo previo ya superada, la teoría del dominio del hecho no alude tanto a un reparto inicial de tareas pre ordenadas a la materialización del delito, por lo tanto "no se alude a una realizaci6n compartida de actos de ejecuci6n de la acción típica, sino a que varios comparten el dominio del hecho en la fase de su realización (ejecución)."[4]

Y de otro lado, con un notorio interés práctico que se proyecta en el caso jurisprudencial principal que da lugar a este trabajo, ha de distinguirse entre el mero partícipe y el cooperador necesario. Éste último responde, como se desprende del artículo 28 CP como autor y, de hecho, según el tenor literal, es considerado autor, predicándose del mismo, entiendo, las indicadas notas básicas relativas a la comisión del hecho como autor, con el matiz de que su aportación material, a diferencia del partícipe, se presenta como esencial y determinante para la consumación del acto ilícito.

[3] DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, M. REJ – Revista de Estudios de la Justicia, 10, 2008, p. 18-19
[4] GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. Anuario de Derecho Penal ciencias penales. 37, 1984. p. 110.

III. ANÁLISIS DE LA STS. N.º 344/2019 DE 4 DE JULIO (CASO "LA MANADA") Y PROYECCIÓN JURISPRUDENCIAL POSTERIOR.

Los aspectos teóricos anteriormente apuntados son objeto de plasmación práctica y análisis en la Sentencia de la Sala Segunda (Secc. 1ª) del Tribunal Supremo n.º 344/2019, rec. 396/2019 dictada con fecha 4 de julio de 2019 (Pte. Sra. Polo García, Susana) (EDJ 2019/633881)[5] y que resolvió un caso de incontestable trascendencia social en el caso español. Se trata del denominado caso "la manada" y que fue objeto de un amplio seguimiento en los medios de comunicación social, especialmente televisivos.

En esencia, tal y como resulta del relato de hechos probados fijados en la sentencia dictada en primera instancia por la Secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 20 de marzo de 2018 por la que se condena a cinco varones como responsables, cada uno de ellos de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento (de acuerdo a art. 181 3. CP, en el subtipo agravado del número cuatro 4, en relación con los arts. 192 y 74 de dicho Código), la denunciante (una chica de dieciocho años de edad) es acometida por los cinco procesados (hombres mayores de edad con facultades mentales plenas) en un habitáculo de unos tres metros cuadrados sito en el interior del portal de un inmueble, en zona contigua a ascensores. En dicho escenario delictivo, "la denunciante, sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados. Los procesados, conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían conducido, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo. En concreto y al menos, la denunciante fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Arcadio y Adriano, éste último en dos ocasiones, al igual que Amador quien la penetró una tercera vez por vía anal."

En segunda instancia, fue dictada en fecha 30 de noviembre de 2018 por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ. de Navarra sentencia confirmando de modo esencial la resolución de la Audiencia Provincial, por lo que respecta a la calificación y responsabilidad atribuida a los intervinientes; constando a su vez la emisión de voto particular discrepante en cuyo fallo, estimando el recurso formulado por el Ministerio

[5] Base de datos jurisprudencial: www.elderecho.com

Fiscal, se apreciaba que los cinco procesados serían responsables, cada uno de ellos, como autor, de un "delito continuado de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178 y 179,concurriendo las circunstancias 1ª y 2ª del artículo 180.1 del Código Penal, en relación con los artículos 192 y 74 del mismo texto legal."

En sede casacional, el Tribunal Supremo, amén de analizar, dando respuesta a uno de los motivos de recurso, "si la Audiencia o el Tribunal Superior de Justicia, se vieron sobrepasados por la presión mediática, y ello en el aspecto esencial que debe quedar extramuros del derecho de libertad de expresión: si las noticias del caso, las concentraciones de repulsa social y las manifestaciones del Ministro de Justicia, y en definitiva, el juicio paralelo, ha podido llegar a lesionar objetivamente la imparcialidad del Tribunal", lo cual no considera acreditado, aprecia una debida integración y valoración en el proceso de la declaración de la víctima, prueba ésta que se constituye en el supuesto analizado como la piedra angular sobre la que se conforma la condena de los acusados. En tal sentido, se determina que dicha prueba, junto a otros datos probatorios de suficiente entidad, tales como grabaciones de vídeo aportadas o conversaciones vía whatsapp de los procesados, ha sido integrada con sus "tres requisitos esenciales; verosimilitud en la declaración, persistencia en la declaración y ausencia de incredibilidad subjetiva."

Considero, en la particular finalidad de este trabajo, que la sentencia del Tribunal Supremo analizada alcanza un gran valor en la medida que renueva y otorga las pautas interpretativas para apreciar una situación de intimidación en el contexto de actos contra la libertad sexual de una persona que se materializan por la actuación conjunta y coordinada de diversos individuos, ello es cuando se concreta un ataque de naturaleza grupal y contenido sexual, los diversos individuos intervinientes en los hechos ostentan una responsabilidad que se extiende no sólo por los actos personales específicamente cometidos sino también a los cometidos por el resto de integrantes del grupo.

En dicha línea, acogiendo el criterio manifestado por el Ministerio Fiscal en su recurso, la Sala determina que los hechos probados son constitutivos de delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP y no del indicado de abuso sexual con prevalimiento del art. 181 CP. En tal sentido, se afirma en la sentencia que en el propio "*factum* de la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra y aceptado por aquélla, recoge sin género de dudas una actitud intimidatoria por parte de los cinco acusados que fue la que les permitió consumar sobre la víctima

los actos sexuales descritos en tal resolución.” Se constata, pues, la existencia de un error de subsunción por el tribunal de instancia y da a lugar a la estimación del recurso de casación por infracción de ley ex art. 849.1 LECrim. ante la indebida inaplicación de los artículos 178, 179 y 180 CP reguladores del delito de agresión sexual. En tal sentido, con absoluta sujeción a los hechos declarados probados en la previa sentencia, sin que, como aprecia el TS, quepa modificación o alteración en sentido alguno de los mismos y como resultado de la prueba practicada, “existe un error de subsunción jurídica por parte del Tribunal de instancia tal y como mantienen las acusaciones. En este caso, no existió consentimiento alguno por parte de la víctima, creándose una intimidación que se desprende sin género de dudas del terrible relato de hechos probados, del que deriva una obvia coerción de la voluntad de la víctima, que quedó totalmente anulada para poder actuar en defensa del bien jurídico atacado, su libertad sexual.”

Y es a raíz de esa actitud intimidatoria de los sujetos actuantes, aun cuando la misma no se exteriorice en medios violentos, o no alcance actos concretos de fuerza sobre la víctima que menoscaben su integridad física, desde donde deriva la consumación del delito de agresión sexual del art. 178 CP. Como refrenda la Sala, “no consta en los hechos probados que la víctima consintiera o accediera a mantener tales relaciones, ni tal siquiera de manera subliminal. No consta que los agresores solicitaran de la víctima mantener tales relaciones. Consta, simplemente, que ellos inhibieron a la víctima con su sola presencia y actitud frente a la que no pudo ofrecer reacción alguna. Insiste en que nos encontramos ante una persona desvalida, la víctima, rodeada por cinco individuos de fuerte complexión y en un espacio mínimo, apartado y con nulas posibilidades de escapar, se pregunta si ¿es exigible algo más para doblegar a la víctima?, a lo que afirma que no. Entiende que no es admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores. Intimidar no es otra cosa que causar o infundir miedo, miedo o pánico que, en casos como el analizado, se infunde con la sola presencia de cinco individuos de fuerte complexión rodeando a una víctima en un habitáculo cerrado y sin posibilidad alguna de escapar.”

De tal forma, trayendo a colación los términos expresados por la STS 355/2015 de 28 de mayo se debe recordar, y en los términos de redacción en el CP de los delitos de abuso sexual y el más grave de agresión sexual, que la diferencia entre ambos "no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o

intimidación".

Es en ese contexto intimidatorio propio de la agresión sexual, especialmente contemplado en el caso planteado, una agresión sexual de naturaleza grupal, donde debe ser deslindado el grado de responsabilidad de los diversos intervinientes. Así, habiendo considerado la Audiencia Provincial en primera instancia la comisión respectiva por cada uno de los procesados de un delito continuado, erróneamente subsumido como de abuso sexual, la Sala Segunda aprecia que la responsabilidad se extiende no sólo por los actos personales específicamente cometidos sino también a los cometidos por el resto de integrantes del grupo. A fin de consolidar la responsabilidad del conjunto de individuos que conforman el grupo criminal no sólo por el hecho que cada uno comete sino por los que resultan de la acción colectiva, se recogen en la resolución los explicativos términos de la STS n.º 1291/2005 de 8 de noviembre, donde ya se hacía alusión a una denominada "intimidación ambiental" que ayuda a conocer el fundamento de la indicada ampliación de responsabilidad. Así, en tales supuestos "debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP. En estos casos cada uno es autor del n.º 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido (SSTS. de 7 de marzo de 1997 y 481/2004 de 7 de abril).”

La cooperación necesaria integradora de la responsabilidad criminal en el delito de agresión sexual, y que a los efectos del art. 28 CP se asimila a la autoría, se revela pues como una herramienta fundamental para hacer efectivo un adecuado juicio de reproche, con los inherentes efectos punitivos, para aquellos sujetos que, amén de determinados actos propios de los que derivará de modo directo su responsabilidad, colaboran de modo esencial o que con su presencia contribuyen a favorecer el acceso carnal integradora de la agresión sexual. En definitiva, se confirma, reiterando lo expuesto en líneas anteriores, en el ámbito de los delitos de agresión sexual llevados a cabo de forma grupal, la procedencia de imputar los mismos en calidad de autores-cooperadores necesarios a todos aquellos que ostentan el dominio funcional del hecho o

coadyuvan a la acción de una manera tan trascendental que si no se diera el ilícito no sería cometido o reduciría en gran medida sus efectos. Y ello, como resalta la indicada resolución del TS, sin perjuicio de que la acción del cooperador necesario se materialice "respondiendo a un plan conjunto" o "aun existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza".

Se descarta y se aprecia superada, pues, como fue indicado en apartado previo, la doctrina del acuerdo previo como razón de ser de la responsabilidad del cooperador necesario, sin perjuicio que, de ordinario, dicho acuerdo inicial, previo o concomitante a la acción aparezca subsistente.

Respecto a otras cuestiones apreciadas por la Sala, una vez afirmada la procedente estimación del recurso y la tipificación de los hechos cometidos en el delito de agresión sexual con acceso carnal (arts. 178, 179 CP), y determinando que concurren los subtipos agravados de los ordinales 1º y 2º del número 1 del art. 180 CP, ello es carácter particularmente degradante o vejatorio de la actuación y comisión del hecho por dos o más personas, no se aprecia respecto a ésta última circunstancia de agravación que ello vulnere el principio *non bis in idem* en la medida que, como se ha expuesto, se considere a cada uno de los intervinientes que habría de responder como cooperador necesario del resto de actos ilícitos de naturaleza sexual cometido. A tal conclusión alcanza el TS en la medida que "el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por elementos diferentes de su propia conducta, como ocurre en los supuestos de violación múltiple."

El TS en la ilustrativa resolución analizada sienta las bases para a futuro tratar la responsabilidad derivada de los diversos sujetos intervinientes en los casos de agresión sexual grupal o múltiple, sin embargo en el caso planteado (caso "la manada") la Sala observó un aspecto procesal que vedaba la aplicación en el caso de la doctrina o línea interpretativa argumentada sobre autoría y cooperación necesaria. Así, aun con la depuración relativa al error de subsunción apreciado y referir la condena a delito de agresión sexual continuado en vez del anterior de abuso sexual, la Sala considera que cada uno de los sujetos intervinientes es autor de un delito autónomo de agresión sexual y no extiende la responsabilidad por cooperación delictiva a los hechos delictivos cometidos por el resto de miembros del grupo criminal.

Es acogida tal solución, en este caso particular, sobre la consideración de que, en

atención a la tramitación procesal llevada a cabo en primera instancia ante la Audiencia Provincial, "el hecho de no haber sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros procesados, sino exclusivamente como autores directos en las que han sido autores materiales, aplicando la continuidad delictiva, lo que es discutible doctrinal y jurisprudencialmente en supuestos como el analizado (…) al no haber sido objeto de impugnación - *la atribución de responsabilidad a cada individuo por ser cooperador necesario en los delitos cometidos por el resto de intervinientes,* el texto entre guiones y cursiva es mío - el principio acusatorio impide que nos pronunciemos al respecto."

En fecha inmediatamente próxima al dictado de la relevante sentencia del TS anteriormente analizada, y siguiendo la vía interpretativa en ella inserta, cabe citar como ejemplo de su proyección lo resuelto en Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Secc. 1ª) n.º 379/2019, rec. 4/2018 de fecha 11 de diciembre de 2019 (Pte. Sr. Redondo Argüelles, R.) (EDJ 2019/753423) [6] conocida en medios sociales como relativa al "Caso Arandina".

En el caso planteado, cuya sentencia a fecha actual no ha devenido firme y se encuentra pendiente de recurso, fueron procesados y condenados tres jugadores profesionales del club de fútbol Arandina a raíz de la comisión de hechos constitutivos de delito de agresión sexual con acceso carnal sobre persona menor de dieciséis años del art. 183.2 y 3 CP.

Concretamente tiene lugar una situación, siguiendo el contenido del factum o hechos probados de la sentencia dictada, en la que una menor, de 15 años de edad, se halla con tres varones mayores de edad en el salón de una vivienda. Siendo plenamente conocedores los tres hombres de la minoría de edad de la víctima, con las luces súbitamente apagadas por uno de los sujetos, los procesados procedieron a desnudar a la víctima, "procediendo los acusados a cogerla las manos para que les masturbase, y posteriormente sujetándole la cabeza para que les hiciera una felación, a cada uno de ellos, llegando uno (sin determinar) a eyacular en la boca de la menor ante lo cual y sintiendo asco fue al baño que se encontraba la final del pasillo para escupir. Que la menor si bien no veía a cada uno de los acusados, si que pudo distinguir que las manos que la tocaban eran de diferente complexión, y alguno se encontraba depilado y otros no."

[6] Base de datos jurisprudencial: www.elderecho.com

Radica la particularidad de la resolución en que, tomando como criterio el definido por el TS en la analizada Sentencia de 4/7/2019 cada uno de los individuos es considerado responsable en la condición de autor de un delito de agresión sexual y a su vez es responsable, como cooperador necesario, de cada uno de los dos delitos de agresión sexual cometido por el resto de intervinientes en los hechos.

No hallando en este caso la AP obstáculo procesal que impidiera la aplicación efectiva de la doctrina relativa a la cooperación necesaria en el marco de la "intimidación ambiental" en que tienen lugar los ilícitos de agresión sexual colectiva o violación múltiple, se materializa la condena a cada uno de los procesados por el propio delito cometido, como autor, y como cooperador necesario respecto al resto de ilícitos de tal naturaleza. De tal modo el incremento de pena a imponer es notorio, en correspondencia al que fue aplicado por el delito continuado de agresión sexual en la indicada STS de 4/7/2019 (15 años de prisión), pues por el delito de agresión sexual, como autor directo, es impuesta a cada acusado la pena principal de 14 años de prisión, a lo que se suma cada una de las dos penas de 12 años de prisión por cada delito (2) de agresión sexual al que se cooperó de modo necesario para su consumación.

Tomando como piedra angular, a efectos probatorios, sobre la que hacer pivotar la condena, la declaración de la víctima en el proceso, con entidad suficiente ésta para desvirtuar la presunción de inocencia del art. 24 CE, si se dan los requisitos jurisprudenciales anteriormente señalados con apoyo en testimonios de referencia, documentos e informe psicológico, la sentencia dictada presenta un gran interés a fin de confirmar el deslinde entre la autoría y participación en la comisión de hechos encuadrables en el delito de agresión sexual cometido por una pluralidad de personas de modo coordinado o violación múltiple. Recogiendo así la línea expuesta en la antes analizada STS de 7/2019, la AP de Burgos reitera en el caso la concurrencia de un contexto de "Intimidación ambiental" (F.J 8º), reproduciendo la fundamentación antes expuesta y aprobada en su línea interpretativa por el TS.

Asimismo, tomando como criterio el recogido en STS 1169/2004, se concluye por la Sala, a fin de justificar la responsabilidad como cooperador necesario de cada individuo por el hecho ajeno, que lo es "no solo el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que respondiendo a un plan conjunto ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque

no se sujetase a la víctima porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio. En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental".

IV. **CONCLUSIONES.**

Se ha de concluir apreciando la oportunidad y ensalzando la labor del TS a la hora de establecer de modo indubitado, siguiendo los criterios doctrinales más reconocidos, el modo definitivo con que ha de tratarse la responsabilidad de los diversos intervinientes, especialmente en lo relativo a la figura del autor y cooperador necesario, en la comisión de delitos contra la libertad sexual. Y ello a fin de eliminar la inseguridad jurídica o discriminación que un trato desigual, ante casos semejantes, puede ocasionar en perjuicio directo de las víctimas del delito, de los propios encausados y, en general, en detrimento del debido sentimiento de credibilidad en la justicia y sus virtudes.

Las conductas que dan lugar a la comisión de delitos contra la libertad sexual, especialmente en el caso de delitos de "violación múltiple o en grupo" son de una extrema gravedad y presentan una gran repercusión social en todos los ámbitos, de modo que en el caso de que no sean atajadas a tiempo las posibles desviaciones interpretativas en su valoración o depuración de responsabilidad, se ocasiona una merma evidente de la confianza que el ciudadano-justiciable debe tener respecto a la Administración de Justicia como un pilar básico del Estado de Derecho.

La actuación de grupos criminales, o de diversas personas coordinadas en su proceder, bien de modo inicial o de modo subsiguiente en el proceso de comisión del delito, es especialmente grave y reprochable, en mayor medida cuando la comisión del ilícito tiene lugar en el ámbito de los delitos que atentan contra la libertad sexual de la persona, agudizado ello si se cometen sobre menores de edad, o, como en los casos analizados, se llevan a cabo por "depredadores sexuales o en manada". Es en este sector de criminalidad donde debe, como en el caso planteado en la STS analizada y posterior de la indicada AP, afinarse en la interpretación, analizar de manera pormenorizada las

circunstancias concurrentes y proporcionar un sólido sustento a fin de facilitar de modo rectilíneo a futuro la aplicación de tal interpretación, lo que considero ha sido conseguido en la resolución del TS tratada de modo específico en el presente trabajo.

De modo complementario a lo anterior, como posibilidad o propuesta *de lege ferenda*, sería verdaderamente útil, lo que aseguraría una cuasi uniformidad interpretativa, el que tuviera lugar una reforma legislativa encaminada a depurar de modo concreto el grado de responsabilidad de todos los intervinientes en el caso de delito contra la libertad sexual llevado a cabo de forma grupal, configurando, más allá de las normas genéricas previstas en los arts. 28 y 29 CP, las circunstancias concretas que en tal naturaleza de delito sería apreciable la autoría, la cooperación necesaria o la mera complicidad. Y ello de un modo similar al contemplado en el art. 30 CP referido a los delitos cometidos por medios o soporte de difusión mecánica.

BIBLIOGRAFÍA

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S. Derecho Penal: parte general. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 1991.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. Autoría y Participación. REJ – Revista de Estudios de la Justicia. ISSN 0118-0853. N.º 10 – Año 2008.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. El dominio del hecho en la autoría (validez y límites). Anuario de Derecho Penal ciencias penales. ISSN 0210-3001, Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984.

Base de datos jurisprudencial: www.elderecho.com

* * * * * *

Dr. Nicomedes Rodríguez Gutiérrez

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Socio de la FICP.

~La dispensa de la obligación de declarar del testigo-víctima tras el desistimiento como acusación particular (nueva interpretación tras la STS 389/2020 de 10/7/2020)~

Sumario.- I. Introducción. II. La dispensa de la obligación de declarar en la LECrim. III. Evolución jurisprudencial 1. Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 sobre la interpretación del art. 416 de la LECrim. 2. Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23-01-2018, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim. IV. Modificación del criterio seguido, a raiz de la STS 389/2020 de 10 de julio de 2020. 1. Voto particular del Excmo. Sr. Magistrado DEL MORAL GARCÍA y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado LLARENA CONDE. 2. Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado Sr. PALOMO DEL ARCO. 3. Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado DE PORRES ORTIZ DE URBINA. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

Los sujetos que sean testigos tienen la obligación de comparecer y declarar ante llamamiento judicial en virtud de lo establecido en el artículo 410 de la LECrim. Todo ello sin perjuicio de las exclusiones previstas y los sujetos dispensados en virtud del artículo 416 de la LECrim.

El término dispensa se define como "eximir de una obligación, o de lo que se quiere considerar como tal", de conformidad con la RAE[1]. Por tanto, se trata de una potestad reconocida a los sujetos comprendidos en el artículo 416 de la LECrim pero no a las parte procesales[2]. Por tanto, el derecho no comprende la existencia un derecho del acusado a que los parientes del mismo no declaren en el plenario; sino, por el contrario, el derecho de esos familiares-parientes se restringe a no ser compelidos a declarar[3] o a no declarar contra el acusado con el que está unido por un vínculo familiar dentro de los sujetos que comprende el artículo 416 LECrim[4]

En el supuesto de que no se acogieran a la dispensa establecida, tendrán la obligación de declarar de conformidad con lo establecido en el artículo 707 de la LECrim, el cual establece que "Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos".

[1] Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. https://dle.rae.es/dispensar (19/8/2020).

[2] STS 205/2018, de 25 de abril

[3] STC 94/2010, de 15 de noviembre

[4] STS 557/2016 de 23 de junio, FD Primero.

La dispensa ha sido objeto de varias interpretaciones[5], no habiendo unanimidad, por lo que repasaremos en el presente trabajo, para finalizar con el cambio de criterio jurisprudencial dado a conocer a raíz de la STS 389/2020 de 10 de julio de 2020.

Hasta la fecha contábamos con el criterio interpretativo realizado por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero 2018, el cual establecía que "no queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición". Este criterio es modificado con la sentencia objeto de comentario, adoptando una posición antagónica a la adoptada hasta la fecha, en el sentido de que "no recobra el derecho de dispensa (art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), quien ha sido víctima-denunciante y ha ostentado la posición de acusación particular, aunque después cese en la misma."

Por tanto, con el dictado de la STS 389/2020 de 10 de julio de 2020 la víctima-testigo que, pese a cesar en la posición de acusación particular en la causa, y estando comprendida entre los sujetos que dispone el artículo 416 de la LECrim, no dispondrá de la aplicación de la dispensa de declarar contra el procesado, el hecho de haber ostentado la acusación particular durante el procedimiento, o en un momento del mismo.

Siendo, en resumidas cuentas, la posición de la Sala Segunda del Tribunal supremo, y la línea a seguir, realizaremos un repaso a la evolución jurisprudencial seguida hasta este momento. Además, nos detendremos en los interesantísimos votos particulares a la Sentencia, que no deben ser ignorados, aportando diversas consideraciones a tener presentes.

II. LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR EN LA LECRIM.

Para comprender la fundamentación de la dispensa consideramos esencial conocer la justificación de la misma.

La STS 557/2016[6] matiza que la dispensa quedaría justificada "por los vínculos de solidaridad entre el testigo y el acusado", lo cual habría que ponerlo en relación con la protección de las relaciones familiares que concede el artículo 39 de la Constitución Española, protegiendo de esta forma "la intimidad del ámbito familiar". La Sentencia,

[5] VILLAMARÍN LOPEZ, M.L. InDret 4/2012, pp 2.
[6] STS 557/2016 de 23 de junio, FD Primero.

de la que fue ponente el Excmo Sr. GIMENEZ GARCIA, apunta, en concreto, en relación al secreto familiar a que tiene su fundamento "en los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes del vínculo familiar dentro de los límites recogidos en dicho art. 416 LECriminal".

También es considerada como "fórmula o válvula de escape que se brinda a la persona con fuertes vínculos afectivos con reconocimiento legal (matrimonio o situación asimilada; filiación, relación de consanguinidad) para eludir el conflicto entre esos lazos que presionan para no perjudicar de ninguna forma al pariente, menos aún provocando directa o indirectamente su condena penal y probable privación de libertad; y el imperativo legal de declarar la verdad sobre todo lo que se le pregunte en un proceso penal, bajo la amenaza de sanción penal (delito de falso testimonio) y con la fuerza de un previo juramento (o promesa) legal"[7].

En su redacción original realizada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 que aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y publicado en la "Gaceta de Madrid" número 260, de 17 de septiembre de 1882, el artículo 416 quedaba redactado en el sentido de:

> "Están dispensados de la obligación de declarar:
>
> 1.º Los parientes del procesado en línea directa ascendente o descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número tercero del artículo 261.El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado, pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, consignándose la contestación que diere a esta advertencia.
>
> 2.º El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor. Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido."

El artículo 416 de la LECrim, establece en su actual redacción que:

> "1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.
>
> El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia."

[7] STS 205/2018, de 25 de abril. FD Tercero.

La última reforma legislativa se publica con fecha 4 de noviembre de 2019, operado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, artículo 47, el cual que incluye a "persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial" tras citar al cónyuge.

Poco antes se introduce a través de LO 5/2015, de 27 de abril, se añade el inciso 3[8].

Es importante destacar el momento que se debe tener de referencia para apreciar si concurriera el parentesco en el sujeto, el cual resulta determinante para conceder la dispensa. Este momento sería en el que se produce la declaración del testigo, ya que es el momento en el que puede ser dispensado el deber de colaborar (art. 118 CE), mediante la testifical correspondiente, siempre que concurriera los vínculos establecidos en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[9].

Por último, partiremos de la regla general de que toda declaración de testigo, aunque hubiere formulado denuncia con anterioridad, ha de ir precedida de la advertencia legal,[10] sin perjuicio de la evolución jurisprudencial que analizaremos a continuación.

III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

El artículo 416 de la LECrim ha sido objeto de desarrollo por parte del TS. Para ello procederemos al estudio de los recientes Acuerdos de Pleno no Jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Debemos recordar, a todos los efectos, que "los Acuerdos de Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes"[11].

1. Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 sobre la interpretación del art. 416 de la LECrim.

El Acuerdo de Pleno de 24 de abril de 2013 acordó que "La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECrim alcanza a las personas que están

[8] Artículo 1.9 de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

[9] STS 389/2020 de 10 de julio de 2020, FD Noveno.

[10] MUÑOZ COMPANY, MJ. Los Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptados entre 2000 y 2018. 2019, pp 131.

[11] Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006.

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."

El sentido de la dispensa de este Acuerdo (como el de 2018) se encuentra dirigido a los testigos llamados a declarar, pudiendo llegar a comprometer con la declaración a sus parientes, motivo por el que se modula para los supuestos en los que no se tiene el derecho a la dispensa por ser los hechos posteriores a la disolución del vínculo o al ceses de la convivencia y esa declaración puede comprometer a su pariente, modulándose en los casos en que ya no se tiene derecho a la dispensa porque los hechos son posteriores a la disolución del vínculo matrimonial o al cese de una situación equivalente, o por los casos en los que el testigo esté personado como acusación particular en el proceso. En estos supuestos no se tendría el derecho a la dispensa a no declarar[12].

La STS 449/2015 de 14 de julio, en la que fue ponente el Excmo Sr. GIMENEZ GARCIA interpreta el acuerdo de 2013, sobre "si la víctima de violencia de género puede acogerse a la dispensa de la obligación de testificar recogida en el art. 416-1º LECriminal (en el mismo sentido, el art. 707 de la LECriminal)". En concreto expone los supuestos en que la víctima de violencia de género inicia el procedimiento a través de la interposición de la correspondiente denuncia, iniciándose el procedimiento judicial, planteando la posibilidad de ampararse a la dispensa de la obligación de declarar, con posterioridad, ya sea en la instrucción de la causa o en el Plenario. Además, plantea validez que tendría la declaración incriminatoria de la víctima sobre el acusado, en el supuesto de no haber sida previamente advertida de su derecho a no declarar. En este sentido mantiene la línea seguida[13] por la que en caso de omisión de la información que se debe prestar a la víctima sobre la dispensa de declarar, de conformidad con el artículo 416-1º LECrim, "a la persona concernida, ello no llevaría *sic et simpliciter* a la nulidad del juicio, y sí solo a la de la declaración concernida por lo que la condena podía ser mantenida de existir otras pruebas de cargo suficientes". Por tanto, al ejercer la Acusación Particular, aunque después se renuncia al ejercicio de las

[12] STS 389/2020 de 10 de julio de 2020, FD Octavo.
[13] SSTS 304/2013 de 26 de abril y 854/2013 de 30 de octubre.

acciones penales y civiles, convertiría a esta persona "en exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de abril de 2013".

2. Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23-01-2018, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim.

El Tribunal Supremo publicó el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2018 estableció el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim. En virtud de referido acuerdo se concluía que:

> «1. El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el art. 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.
>
> 2. No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.»

Por tanto, tras el pronunciamiento del Acuerdo de 2018 quedaba zanjada toda duda sobre el alcance de la dispensa del deber de declarar, con independencia del desistimiento de continuar ejerciendo la acusación particular en el procedimiento, podría acogerse a la dispensa establecida en el artículo 416 LECrim, sin posibilidad de rescatar las declaraciones que se hubieren efectuado anteriormente, aunque hubiere sido con todas las garantías legales[14].

IV. MODIFICACIÓN DEL CRITERIO SEGUIDO, A RAIZ DE LA STS 389/2020 DE 10 DE JULIO DE 2020.

Tal y como indicábamos anteriormente, con el dictado de la STS 389/2020 de 10 de julio de 2020, en la que es Ponente el Excmo. Sr. SANCHEZ MELGAR, modifica el criterio acordado en el Acuerdo del Plenario de 2018, y considerando que la víctima-testigo que, pese a cesar en la posición de acusación particular en la causa, y estando comprendida entre los sujetos que dispone el artículo 416 de la LECrim, no dispondrá de la aplicación de la dispensa de declarar contra el procesado, por el hecho de haber ostentado la acusación particular durante el procedimiento, o en un momento del mismo. Esta nueva postura se justifica al considerar que los parientes a los que afecta de un modo pleno la dispensa del artículo 416 son los "testigos respecto de los cuales

[14] RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, N. Diario La Ley, 9557, 21 de enero de 2020.

ninguna esfera del delito les afecta", no pudiendo amparar a quien ha sido víctima del delito e inicia con su denuncia el proceso penal, considerando a esta posición incompatible con la dispensa que concede el artículo 416 de la LECrim. No obstante, esta idea no es nueva, ya que se expuso por el TS[15] con anterioridad.

Se plantea la corrección de la doctrina de 2018, partiendo de la consideración de que la denunciante-víctima que se encuentra personada como acusación particular en la causa, pero al dejar de ostentar referida posición, "no recobra un derecho del que carecía con anterioridad, por haber renunciado al mismo al constituirse como acusación particular, como resulta de nuestro acuerdo plenario de 2013". El razonamiento de esta postura lo resume en:

1. La dispensa resulta incompatible con la posición de la denunciante como víctima, y con más razón en los supuestos de violencia de género, en el que es la mujer la que denuncia, por unos hechos que reunirían los caracteres de delito Resulta imprescindible la contribución procesal de la denunciante-perjudicada para que pueda iniciarse el proceso penal. Con la abstención de la denunciante a declarar frente al investigado/acusado, resultaría "como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial".

2. Si la denunciante-perjudicada que se persona como acusación particular, no ostenta la facultad de dispensa del artículo 416 de la LECrim, de conformidad con los Acuerdos Plenarios antes expuestos y la jurisprudencia resumida anteriormente[16].

3. Entiende cuando la testigo-víctima presenta denuncia, sin que exista obligación legal[17] de hacerlo, "es porque ya no hay espacio para que se produzca una colisión

[15] STS 449/2015 de 14 de julio.

No obstante, se hace referencia expresa en la STS 389/2020 de 10 de julio de 2020 a la STS 557/2016, de 23 de junio, al indicar que no puede concederse el derecho a quien "sea al mismo tiempo víctima del delito en cuyo caso, la espontánea denuncia que efectúe de los hechos, en cuanto que es víctima no exige la previa instrucción del derecho de dispensa". En este sentido se pronuncia también la STC 94/2010, de 15 de noviembre (BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010) pronunciándose en el sentido de que "pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim"… "su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (SSTS, Sala de lo Penal, 6621/2001, de 6 de abril; 1225/2004, de 27 de octubre; 134/2007, de 22 de febrero; 385/2007, de 10 de mayo; 625/2007, de 12 de julio; 13/2009, de 20 de enero; 31/2009, de 27 de enero; 129/2009, de 10 de febrero; y 292/2009, de 26 de marzo)".

[16] STS 449/2015 de 14 de julio

[17] Artículo 261 de la LECrim:

entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado".

4. De esta forma, la testigo-víctima, no resultaría coaccionada en su actuación posterior al prestar testimonio, para obligarle a acogerse a la dispensa, siendo, de esta forma, libre de declarar con arreglo a su estatuto de testigo. Recuerda la importancia del artículo 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[18].

5. De permitir la libre disposición de acogerse o no, a la dispensa, dependiendo solo de la voluntad de la perjudicada, se permitiría la alternancia del status, considerando que no es admisible ese presupuesto.

6. Al ser una excepción, la misma debe ser tratada una forma restrictiva.

Finalmente concluye, enlazando las ideas expuestas, en que "la dispensa tiene su fundamento en la resolución del conflicto por parte del testigo pariente. Una vez que este testigo ha resuelto tal conflicto, primero denunciando y después constituyéndose en acusación particular, ha mostrado sobradamente su renuncia a la dispensa que le ofrece la ley. Si después deja de ostentar tal posición procesal no debe recobrar un derecho al que ha renunciado, porque tal mecanismo carece de cualquier fundamento, y lo único que alimenta es su coacción, como desgraciadamente sucede en la realidad, siendo este un hecho de general conocimiento. Tampoco es posible convertir delitos de naturaleza pública en delitos estrictamente privados, no siendo este ni el fundamento ni la finalidad de la dispensa que se regula en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que de aquel modo los desnaturaliza".

1. Voto particular del Excmo. Sr. Magistrado DEL MORAL GARCÍA y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado LLARENA CONDE.

El Sr. DEL MORAL alude a la STS 205/2018, de 25 de abril, de la que fue ponente, y que mantiene, siendo una posición discrepante con la actúa. Los motivos, expuestos

---

"Tampoco estarán obligados a denunciar:
1.º El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad.
2.º Los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive."

[18] Artículo 715 LECrim:
"Siempre que los testigos que hayan declarado en el sumario comparezcan a declarar también sobre los mismos hechos en el juicio oral, sólo habrá lugar a mandar proceder contra ellos como presuntos autores del delito de falso testimonio cuando éste sea dado en dicho juicio.
Fuera del caso previsto en el párrafo anterior, en los demás podrá exigirse a los testigos la responsabilidad en que incurran, con arreglo a las disposiciones del Código Penal."

en la STS 205/2018[19] no han sufrido alteración alguna, por lo que mantiene que no se justifique el cambio jurisprudencial. Considerado un derecho constitucional, no admitiría una "renuncia tácita o presunta anticipada a un derecho constitucional". Se advierte de que se trataría de una consecuencia automática, la renuncia a su derecho, de la dispensa de los artículos. 416 LECrim y 24 CE; no siendo "por ministerio de la ley, sino por ministerio de la jurisprudencia en virtud de una interpretación cargada de voluntarismo".

Además, trae a colación el *overruling*, o revocación, siendo la *prospective overruling* una técnica, que aunque desconocida en nuestra tradición, "se utiliza cuando el Tribunal advierte del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin caer en la discriminación que comporta una modificación repentina y sin aviso de las reglas que se consideraban como válidas". Con la técnica del *prospective overruling* se advierte de un cambio que se realizará en los fallos del tribunal, sin modificar de forma súbita la línea seguida.

Sobre la pérdida de manera definitiva de la facultad del testigo-víctima de acogerse a la dispensa del artículo 416 de la LECrim, en el momento en que se persone como acusación particular, considera que no puede mantenerla a suponer el mismo "otro *overruling* revolucionario", ya que contradice el artículo 416 el la LECrim, el cual habla de testigos.

2. Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado Sr. PALOMO DEL ARCO.

El Sr. PALOMO DEL ARCO advierte en su voto particular que existen "grietas en la

[19] STS 205/2018, de 25 de abril, en el FD Tercero alude a la controversia que vuelve a surgir ahora, decantándose por el derecho a acogerse a la dispensa tras cesar en la posición como acusación particular. En este sentido indica que "No hay razones plausibles para derivar de una personación como acusación particular en un momento dado la renuncia definitiva e irrevocable a acogerse a la dispensa. Podrá exigírse a quien se acoge a la dispensa que renuncie a ejercer una acusación a la que pone dificultades y trabas; pero no que por haber ostentado en algún momento la condición de acusación particular se vea ya despojado de ese derecho constitucional; al menos mientras que el legislador no prevea otra cosa.

Como tampoco sería aceptable una renuncia de futuro a ese privilegio. Puede hacerse uso in actu de la dispensa o no: en esa medida es un derecho renunciable. Pero no cabe la renuncia proyectada al futuro; por muy informada que sea esa renuncia.

Nótese además, en un plano más pragmático, como la legislación específica en esta materia, rodeada de una especial y elogiable sensibilidad hacia la víctima (art. 20 de la ley especial antes citada), empuja de alguna forma a la víctima a la personación para robustecer su posición. El Estado pone a su disposición los medios alentando esa decisión de constituirse en acusación. Significaría un exceso que, pasados esos momentos iniciales, la víctima se viese privada de la facultad de eludir ese conflicto -declaración contra el familiar versus falso testimonio-, viéndose abocada a la opción entre delinquir o traicionar los fuertes sentimientos surgidos de esa relación familiar".

conexión de la dispensa con su reconocimiento constitucional"[20].

No considera admisible que al testigo que no le sea reconocida la dispensa, por los argumentos expuestos, se vea obligada a seguir los preceptos que obligan al testigo de forma genérica. Además, considera que con esta fórmula no se solucionaría la coacción que pudiera sufrir la testigo-víctima.

3. Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado DE PORRES ORTIZ DE URBINA.

El Magistrado DE PORRES ORTIZ DE URBINA se adhiere a los votos formulados por el Sr. DEL MORAL GARCÍA y PALOMO DEL ARCO, añadiendo que los argumentos esgrimidos en la Sentencia son muy débiles. Además, no comparte el criterio de que la dispensa está pensada para quien no es víctima del delito, apoyádose en la STC 94/2010, de 15 de noviembre.

Sobre la norma, recuerda que los artículos 416 a 418 de la LECrim constituyen el desarrollo del artículo 24.2, párrafo último, de la CE, siendo un derecho fundamental, por lo que solo por Ley puede regularse y limitarse, de conformidad con lo establecido en el artículo 53.1 CE. No obstante, el texto legal original fue modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre y por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, sin que el legislador haya excluido a las víctimas. Considera que de haber querido realizar alguna precisión al respecto del ejercicio o límites de la dispensa lo hubiera realizado.

Realiza una interesante reflexión sobre la renuncia a la dispensa, el cual mantiene que "nace cada vez que el testigo es llamado a declarar y así se deduce del contenido de los artículos 416 y 707 de la LECrim que reconocen ese derecho cada vez que se declare y en las distintas fases procesales". Por tanto, considera que no se trata de un "derecho único para todo el proceso" como sugiere la sentencia, sino que se trataría "de un derecho que nade cada vez que el testigo es llamado", al igual que el derecho a guardar silencio del imputado o acusado. Tratándose de un derecho renunciable, y siendo esta un acto unilateral de dejación voluntaria o abandono de un derecho, solo sería posible de derechos disponibles, no siendo este el supuesto al tratarse de derechos

[20] El Magistrado alude al artículo 24 CE, "cuando establece que la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Y al menos, cuando del cónyuge se trata, como es el caso de autos, esta dispensa la deriva el TEDH, con el derecho a la vida privada y familiar (STEDH, Gran Sala, de 3 de abril de 2012, asunto 42857/05, Van Der Heijden c. Holanda)".

fundamentales. Concluye que no cabría la "renuncia preventiva al derecho fundamental".

Por último, realiza una última reflexión, ya que una denuncia no puede ser considerada como una renuncia definitiva a la dispensa, ya que esta ha de ser "clara, explícita y terminante, sin que sea lícito deducirla de expresiones de dudoso significado o de actos que no sean concluyentes", considerando, que la renuncia tendría su origen en una forma de actual. Por tanto, la renuncia, para que el ejercicio de la acción penal pudiera ser estimado, debería estar precedido una información expresa y previa.

V. CONCLUSIONES.

La sentencia objeto de estudio resulta de gran transcendencia, en primer lugar, por fijar el criterio claro, aunque discutido, en los votos particulares, a cerca de la inaplicabilidad de la dispensa del artículo 416 de la LECrim, para los supuestos de que el testigo-víctima haya desistido de la acusación particular.

A pesar del criterio adoptado por la sentencia, resultan de gran interés los votos particulares formulados, siendo muy ilustrativos de las cuestiones introducidas, pero que no zanjan la controversia.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

MUÑOZ COMPANY, MJ. Los Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptados entre 2000 y 2018. Sepin, Madrid, 2019.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, N. La dispensa de la obligación general a declarar como testigo. Diario La Ley, N.º 9557, Sección Tribuna, 21 de enero de 2020, Wolters Kluwer.

VILLAMARÍN LOPEZ, M.L. El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal. InDret 4/2012, Barcelona, 2012.

* * * * * *

M.ª Adoración Ruiz Rodríguez
Abogada. Colegiada 771 del Ilustre Colegio de Abogados de Talavera de la Reina (Toledo).
Socia de la FICP.

~El concepto de resiliencia. Análisis de las cuestiones más importantes de la Sentencia 658/2019 de 8 de enero de 2020 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo~

I. INTRODUCCIÓN

La resiliencia es un concepto que proviene de la psicología, y podríamos considerar poco estudiado para la importancia que tiene. Se basa en dos aspectos fundamentales: **resistir el suceso y rehacerse del mismo.** Es un término que se puede ajustar a diversos factores vividos.

Algunas investigadoras, desde el ámbito de la psicología como Janoff-Bulman en el año 1992[1], crearon una escala de ítems que ayudaban a determinar si una persona era o no era resiliente. Los ítems eran una serie de frases o expresiones que tratan de analizar la autoestima y la capacidad de afrontamiento de esa persona. Posteriormente, el mismo sujeto debe valorar en una escala numérica del 1 al 5, su grado de acuerdo o desacuerdo con esa frase. De ahí, se obtiene un resultado que se considera asociado a la resiliencia de la persona.

La resiliencia en las víctimas aludiría a su capacidad para sobreponerse ante el hecho traumático y no dejar que este interfiera de forma negativa en su día a día.

La resiliencia es algo que se puede desarrollar, una capacidad que resulta de un proceso dinámico. Se ha investigado acerca de su «origen» y de los posibles factores que la fomentan. Algunas características de la personalidad y del entorno favorecerían el desarrollo de la resiliencia. Sobre todo, un elemento importante sería el sesgo que se tiene en la percepción sobre uno mismo: cuanto más positiva sea esa percepción, mayor capacidad resiliente se tendrá[2].

La resiliencia apareció asociada positivamente al afrontamiento racional y al ajuste personal, y el afrontamiento emocional a la psicopatología. Los resultados

[1] Janoff-Bulman, R. New York: The Free Press. 1992
[2] Loubat, M./Ponce, P./Salas, P. Terapia Psicológica, 25(2), 2007, pp. 113-122.

confirmaron que los síndromes más presentes eran la depresión y la ansiedad, y que la mayoría de las participantes presentaban altos índices de estrés postraumático.[3]

La jurisprudencia ha adaptado en la reciente Sentencia 658/2019, de 8 de Enero el concepto de resiliencia a la víctima de malos tratos, indicando que lo positivo de la resiliencia se convierte en negativo, sufriendo la víctima a lo largo del tiempo lesiones psíquicas sin llegar a percibir que es víctima de malos tratos o incluso creerse responsable de la victimización que está sufriendo, demorándose la víctima en denunciar a su agresor.

El trabajo de la presente comunicación es en primer lugar analizar la Sentencia dictada recientemente, viendo si la adaptación del concepto resiliencia al mundo jurídico es el correcto, si se consigue efectivamente que la víctima de malos tratos habituales pueda resistir el suceso y rehacerse de esa situación y en segundo lugar ver y conocer si encontramos con resoluciones no con el concepto de resiliencia en sí, al resultar este de novedosa adaptación, sino ver el tratamiento anterior en resoluciones en las que víctimas de malos tratos habituales no oponen resistencia al maltrato sufrido a lo largo del tiempo debido a la situación de anulación a la que le tiene sometida su agresor y tardan en denunciar.

II. LA ADAPTACIÓN DEL CONCEPTO RESILIENCIA EN LA SENTENCIA 658/2019, DE 8 DE ENERO

Refiere la presente Sentencia en los antecedentes de hecho, que la Audiencia de Instancia condenó al acusado por un delito de maltrato habitual cometido en el domicilio común del art. 172.2º y 3º del Código Penal, por dos delitos de lesiones de los arts. 147.1 y 148.4 del CP, concurriendo la atenuante no cualificada de dilaciones indebidas y por un delito de aborto concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas y la agravante de parentesco; así, el acusado recurre en casación alegando entre otros motivos:

El punto fundamental de la Resolución lo encontramos en el fundamento Octavo en el que el acusado recurre por infracción de precepto constitucional al amparo del apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, por entender vulnerado el derecho a la

[3] Lam, N./Contreras, H./Cuesta, F./Mori, E./Cordori, J./Carrillo, N. Rev. Peru. Epidemiol., 12 (3), 2008, pp. 1-8.

presunción de inocencia, entendiendo el recurrente porque se le condena sin que hayan existido en el juicio pruebas de cargo suficientes de los hechos que se le imputaban obtenidas con todas las garantías para enervar el derecho a la presunción de inocencia; entiende que se fundamenta la condena en las declaraciones de la víctima, hechas ante los médicos y sanitarios que la atendieron, no en las declaraciones judiciales y en las que existen graves contradicciones con las pruebas de descargo efectuadas por la defensa sin que estas deban ser consideradas pruebas de cargo, puesto que entre otras cuestiones tienen su causa en la caída del columpio y no por el maltrato habitual que sufría la víctima y que la llevó a perder al hijo que estaba esperando.

El Tribunal Supremo respecto de la suficiencia de la declaración de la víctima para enervar el derecho a la presunción de inocencia ha recordado en sus resoluciones que debe existir ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus circunstancias personales, siendo en este punto relevantes dos aspectos subjetivos: primero, sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades y las relaciones con el agresor que pudieran conducir a la deducción de la existencia de algún móvil espurio o de cualquier índole que prive a la declaración de la víctima de la aptitud necesaria para generar certidumbre, segundo, verisimilitud, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento; en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

A este respecto la verosimilitud, debe contener que la declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica y que la declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico

cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; y por ultimo se exige persistencia en su incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, sin ambigüedades no contradicciones.

> *"Es criterio jurisprudencial reiterado como expone la STS núm. 938/2016, de 15 de diciembre (si bien el énfasis es ahora adicionado) que "la declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada".*
>
> *"Así lo ha declarado tanto el Tribunal Constitucional (SSTC. 229/1.991, de 28 de noviembre, 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre), como esta misma Sala (SSTS núm. 339/2007, de 30 de abril, núm. 187/2012, de 20 de marzo, núm. 688/2012, de 27 de septiembre, núm. 788/2012, de 24 de octubre, núm. 469/2013, de 5 de junio, núm. 553/2014, de 30 de junio, etc.)".*
>
> *"La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de Casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia". "Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre".*
>
> *"Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación".*
>
> *"Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado".*
>
> *"La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre".*
>
> *En concurrente criterio la STS núm. 29/2017, de 25 de enero, expone que la testifical de la víctima, puede ser prueba suficiente para condenar si va revestida de una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio. En ese contexto encaja bien el aludido triple test que establece la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del testigo víctima. No se está definiendo con*

> *ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar. Eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal". Ni, tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena.*
>
> *De similar manera en la STS núm. 891/2014, de 23 de diciembre, con cita de la 1168/2001, de 15 de junio, se precisaba que estos parámetros no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (art. 741) y ha de ser racional (art. 717). Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción que, se reitera, la ley exige sea racional; es decir, "esos tres elementos, que viene examinando la doctrina de esta Sala para medir la idoneidad, como prueba de cargo, de la declaración de la víctima de un hecho delictivo (ausencia de motivación espuria, existencia de algún elemento corroborador y persistencia), no son requisitos de validez de tal medio probatorio: no son elementos imprescindibles para que pueda utilizarse esta prueba para condena"*[4].

En la Sentencia que analizamos concluyen, tras el análisis de la víctima manifestando que "la victima dice la verdad" no consta pues que la víctima sufra alguna de las limitaciones señaladas a la hora de prestar su testimonio y este no hace decaer la presunción de inocencia como pretende el acusado; analiza una serie de elementos que hacen concluyente la afirmación anterior y nos conduce directamente al concepto de "resiliencia", puesto que se nos indica que hay casos que son de tal extrema gravedad, en los que la víctima se encontraba perfectamente adaptada a los brutales malos tratos, que la víctima los considera normales y ello coadyuva a que no los denuncie al encontrarse anulada por el agresor.

Continúa expresando que no puede achacarse a la víctima el retraso a la hora de denunciar los hechos o que incluso se invente que se ha caído de un columpio para justificar los golpes por lo que indica la Sentencia que en estos casos la victima opera bajo una mecánica diferente al resto de víctimas de otros delitos, sumando a la víctima en el denominado "pozo del maltrato reiterado" que está enmarcado en un contexto de dominación que sólo con la ayuda de terceras personas es capaz de sobreponerse a dicha situación.

Explica el concepto de la resiliencia, concepto del mundo de la psicología adaptado al mundo jurídico, en el que puede percibirse como una reacción positiva que le hace ser una persona fuerte ante situaciones adversas; con ello lo positivo de la resiliencia se convierte en algo negativo que impide a las víctimas encontrar soluciones

[4] CENDOJ. Resolución 342/2017 de 12 de Mayo. Ponente Andrés Palomo del Arco

al problema que están sufriendo, lo que les llevará a un punto de provocar lesiones psíquicas.

Como indicamos en la introducción de la presente comunicación, la resiliencia es resistir y rehacerse de las situaciones adversas, las personas deben adaptarse positivamente a las situaciones adversas, el problema que ocurre es que la resiliencia en puridad, efectivamente es la situación de sobreponerse de situaciones adversas sin lesión alguna denominando a las victimas al curarse como "resilientes".

Pongamos como ejemplo una goma elástica, una persona sufre una situación adversa, eso hará que la goma vaya cediendo, si la persona es capaz de sobreponerse de esa situación la goma volverá a su estado natural a su posición original sin fisura alguna, pero si la persona no es capaz de reponerse del todo la goma quedará cedida sino todo en parte, no considerando a esta persona como resiliente; pues bien considero que el concepto, efectivamente en la teoría está perfectamente adaptado al mundo jurídico pero en la práctica no, puesto que las víctimas del delito de maltrato habitual siempre quedarán con secuelas y por tanto la goma nunca volverá a su posición original, siempre estará cedida o tendrá fisuras y las victimas nunca serán resilientes porque nunca podrán superar una situación vivida a lo largo de una convivencia de malos tratos habituales quedando secuelas psicológicas de difícil cura.

¿Por lo tanto, es posible aplicar el concepto de resiliencia a una víctima de malos tratos habituales? Pues con los debidos respetos, considero que el concepto de resiliencia adaptado del mundo de la psicología al mundo jurídico en la Sentencia 658/2019 de 8 de enero muy poco tiene que ver con la realidad propia del concepto, puesto que como hemos visto y así se indica en la Resolución la víctima de malos tratos habituales arrastra unas secuelas psíquicas que le impedirán en el futuro poder desarrollar aspectos básicos de su vida cotidiana por lo tanto nunca se las podría denominar "resilientes" es decir, nunca habrán superado con éxito efectivo el drama vivido.

III. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA VALIDEZ DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA PARA ENERVAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL ACUSADO Y LA TARDANZA DE LA VÍCTIMA EN DENUNCIAR

Partamos de la base en el que el fenómeno de los malos tratos ejercidos en el

ámbito familiar ha sido tradicionalmente concebido como un asunto privado, tanto por la sociedad como por el Derecho penal, lo que se refleja en la tardía intervención de nuestro legislador al incorporarlo a partir de 1989[5].

Es en la LO. 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, donde en su artículo 425 incriminaba el delito de lesiones, el ejercicio de la violencia habitual sobre determinados sujetos unidos entonces al agresor y siempre que concurriera el requisito de la convivencia.[6]

Este momento causa un punto de inflexión en el delito de malos tratos habituales que hoy conocemos; así, el maltrato habitual, tipificado en el art. 173.2 del CP, se encuentra asentado en nuestra jurisprudencia y en múltiples resoluciones donde en todas ellas la mera conducta habitual del maltrato como tipo penal autónomo tiene una específica misión de impartir un mayor reproche penal a una conducta tan execrable como lo es el maltrato reiterado[7]. No se trata de una continuidad delictiva que huya de un concurso real, ya que éste último se sanciona "además de", por cuanto los actos delictivos que integran el maltrato se sancionan en cláusula concursal. Se quiere sancionar de modo autónomo una perversidad conductual del autor del maltrato, que ejerce una "dominación" plasmada con el ejercicio de violencia física o psíquica, a fin de conseguir el "sometimiento psíquico" que es lo que provoca una relación de "dependencia emocional" que es lo que pretende el delincuente que ejerce el maltrato como forma de ejercer una "superioridad intelectual" sobre la víctima que le deja desprovista de su "capacidad de decidir" de forma autónoma para optar por evitar el maltrato y huir del lugar del crimen de habitualidad. Sin embargo, la relación de "sometimiento psicológico" que provoca el maltrato, y que puede plasmarse en secuelas graves psíquicas, determina la paralización de tomar decisiones libres a la víctima, ya que, por un lado, no es consciente de que esté siendo victimizada, ya que la dominación y subyugación del autor del delito de maltrato permite conseguir que la víctima no pueda salir del ciclo de la violencia habitual que ejerce el autor[8].

Respecto del ciclo de la violencia está compuesto de tres etapas en donde las interacciones violentas dentro de la pareja están vinculadas con un incremento de la

[5] García Álvarez, P./Del Carpio Delgado, J. El delito de malos tratos en el ámbito familiar: (LO 14/1999, de 9 de junio): problemas fundamentales. 2000, p. 65.
[6] San Milla Fernández. El delito de Maltrato Habitual, 2017 p. 1
[7] Ruiz Vadillo, E. Actualidad Jurídica Aranzadi, (326), 1998, pp. 1-20.
[8] De igual manera Sentencia 770/2006 de la Sala II. Ponente Juan Ramón Berdugo de la Torre. Cendoj

tensión en las relaciones de poder establecidas. Durante el ciclo intercambios son cada vez más tensos y allí es cuando emerge la violencia física.

La primera fase es la de la acumulación de la tensión, en ella se dan episodios que llevan a roces permanentes entre los miembros de una pareja, con un incremento constante de ansiedad y de hostilidad. Esta fase puede durar años; la segunda fase es la denominada "del golpe" es la fase en la que la mujer se enfrenta por primera vez al golpe por parte del agresor, donde lleva a cabo la interposición de una denuncia y donde ella se da cuenta de que ese golpe ha sido el detonador de una situación y lo intenta poner fin; la última fase, es la denominada Luna de Miel, el agresor arrepentido va hacia la víctima; ésta le perdona, y vuelve ella a revivir una relación similar a cuando le conoció. En esta fase la mujer deja sin efecto la denuncia.

En las fases anteriormente mencionadas se puede ver que no hay una violencia física, sin una previa y paralela violencia psicológica. "Cuando el hombre le pide perdón, la mujer vuelve a confiar en él y deja sin efecto la exposición realizada en el juzgado. Éste es el momento en donde esta situación se transforma en algo habitual y se naturaliza[9].

Una vez que hemos visto el ciclo de la violencia habitual que padecen las víctimas, el miedo que sufren ante los ataques constantes y habituales de su agresor, es el momento de plantear, como ha sido valorada la tardanza en denunciar de la víctima y en la declaración única de ésta para enervar el principio de presunción de inocencia en situaciones de maltrato habitual en los que la víctima, al igual que en la Sentencia 658/2019, de 8 de Enero por miedo, por dominación o por encontrarse bajo un síndrome de Estocolmo no ha denunciado ni ha opuesto resistencia y cual es el tratamiento que se les ha dado.

Respecto de la declaración e la víctima como única prueba de cargo, el Tribunal Supremo bastantes sentencias sobre esta materia, me ha parecido muy didáctica la Sentencia 952/2013 de fecha 5 de diciembre de 2013[10], siendo ponente Carlos Granados Pérez que nos recuerda lo siguiente:

> *"Respecto al valor que ha de otorgarse a la declaración del perjudicado, es cierto que esta Sala ha señalado reiteradamente, que aún cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, ha de*

[9] Ruiz Rodríguez, Los Peligros de internet en menores. Redes sociales y violencia de género entre adolescentes. 2019, pp. 103-104.

[10] Sentencia 952/2013, de 5 de Diciembre siendo Ponente Carlos Granado Perez. Cendoj

resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal compruebe la concurrencia de las siguientes NOTAS o REQUISITOS:

1º.- AUSENCIA DE INCREDIBILIDAD SUBJETIVA:

Ausencia de incredibilidad subjetiva por parte de la víctima, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes de la víctima:

a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

b) Las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la víctima de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2º.- VEROSIMILITUD:

Es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento; en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

La verosimilitud del testitomino ha de suponer:

a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración puesto que, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho.

Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

3º.- PERSISTENCIA EN LA INCRIMINACION:

Esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad".

En la misma línea, nos encontramos con la Sentencia de 26 de enero de 2018 de Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª)[11]

> *"En aplicación de los requisitos exigidos por la doctrina, en primer lugar, se constata que **la denunciante es persistente y coincidente** en sus manifestaciones inculpatorias hacía el denunciado, en relación con la **conducta coactiva** de este segundo hacía ella, en cuanto al local que la misma tiene alquilado, con continuas quejas que le formula en relación a posibles irregularidades en dicho alquiler, junto con la falta de pago de cuotas de la comunidad, (ello tanto en cuanto lo manifestado el interponer la primera denuncia, acontecimiento n.º 1, como posteriormente en el acto de juicio).*
>
> *En segundo lugar, en lo que se refiere a las relaciones existentes entre las partes, estando a lo manifestado por el propio denunciado, **no cabe desprende la existencia de un móvil de odio o venganza** entre ambos, dado que el mismo se limitó en el acto de juicio, a negar los hechos por los que era denunciado, pero sin poner de manifiesto ninguna actitud o comportamiento por parte de aquella que hubiese permitido determinar que el interponer la denuncia lo hubiese hecho movida por el odio o la venganza.*
>
> *En tercer lugar, en relación con la **acreditación de hechos periféricos, el propio denunciado admite la comunicación** que sobre el impago de cuota hizo al administrador de la comunidad (incluso de la propia redacción del escrito de recurso, se desprende que la reclamación de tales cuotas si las realizó directamente a la denunciante, para a continuación afirmar que al efectuarse como presidente de la comunidad dicha conducta es atípica).*
>
> *Considerando, en consecuencia, que la veracidad de lo versión del denunciante, por la que se inclina la Juzgadora de Instancia, al valorar el conjunto de la prueba practicada, se encuentra ajustada a los parámetros de la sana lógica y común experiencia y por ello no cabe efectuar reproche alguno a dicha valoración, al no existir en la misma juicio alguno ilógico, absurdo o arbitrario."*

De manera reciente, la Sentencia 184/2019 de 2 de abril de 2019, siendo Ponente Vicente Magro Servet, analiza conforme a los requisitos que quedaron fijados en la Sentencia del año 2013, la prueba practicada y valorada por el Tribunal es suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, marcando las siguientes pautas, que pasamos a transcribir:

> *"1.-Credibilidad en la declaración de la víctima. La declaración de la víctima es convincente para el Tribunal, ya que declara sin existir situación alguna de enemistad, ya que, incluso, la testigo Micaela expone al Tribunal que la víctima se resistía a poner la denuncia, lo que es indicativo de todo lo contrario de lo que expone el recurrente, ya que esta reacción es habitual en las víctimas de violencia de género al ser reacias, en principio, a denunciar por las razones múltiples que existen acerca de no saber qué va a ocurrir con ellas, la reacción posterior del agresor acerca de si puede ser peor para ellas la denuncia que el silencio, si no tienen medios económicos si van a poder subsistir, etc. En este caso, como sucede en muchas ocasiones, debe ser una persona de su entorno, en este caso Micaela, una amiga, quien le ayude y le convenza de que denuncie y acuda al médico, de ahí que acudiera al centro al día siguiente. Ello señala el Tribunal que refuerza su neutralidad y que no miente al Tribunal cuando relata lo que ocurrió ante la sucesión de golpes que le propina el recurrente.*

[11] Centro de Documentación Judicial. Cendoj. www.poderjudicial.es

2.- El retraso en un día en denunciar y ser reconocida por el médico no puede cuestionar su credibilidad. Suele alegarse en los casos de violencia de género que el retraso de la víctima en denunciar conlleva la duda acerca de su credibilidad, pero nada más lejos de la realidad, dado que se trata de supuestos con unas connotaciones especiales en donde generalmente, y en muchos casos, la denuncia se dirige contra quien es su pareja y el padre de sus hijos, que, además, posiblemente hasta puede ser su sustento económico, lo que conlleva a que las víctimas de violencia de género valoren todas estas circunstancias a la hora de decidirse sobre si denuncian, o no. Y ello, no se les puede volver en su contra cuando tardan en denunciar, porque hasta se sienten estigmatizadas por hacerlo, y, en muchos casos, hasta culpables, cuando son víctimas, no culpables. Todo ello, las convierte en más víctimas aún, porque lo son del agresor que es su propia pareja, y lo son, también, del propio sistema en quien, en muchas ocasiones, no confían si no tienen la seguridad de que denunciar va a ser algo positivo para ellas y no algo negativo. En este estado de cosas deben ser personas de su entorno, o familiares, quienes, al fin, les convenzan de que denuncien para acabar de una vez con el sufrimiento que están viviendo y que rompan con el maltrato. Por ello, en los casos de violencia de género, el retraso en la presentación de la denuncia no es causa o motivo que permita hacer dudar de la realidad de los hechos que son objeto de la denuncia. En este caso, el Tribunal llega a la convicción de que los hechos se suceden como declara probado y lo constata por la declaración de la víctima, por lo que la ratificación de la denuncia eleva por su inmediación al Tribunal a poder valorar de forma acertada los hechos sin que el retraso en tan solo un día en formular la denuncia conlleve sospechas de falsedad en su contenido, ya que son conocidas las difíciles circunstancias que las víctimas deben pasar a la hora de formular denuncias por estos hechos, por lo que no desvirtúa o desnaturaliza la veracidad de sus declaraciones.

3.- La existencia del maltrato no puede conllevar a dudar de que la víctima mienta o falte a la verdad. En las relaciones de pareja cuando ha habido serios problemas entre ellos es obvio que la relación que mantengan no sea buena, y más aún cuando ha habido malos tratos. Pero ello no tiene por qué conllevar que en la declaración de la víctima se entienda que siempre y en cualquier circunstancia existe una duda acerca de su credibilidad por la existencia de los malos tratos le lleven a alterar su declaración, o, aunque el recurrente alegue su inexistencia y que ella le quiere perjudicar, no se entiendan las razones de ese alegato de resentimiento que se alega, lo que no quiere decir que la víctima mienta, sino que el resentimiento existe de cualquier modo, pero por esa existencia del maltrato, lo que no debe llevarnos a dudar de que lo que declara acerca de un hecho concreto sea incierto. Es obvio que por el hecho de haber sido victimizada por el agresor la víctima no tenga una buena relación con éste, pero ello no debe hacernos llegar el ámbito de la duda respecto a si lo que está declarando la víctima en el plenario lo hace con móviles de resentimiento. De ser así, en ningún caso se podría valorar la declaración de la víctima en los casos de violencia de género, ya que, como en el caso que nos ocupa, si se ha cometido un delito de amenaza es evidente que la posición de la víctima tiene que ser muy especial, pero ello no debe hacernos dudar de que su declaración se ajusta a la realidad de lo acontecido, no pudiéndose dudar de ello por el hecho de que existan problemas entre ellos. No puede admitirse en estos casos que las presunciones que hagan dudar de la declaración de las víctimas operen contra éstas en la violencia de género, planteando que se utiliza el proceso penal como arma frente a quien le está causando lesiones y atacando su integridad física. Si fuera cierta esta presunción, siempre debería existir la duda de que cuando una víctima declara ante un juez penal por unos hechos graves que ha sufrido su declaración estaría revestida de odio o resentimiento hacia el acusado, lo que no es cierto y es función del juez penal apreciar del conjunto de la prueba si se dan los presupuestos que hagan dudar de la declaración de la víctima, pero no apelar directamente a que el hecho de haber sido

victimizada una persona le produce y supone un resentimiento hacia el acusado al momento de declarar ante un juez penal en el plenario"[12].

Vemos pues, que la Sentencia 658/2019, de 8 de Enero, mantiene los mismos parámetros que las resoluciones expresadas con anterioridad para que la declaración de única de la víctima sea suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia del acusado, por lo tanto nada nuevo o novedoso aporta la Sentencia que hemos analizado.

Respecto de la tardanza en denunciar por parte de la víctima de malos tratos habituales, resulta curiosa la Sentencia que a continuación indicamos, puesto que a excepción del párrafo referido al concepto de resiliencia el contenido del texto es exactamente igual que el de la Sentencia 658/2019, de 8 de enero.

En la Sentencia 247/2018 de 24 de mayo de 2018, siendo Ponente Vicente Magro Servet y ante un supuesto de similares características al recogido en la Resolución anteriormente analizada, expresa que:

"…***el maltrato habitual se configura con unas características de especial crueldad en el autor que en el círculo de su propio hogar familiar ejerce un maltrato prolongado, y que aunque se desdobla en actos aislados de hechos que pueden conllevar, individualmente considerados, una penalidad reducida, la reiteración en esos hechos provoca un doble daño en la víctima, tanto físico si se trata de agresiones causando lesión o sin causarlas, o en expresiones como las que antes hemos señalado que profirió el recurrente y constan probadas, como psíquico, por afectar a la psique de las víctimas, no solo las expresiones que se profieren, sino el maltrato físico habitual viniendo del autor del que vienen los hechos, que no se trata de un tercero ajeno a las víctimas, sino de la pareja de la víctima, o el padre de las mismas, como aquí ocurre, lo que agrava el padecimiento de las víctimas de violencia de género y doméstica.***

El maltrato habitual produce un daño constante y continuado del que la víctima, o víctimas tienen la percepción de que no pueden salir de él y del acoso de quien perpetra estos actos, con la circunstancia agravante en cuanto al autor, de que éste es, nada menos, que la pareja de la víctima, lo que provoca situaciones de miedo, incluso, y una sensación de no poder denunciar. Ello provoca que en situaciones como la presente el silencio haya sido prolongado en el tiempo hasta llegar a un punto en el que, ocurrido un hecho grave, se decide, finalmente, a denunciar por haber llegado a un límite a partir del que la víctima ya no puede aguantar más actos de maltrato hacia ella y, en ocasiones, también, hacia sus hijos. Sin embargo, es preciso señalar y destacar en el caso que ahora nos ocupa que cuando esta decisión se adopta por la víctima se incrementa el riesgo de que los actos de maltrato pasen a un escenario de "incremento grave del riesgo de la vida de la víctima", ya que si ésta decide comunicar la necesidad de una ruptura de la relación, como aquí ha ocurrido, o le denuncia por esos hechos, o el más reciente, el sentimiento de no querer aceptar esa ruptura el autor de los mismos provoca que pueda llegar a cometer un acto de mayor gravedad, como aquí ha ocurrido. Y ello requiere en estos casos medidas de detección urgente del riesgo de que estos hechos puedan ocurrir cuando se denuncian hechos de maltrato".

[12] Centro de Documentación Judicial, Sentencia 2 de Abril de 2019. Número de resolución 184/2019

> Al igual que en la Resolución que hemos analizado, indican los Magistrados, respecto de la falta de denuncias por parte de la victima que "**en el maltrato habitual la inexistencia de denuncias previas no es entendible como una declaración no cierta o inexacta, o que la víctima falta a la verdad, ya que la existencia de denuncias previas no es un requisito sine qua non exigido en la valoración de la prueba de la víctima en el delito de malos tratos".**

IV. CONCLUSIÓN

Que es lo nuevo que introduce la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la Sentencia 658/2019, de 8 de enero ante situaciones en las que la sola declaración de la víctima de delito de malos tratos habituales sirve para enervar la presunción de inocencia del acusado? ¿Y que es lo que tan novedoso parece en la tardanza en denunciar una víctima de malos tratos habituales? Bajo mi humilde opinión, creo que absolutamente nada; como hemos visto, en la Sentencia que hemos analizado el concepto estrella es el de la Resiliencia, concepto que como hemos visto ha sido traído del mundo de la psicología y que se pretende adaptar al mundo de la jurisprudencia, aunque como he indicado es muy difícil que una víctima de malos tratos habituales, dicho con los debidos respetos, pueda ser Resiliente, es decir pueda haber superado con creces la situación de malos tratos habituales, saliendo indemne de esa situación.

Por lo tanto, y repito, con los debidos respetos, la Resiliencia en el mundo jurídico es un concepto ornamental que sirve para adornar Resoluciones porque dicho concepto en nada varía lo que anteriores Resoluciones expresaban sobre los términos que hemos analizado, por lo que una víctima de malos tratos habituales nunca será una persona Resiliente porque siempre va a necesitar asistencia psicológica, no para poder curarse en su totalidad de lo sufrido, sino para poder intentar desarrollar su vida de manera lo más normal posible.

V. BIBLIOGRAFÍA

Centro de Documentación Judicial. CENDOJ

GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J. El delito de malos tratos en el ámbito familiar: (LO 14/1999, de 9 de junio): problemas fundamentales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

JANOFF-BULMAN, R. Suposiciones Destrozadas. New York: The Free Press. 1992

LAM, N./CONTRERAS, H./CUESTA, F./MORI, E./CORDORI, J./CARRILLO, N. Resiliencia y apoyo social frente a trastornos depresivos en gestantes sometidas a violencia de género. Rev. Peru. Epidemiol, 12 (3), 2008, pp. 1-8.

LOUBAT, M./PONCE, P./SALAS, P. Estilo de apego en mujeres y su relación con el fenómeno del maltrato conyugal. Terapia Psicológica, 25(2), 2007, pp. 113-122.

RUIZ RODRÍGUEZ, Maria Adoración. Los Peligros de internet en menores. Redes sociales y violencia de genero entre adolescentes. Editorial Astigi, 2019, pp. 103-104

RUIZ VADILLO, E. Las violencias físicas en el hogar. Actualidad Jurídica Aranzadi, 326, 1998. pp. 1-20.

SAN MILLA FERNÁNDEZ, Bárbara. El delito de Maltrato Habitual. Editorial Tirant Online. 2017.

* * * * * *

M.ª Adoración Ruiz Rodríguez
Abogada. Colegiada 771 del Ilustre Colegio de Abogados de Talavera de la Reina (Toledo).
Socia de la FICP.

~Comentario de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 418/2020, de 21 de julio, principio *non bis in idem* y prisión permanente revisable~

Sumario.- I.- Introducción; II.- Principio *non bis in idem*; III.- Artículo 139.1.4º del CP: asesinato cometido para evitar el descubrimiento de otro delito; IV.- Cualificacion por la muerte subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. V.- Comentario sentencia 418/2020 de 21 de julio; VI.- Conclusiones; VII.- Bibliografia

I. INTRODUCCIÓN

De nuevo vuelve a sorprendernos la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con una Sentencia con dos votos particulares, que tras su lectura nos recuerda a la Sentencia 814/2020 de 5 de Mayo[1], de conocido como "caso Pioz", en la que de igual manera cambia el criterio que hasta ahora mantenía y valora la circunstancia para agravar el hecho dos veces: una para cualificar el hecho como asesinato y lo vuelve a valorar para hiperagravarlo; en esta Sentencia, al igual que ocurrió en la Sentencia del "caso Pioz" valora dos veces el delito contra la libertad sexual previo que se pretende ocultar con la muerte: primero para cualificar la muerte como asesinato del 139 por causarla para evitar que se descubra ese delito previo y a continuación para hiperagravar el hecho por ser la muerte posterior a un delito previo que es contra la libertad sexual, vulnerando, desde mi humilde opinión, el principio non bis in ídem.

Pero antes de adentrarnos en el comentario de la Sentencia, me gustaría hacer una pausa y dar unas pinceladas sobre el principio non bis in ídem, sobre el asesinato cometido para evitar el descubrimiento de otro delito y por último la cualificación del art. 140.1.2 del CP cuando la muerte se produce después de la comisión de un delito contra la libertad sexual

II. PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

El artículo 67 del Código Penal[2] actual recoge el principio non bis in ídem, invocándose con cierta frecuencia en los tribunales a los efectos de que una persona no

[1] Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 814/2020, de 5 de Mayo. Número Recurso 10461/2019. Ponente, Excmo Sr. Manuel Marchena Gómez.

[2] LO 1/2015, de 30 de Marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de Noviembre. BOE 31 de Marzo de 2015. Núm. 77

pueda ser castigada o penada dos veces por los mismos hechos.

El principio se configura como un derecho fundamental con una **doble dimensión material y procesal**:

La **material** impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos.

La **procesal** prohíbe, en un sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad del sujeto, hecho y fundamento.

El Tribunal Constitucional ha reiterado que el principio non bis in idem se configura como un **derecho fundamental**, integrado en el artículo 25.1 **de la Constitución Española**.

> **Artículo 25.1**: *«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.»*

La LO 1/2015 establece una tortuosa y asistemática relación de agravaciones escalonadas sobre el tipo básico de homicidio, brillando por su ausencia en el preámbulo y debates parlamentarios previos a la reforma las explicaciones sobre la oportunidad político-criminal de tales modificaciones.[3]

Tampoco existía una demanda consolidada en sede doctrinal que avalara las nuevas disposiciones. La ampliación que se efectúa con esta disposición del asesinato, por otro lado, contradice la tendencia actual de limitar el ámbito de aplicación de tales delitos en contra del ensanchamiento que históricamente han adoptado.

No procede, sin embargo, asumir que la reforma de los delitos contra la vida humana independiente fue erigida sobre consideraciones criminológicas neutras. Si bien el principal instrumento que se planteaba el creador de la norma para satisfacer las ocasionales demandas sociales punitivitas era la introducción una privación de libertad que posibilitara un encierro perpetuo, los supuestos sobre los que recae fueron considerados en torno a la morfología de los hechos acaecidos en años anteriores que habían despertado esa reacción colectiva.

Conforme a ello, se toma como criterio político-criminal la temibilidad y peligrosidad de los autores, asumiendo las circunstanciales reivindicaciones populares que denunciaban la irrecuperabilidad social de los responsables de estos delitos,

[3] ALONSO, M. Cuadernos de política criminal, 117, 2015, 5-49.

negando frente a ellos cualquier finalidad reinsertadora de las penas y pugnando por que estas asumieran una naturaleza inocuizadora que protegiera a la sociedad de su perversidad y retribuyera plenamente el daño causado. De hecho, dado el cariz que llegaron a tomar ciertos alegatos que en pos de esta pena se expusieron en sede parlamentaria, cabe entender que la misma responde a una emocionalidad vindicadora airada ocasionalmente por las clases populares, propia de un extralimitado y defectuoso entendimiento de la prevención general positiva, más que a cualquier otra finalidad con una mínima fundamentación empírica de rigor.

El legislador recoge, de tal modo, el testigo de las oleadas sociales y mediáticas punitivistas, positivizando esa mitologizada figura del homicida o asesino que representa ante la sociedad la pura esencia del mal, consternando ampliamente por un crimen que se considera monstruoso en buena medida por la indefensión e incluso candidez de las víctimas y la desdicha de sus familiares, por lo aberrante de las inclinaciones sexuales y violentas del sujeto o por la atemorizante capacidad de asesinar en repetidas ocasiones.

Huelga destacar, finalmente y como aclaración previa, que las circunstancias hipercualificadoras del asesinato recogidas en el art. 140.1 CP, conforme las hemos expuesto, operan también para cualificar el tipo básico de homicidio conforme al art. 138.2.a) que, si bien nominalmente no supondrá su conversión en asesinato, sí depararía la aplicación de la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico. De tal modo, se pasaría de los 10 a 15 años de prisión del homicidio *ex* art. 138.1 CP a un margen de 15 años un día a 22 años y seis meses, lo cual nos sitúa en un rango punitivo cuya hechura se ajusta en gran medida al del asesinato *per se*, coincidiendo el límite mínimo (con la diferencia de un día) y quedándose el límite máximo dos años y seis meses por debajo del de aquel delito.

En consecuencia, a continuación, vemos la interrelación de las circunstancias agravantes del artículo 140, sobre las que orbita el objeto de este epígrafe, con la circunstancia cualificante del delito de asesinato que aquí nos interesa.

III. ARTÍCULO 139.1.4º. ASESINATO COMETIDO PARA EVITAR EL DESCUBRIMIENTO DE OTRO DELITO

La LO 1/2015 introduce, respecto a los tres preexistentes desde la promulgación del Código penal de 1995, un cuarto elemento típico cuya concurrencia en un supuesto

de homicidio determinaría su elevación a asesinato: matar con el objetivo de facilitar la comisión de otro hecho delictivo o para evitar que se descubra.

Ello es importado del Código penal alemán, pero hemos de decir que este modelo es fuertemente criticado en el país bávaro por su fundamentación anacrónica en los postulados del nacionalsocialismo y en un modelo propio de un Derecho penal de autor conforme a la reforma de 1941, puesto que el precepto establece como asesinato la acción de dar muerte a una persona por el mero placer de matar, por impulso sexual, por codicia o móviles inferiores, alevosa o cruelmente o con medios generalmente peligrosos o adecuados para facilitar o encubrir la relación de otro delito.

Esta ampliación del precepto es problemática por cuanto añade un motivo que determina una fuerte cualificación que apareja un considerable aumento penológico (que pasa de los diez a quince años de prisión previstos en el tipo básico de homicidio a los quince a veinticinco estipulados para el asesinato) sin contener ninguna precisión que ofrezca luz sobre un desvalor añadido en la conducta material más allá del reproche social o moral que podría suscitar esa "instrumentalización" del homicidio para cometer otro acto que será penado correspondientemente.

De hecho, las reglas concursales ya permiten sin óbice alguno el castigo de los delitos intentados o consumados posteriores al homicidio.

El asunto se torna más problemático si tenemos en cuenta que el cuarto inciso del art. 139.1.4ª CP opera como foco creador de problemas concursales.

Por un lado, surge la duda respecto a si se subsumen en el ámbito de aplicación del precepto las situaciones en las que el homicida mata para facilitar la comisión de otro delito pero éste es cometido por un tercero. Pese a que la literalidad del precepto no aborde tales cuestiones, bajo el entendimiento de la propia lógica del mismo, que recoge un plus de reproche penal basado en la finalidad delictiva que de forma consustancialmente personal se plantea el agresor, lleva a entender que el art. 139.1.4ª no opera en aquél caso, pues esta agravación sólo se hará efectiva en caso ser el reo de homicidio quien busque la facilitación de la comisión propia de otro delito, en tanto la norma desvalora el *telos* delictivo individual.

Por otro lado, el segundo inciso del art. 139.1.4ª recoge una agravación que se fundamenta en el perjuicio que causa el sujeto activo del delito de homicidio a la Administración de Justicia, tratando de frustrar la persecución penal. Estamos

nuevamente ante una cualificación que no se somete a un aumento respecto al peligro o lesión del bien jurídico de la vida, sino que protege otro como es el buen funcionamiento de la Administración de justicia. Sin embargo, el fundamento de ello es débil puesto que como apuntan acertadamente Pantaleón Díaz y Sobejano Nieto[4], *si el injusto adicional fuera la lesión de los intereses de la Administración de justicia, deberíamos asirnos al canon hermenéutico del delito que paradigmáticamente castiga esta tipología de conductas, que es el de encubrimiento; y conforme al mismo, deberíamos imponer siempre la pena señalada al delito encubierto de tal modo que ésta nunca pueda superar a la prevista para el delito encubierto (art. 452 CP).* Sin embargo, con el régimen jurídico actual no se admiten ese tipo de consideraciones ínsitas en el respeto al principio de lesividad y proporcionalidad, operando por mero automatismo *ex lege* la agravación a asesinato sin ulteriores matices.

IV. CUALIFICACIÓN POR LA MUERTE SUBSIGUIENTE A UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

La hipercualificación que contempla el art. 140.1.2ª radica en la comisión de un delito contra la libertad sexual (en consonancia con Muñoz Conde[5], aquí entendemos comprehendidos por sistematicidad también los delitos contra la indemnidad sexual por cuanto el sujeto pasivo sea menor de 16 años) de forma previa a un asesinato. Es reprochable la enorme indeterminación y desajuste con el principio de proporcionalidad que se produce a través de la mención relativa a cualquier delito contra la libertad sexual, no imbricándose la comisión de cualquier otro delito mínimamente aflictivo contra bienes jurídicos individuales como pueden ser los cometidos contra la integridad moral o el aborto, además de que se debiera haber tenido en cuenta que el desvalor material y la penalidad de los delitos contra la libertad sexual presenta unos contornos muy amplios.

Además, si la razón político-criminal que subyace a esta hipercualificación era desincentivar el homicidio posterior a la agresión sexual para así evitar la identificación del responsable, debieran haberse incluido otros supuestos en que las víctimas de cada uno de los delitos sean diferentes pero se hallen vinculadas, como la violación de un menor o incapaz que no pudieran identificar al agresor seguida del posterior homicidio

[4] PANTALEÓN, M./SOBEJANO, N. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 29, 2016, pp. 213 – 237.

[5] MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal: parte especial, 2017.

de un eventual testigo de la primera acción delictiva que sí pudiera identificar al agresor.

Por un lado, conforme a este precepto se suscita la cuestión de la temporalidad de las acciones delictivas a analizar, surgiendo la duda relativa a en qué casos estaremos ante dos hechos considerados como acciones separables jurídicamente a través del concurso real y calificables conforme al art. 140.1.2ª CP, o cuándo estaremos ante un solo hecho con relevancia penal en el que se integra tanto un delito contra la libertad sexual como un delito de asesinato, dándose un concurso ideal.

Ejemplo de ello último fue un caso en el que la fiscalía pidió en primera instancia la aplicación de esta hipercualificación se planteó en la SAP de Sevilla de 6 de junio de 2017, confirmada en apelación por la STSJ de Andalucía de 12 de diciembre de 2017, pero modificada en casación por la STS 472/2018 de 17 de octubre.[6]

En este supuesto, el sujeto activo había realizado unos actos extremos sobre una víctima indefensa que había ingerido una cantidad alta de narcóticos que se subsumían tipo agravado de agresión sexual hipercualificado, consistente en violación *ex* art. 180.1 (en sus circunstancias 1, 3 y 5) Pero, a la vez, la brutalidad de esos actos había ocasionado la muerte por las fuertes hemorragias que produjeron los mismos, con lo que se planteaba un concurso ideal de delitos.

La SAP de Sevilla aplicó un concurso real calificando separadamente un delito de agresiones sexuales hiperagravado y otro de asesinato, entendiendo que no cabía la apreciación del art. 140.2 CP por motivos de tipicidad, en tanto fue solo una acción unitaria (las penetraciones típicas de violación que a su vez causaron heridas mortales) la que produjo el resultado antijurídico contra la libertad sexual y contra la vida (F.J. 10º). Por otro lado, el órgano vio inaplicable el art. 140.2 también por motivos de *bis in ídem*, al desvalorarse ya la acción contra la libertad sexual con identidad de sujeto, acción y fundamento *ex* art. 180.1 CP.

El TS, conociendo el caso en casación, aplica acertadamente el concurso ideal negando la operatividad del real, puesto que aunque la conducta a valorar ataque a dos bienes jurídicos individualizables y distintos (la libertad sexual y la vida), pero a través de un solo hecho unitariamente considerado conforme al art. 77 CP, pues estamos ante

[6] Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 472/2018, de 17 de octubre. Número de recurso 10149/2018. Ponente Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

distintas acciones pero ubicadas en un mismo espacio temporal y oportunidad única (STS 125/2018, de 15 de marzo).

Con base en todo lo anterior, entiendo que para que pueda ser aplicable la cualificación estudiada, deberá considerarse concluida la acción típica vulneradora de la libertad sexual antes del inicio de la homicida.

Por otro lado, de la simple lectura de este precepto se puede apreciar cómo se cierne nuevamente la sombra de otro concurso de leyes por cuanto la muerte de la víctima por parte del autor del delito contra la libertad sexual es proclive a ejecutarse con motivo de evitación de un futuro descubrimiento del delito inicialmente cometido (art. 139.1.4ª CP). Si ese caso se da en la práctica, nuevamente debemos acudir a las reglas del art. 8 CP, puesto que estaríamos ante un concurso de leyes entre los dos fundamentos agravatorios, cubriendo la aplicación de uno solo de ellos el desvalor del injusto, cuyo bien jurídico sería el interés legítimo del Estado en el esclarecimiento y persecución de los hechos delictivos; máxime de los que entrañan tal gravedad. Ello se deduce fácilmente de la redacción del art. 139.1.4ª, pero esa sencillez no se destila de la redacción del art. 140.1.2ª. La conclusión sobre ese bien jurídico que posibilita un espacio del injusto común debe extraerse considerando que el desvalor vertido sobre las acciones contra la libertad e indemnidad sexuales ya se produce con la aplicación (con la concurrencia pertinente de concursos, si procediere) de los tipos que específicamente castigan estas acciones, estando reservado el elemento hipercualificador aludido a desvalorar ese daño a la labor persecutoria penal del Estado (a la vez que el legislador pretendía introducir el citado desincentivo al homicidio tras el ataque sexual).

En este caso, entiendo que es aplicable el criterio de especialidad fijado en el art. 8.1, puesto que la mención del art. 140.1.2.ª CP hace referencia a una tipología de delitos tan específica como son los relativos a la libertad sexual (entendiéndose, como dijimos y por interpretación sistemática, también los relativos a la indemnidad sexual), recogidos en el Título VIII del Libro Segundo del Código penal, mientras que el art. 139.1.4ª CP efectúa una referencia genérica (la evitación del descubrimiento de "*otro delito*") en la que no concreta tipologías delictivas.

V. COMENTARIO A LA SENTENCIA 418/2020, DE 21 DE JULIO

El relato de los hechos es el siguiente, el acusado, abordo a la victima con la intención de mantener relaciones sexuales, contra su voluntad, con empleo de fuerza y un arma blanca y para doblegar su voluntad.

El acusado no logró su propósito, aunque si la despojó de varias prendas que llevaba, incluidas el sujetador, la camisa que vestía y consiguió bajarle hasta la altura de las rodillas las mallas y la ropa interior.

Tras constatar el acusado que no podía llevar a cabo su propósito, dada la fuerte oposición de la víctima y con el fin de evitar que ésta le denunciara por haberla intentado agredir sexualmente, la mató, logrando así que no se descubriera la comisión de los hechos.

El Tribunal del Jurado formado le condenó por un delito de asesinato y un delito de agresión sexual en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de actuar con su capacidad para controlar sus impulsos levemente afectada por padecer un retraso mental ligero y haber consumido alcohol y cocaína antes de la ejecución de los hechos por un delito de asesinato a la pena de prisión permanente revisable y accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y por el delito de agresión sexual a la pena de prisión de 8 años e inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y libertad vigilada por tiempo de 10 años conforme el art.1 92.1 del CP.

Recurrida en Apelación el TSJ estimó parcialmente el recurso interpuesto en el único sentido de condenar al acusado autor de un delito de asesinato con alevosía y sin ensañamiento, subsiguiente a un delito de agresión sexual en grado de tentativa y como medio para evitar que se descubriese la comisión de éste, concurriendo la misma atenuante y confirmando el resto de pronunciamiento.

Preparado recurso de casación ante el Tribunal Supremo, de entre todos los motivos, destacamos:

El motivo cuarto, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en relación a la agravación determinada por la alevosía.

Indica el Tribunal Supremo que *"la apreciación de la agravante de alevosía exige un equilibrado esfuerzo de ponderación que nos aparte de una conclusión*

exclusivamente formal, que excluya la alevosía cuando existan pruebas de la que la víctima tuvo la posibilidad de una infructuosa reacción defensiva o de autoprotección".

Recuerda que, para apreciar la agravante de alevosía, que convierte el homicidio en asesinato, hay que atender, no tanto al mecanismo del homicidio sino a la acción en su conjunto, debiendo fijarnos en el episodio homicida el que debe tener la catalogación de alevoso.

En el caso en concreto, señala el Tribunal Supremo que conviene reiterar que *la alevosía ha de referirse al acto concreto de dar muerte, no al inicial de acometimiento con la finalidad sexual, resulta erróneo el planteamiento de la sentencia inicial que defiende la alevosía fijándose en el inicial abordaje, repentino e inesperado, pero que no se dirigía a provocar la muerte inmediata mientras pervivía la sorpresa e incapacidad de reacción"*

Por lo tanto, al poner el acento la Sentencia inicial en el primer abordaje sorpresivo, dicha agravante no puede construirse en el delito de homicidio.

La Sentencia dictada en apelación cambia la perspectiva, pero tampoco llega a definir la indefensión que supone la agravante.

Concluye este motivo con una estimación parcial, puesto que conforme indica el Tribunal Supremo no existe prueba inequívoca de que alcanzase la intensidad para colmar las exigencias de la alevosía.

Ahora bien, una vez que es suprimida la alevosía, cabe analizar si puede apreciarse agravación por abuso de superioridad, al ser esta compatible con la agravante de alevosía y así tenerlo declarado en numerosas resoluciones, puesto que, desde la perspectiva del principio acusatorio, la agravante de abuso de superioridad no le vulnera al tratarse de una alevosía menor o imperfecta que participa en la estructura del precepto 22.1, pero sin llegar al grado de indefensión exigido para la alevosía.

Por lo tanto, al no haberse podido definir la indefensión que exige la agravante de alevosía si concurre la agravante de abuso de superioridad.

Una vez desparecida la alevosía, debemos valorar los motivos decimo tercero y decimo cuarto, esta situación hace redefinir la calificación del delito de asesinato, haciéndola depender exclusivamente del apartado 4º del art. 139.1 del CP, esto es "*para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra".*

Una vez que se ha llegado a este punto en el que, como hemos dicho, ha desaparecido la alevosía, el Tribunal Supremo debe dar respuesta a uno de los mayores problemas que plantea el legislador con la redacción de la LO 1/2015, de 30 de Marzo, que dio una nueva redacción a la regulación histórica de los delitos contra la vida, nos estamos refiriendo a la pena de prisión permanente revisable que ha sido resucitada del Código Penal del año 1848.

En el supuesto, de lo que se trata es de dar respuesta al interrogante acerca de si la intencionalidad reduplicada que anima al autor puede justificar la imposición e la pena más grave de nuestro sistema, todo ello sin erosionar los principios que informan la aplicación del derecho penal.

Pues bien, el legislador convierte el homicidio en asesinato cuando concurren varias circunstancias, que por todos son conocida, pero entre ellas y al supuesto que nos atañe, cuando se facilita la comisión de otro delito o para evitar su descubrimiento (art. 139.1. 4 CP), pero además impone la pena de prisión permanente si le ha antecedido un delito contra la libertad sexual (art. 140.1.2 CP), y es en este momento en el que nos encontraríamos en presencia de la prohibición del bis in ídem, en la medida en que, si la muerte es subsiguiente a la agresión sexual, lo lógico es buscar evitar su descubrimiento (art. 139.1.4 CP).

Ahora bien, de todos aquellos asesinatos cualificados por haber servido como instrumento para facilitar la comisión de otros o evitar que se descubra un delito precedente, el legislador ha estimado que si el delito inicial es un delito contra la libertad sexual, la respuesta sexual es más severa.

Dicho lo anterior, la Sala Segunda del Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación promovido por el acusado, revocando la Sentencia y condenando al acusado por un delito de asesinato (arts. 139.1.4 y 140.1.2.CP) con agravante de abuso de superioridad y un delito de agresión sexual en grado de tentativa de los arts. 178.180.1.5,16 y 62 del CP, manteniendo el resto de pronunciamientos, esto es condenando por la pena más grave, la pena de prisión permanente revisable.

Dos votos particulares, tiene la Sentencia que acabamos de ver, que en síntesis explican que no niegan la compatibilidad de aplicar el art. 140.1.2 del CP cuando exista un delito anterior contra la libertad sexual y la muerte se haya cometido para evitar su

descubrimiento (art. 139.1.4º CP), pero lo que exige lógicamente es que se justifique la autonomía de la circunstancia para que tenga esa doble eficacia de agravación.

Es decir que tengan un fundamento distinto y autónomo puesto que si tienen el mismo fundamento o no hay fundamento no pueden concurrir a la vez y tener eficacia de agravación dos veces.

Para dar solución al problema es fundamental identificar el fundamento de ambas agravaciones y proyectarlo en una disciplina concursal.

Como hemos visto en el apartado IV de este artículo, nos hemos referido tras la aplicación de esta hipercualificación a los concursos, y vimos como la AP Sevilla condeno por un concurso real pero el TS revocó Sentencia condenando por concurso ideal; lógicamente no hablamos del mismo supuesto, pero si estos votos particulares refieren el concurso real, en el que plenamente estoy de acuerdo, indicando que la calificación correcta sería delito de homicidio agravado por la concurrencia de una de las agravantes del art. 140.1 en concurso real con un delito sexual, pero claro esta tesis no es compatible con la dicción del art. 139.1.4º, puesto que la pena mengua cuando no es un delito sexual y no es coherente con la voluntad del legislador que se establece en el art. 140.1.2 del CP.

Consideran por tanto que los hechos deben ser calificados como delito de asesinato del art.139.º y por separado debe castigarse por un delito contra la libertad sexual, entendiendo que ambas calificaciones gozan del mismo grado de especialidad, siendo el principio de alternatividad (art. 8.4 CP) en que daría solución a la coyuntura planteada.

Por lo tanto, en el supuesto que se plantean, convienen que, al concurrir la agravante de abuso de superioridad, además de la atenuante que ya hemos renombrado la pena a imponer sería la de 17 años de prisión en adelante y atendiendo a la pena de prisión de 8 años para el delito sexual, se quedaría un cumplimiento máximo definitivo de 25 años[7].

[7] Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo 418/2020, de 21 de Julio, número procedimiento 10703/2019, siendo Ponente Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez.
Cuenta con dos votos particulares, Excmo. Sr. Antonio del Moral García y Don Andrés Palomo del Arco.

VI. CONCLUSIONES

Como hemos visto, la pena de prisión permanente revisable, la mas grave de nuestro arsenal punitivo ha sido nuevamente resucitada del Código Penal de 1848, pero sin que el legislador dé ningún atisbo respecto de la misma, creando desde nuestra humilde opinión una gran inseguridad jurídica.

Entendemos, como en el presente supuesto que, cuando a un delito contra la vida, concurriendo la agravante de facilitar la comisión de otro delito o evitar el descubrimiento de otro delito le precede un delito contra la libertad sexual es necesario que se justifique la autonomiza de la agravación para que tenga la doble eficacia y evitar caer en las prohibiciones del bis in ídem.

Es necesario, pero siempre desde nuestra humilde opinión que el fundamento de esta doble agravación descanse sobre los fundamentos de la disciplina concursal, y así pues si como consecuencia de un delito sexual se produce un delito contra la vida, la regla concursal sea la del concurso ideal, entendido este como que a partir de una única acción se produzcan varios resultados pero ubicada en un mismo espacio temporal y oportunidad única y si se produce un delito contra la vida al cual antecede un delito de naturaleza sexual ambos se penen conforme a las reglas del concurso real, siendo el principio de alternatividad el que nos ayudaría en este supuesto a solventar la disyuntiva.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, M. La Reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015. Cuadernos de política criminal, 117, 2015, pp. 5-49.

MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal: parte especial, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

PANTALEÓN, M./SOBEJANO, N. El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: La propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 2016.

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 814/2020, de 5 de Mayo. Número Recurso 10461/2019. Ponente, Excmo Sr. Manuel Marchena Gomez

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 472/2018, de 17 de octubre. Número de Recurso 10149/2018. Ponente Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo 418/2020, de 21 de Julio, número procedimiento 10703/2019, siendo Ponente Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez.

* * * * * *

Joana Ruiz Sierra

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

~Declaración del menor de edad en el proceso penal tras la sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda 579/2019~

Resumen.- La declaración en el proceso penal de las víctimas menores de edad y con discapacidad, conforme a las previsiones legales y a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda 579/2019. El principio de contradicción, de defensa y la revictimización secundaria.

Sumario.- I. Introducción. II. Estatuto de la Víctima y normativa específica, relativa a los menores de edad. III. Derecho a participar en el proceso penal del menor o discapaz. IV. Declaración de la víctima menor de edad. Disposiciones normativas. 1. La capacidad para testificar/declarar del menor de edad. 2. Estatuto de la Víctima del Delito. 3.Fase de investigación: artículos 433 y 448 Lecrim. 4. Fase de enjuiciamiento: artículos 707 y 731bis Lecrim. V. Declaración de la víctima menor de edad tras la sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda 579/2019. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Es una realidad que tras el descubrimiento de hechos de carácter delictivo, la víctima, y por ende el menor o persona con alguna discapacidad, prestará declaración durante la instrucción, que solo tiene carácter investigatorio y en el desarrollo del juicio aquí bajo los principios de publicidad (salvo excepciones debidamente motivadas), contradicción (entre las partes implicadas) e inmediación (ante el Juez o Tribunal sentenciador), que finaliza con una sentencia condenatoria, o todo lo contrario, absolutoria (por no destrucción de la presunción de inocencia). Por lo que al menos en el ámbito judicial deben declarar en dos ocasiones. En palabras de GONZÁLEZ ÁLVAREZ/ MUÑOZ VICENTE/ SOTOCA PLAZA/MANZANERO PUEBLA *"Esta sobreexposición a distintas evaluaciones-entrevistas suponen una reexperimentación continuada de emociones negativas y una sensación de descrédito (desconfianza), si se pone en cuestión su testimonio, que afecta a su autoestima y puede crearle sentimientos de culpa"*.[1]

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito[2] (LEVD), en su Preámbulo (III) expone que esta ley nace con la "*vocación de ser un catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales de las víctimas"*, también por ello de las más vulnerables, "*como son los menores o las personas con discapacidad necesitadas*

[1] GONZÁLEZ ÁLVAREZ/ MUÑOZ VICENTE/ SOTOCA PLAZA/ MANZANERO PUEBLA, Papeles del Psicólogo, 34(3), 2013, pp. 227-237 (20.02.2020)

[2] Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado, 28 de abril de 2015. (15.02.2020) https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606)

de especial protección" [3].

El interés superior del menor de edad preside cualquier decisión del Juez en o para la adopción o no de las medidas del Título III "*Protección de las víctimas*". Una de las cuestiones más controvertidas, es si "*la declaración del menor víctima del delito como prueba anticipada durante la fase de instrucción le exime de prestar declaración como testigo en el acto de juicio oral*[4]*"*.

En el presente estudio me voy a detener en los medios articulados por nuestro legislador y reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de las víctimas menores de edad cuando se les reciba declaración o deban declarar en el juicio oral para evitar la victimización secundaria, en relación con el principio de contradicción, de defensa y con el interés superior del menor.

II. ESTATUTO DE LA VÍCTIMA Y NORMATIVA ESPECÍFICA, RELATIVA A LOS MENORES DE EDAD[5].

El Estatuto de la Víctima, transpone la Directiva 2012/29/UE[6], que a su vez ha sido objeto de desarrollo mediante Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito[7].

La Exposición de Motivos de LEVD nos dice que la definición de víctima es omnicomprensivo, porque se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico,

[3] Preámbulo III final … *No obstante la vocación unificadora del Estatuto y las remisiones a la normativa especial de ciertos colectivos de víctimas, que verían ampliada su asistencia y protección con el catálogo general de derechos de la víctima, ante la ausencia de una regulación específica para ciertos colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad, se pretende otorgarles una protección especial en este texto mediante la transposición de otras dos Directivas recientes: la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo*

[4] HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (Dir), 99 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, 2009, pp. 161 y ss

[5] En este capítulo he seguido mi trabajo: RUIZ SIERRA, J, Foro-FICP-Tribuna y Boletín de la Fundación Internacional Ciencias Penales (FICP), 2017-1, pp. 972-126

[6] (25.02.2020) Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029

Para una mejor compresión de esta Directiva y lo que supone para la víctima, véase CAMARENA GRAU, S., Módulo II. La Justicia Restaurativa. 2013, pp. 5-35

[7] (25.02.2020) https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-14263)

moral o económico como consecuencia del delito (de cualquier delito). En su artículo 2 nos ofrece un concepto general que se acerca al de perjudicado como persona física y diferencia víctimas directas de las indirectas. Considera víctima directa al ofendido, al sujeto pasivo del delito, titular del bien jurídico lesionado por la infracción. Y considera víctima indirecta a ciertas personas vinculadas con la víctima por lazos familiares o afectivos.

Por lo que podemos concluir que el Estatuto de la víctima, incluye solo a las víctimas del delito, personas físicas, sean sujeto pasivo o perjudicado por el delito, diferenciando para el caso de fallecimiento o desaparición, a las víctimas indirectas[8] de las directas. Por otro lado, el artículo 2 apartado b) LEVD "*tienen consideración de víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona, el cónyuge, conviviente y los hijos, progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo la guarda de la víctima y personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. Aclara el precepto que, en caso de no existir los anteriores, se considerarán víctimas indirectas a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima*[9]*".*

Los derechos que recoge esta Ley se aplicarán a todas las víctimas de delitos ocurridos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de la nacionalidad de la víctima, de si son mayores o menores de edad o de si disponen o no de residencia legal[10].

El marco legal español de protección a las víctimas menores de edad, al cual el propio Estatuto de la Víctima alude en su preámbulo y articulado[11], esta formado principalmente por**[12]**:

[8] Según la Exposición de Motivos de la Ley 4/2015 la inclusión del concepto de víctima indirecta, de alguno de sus supuestos, no viene impuesto por la norma europea, sino por otras normas como la Convención de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra la desapariciones forzadas

[9] ARROM LOSCOS, R., Riedpa.com (Revista Internacional de estudios de derecho Procesal y Arbitraje), 3, 2015

[10] Artículo 1 LEVD y artículo 1.2 del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito

[11] Preámbulo II LEVD, artículo 24 LEVD, artículo 14.4 del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre

[12] Véase a ARROM LOSCOS, R., Riedpa.com (Revista Internacional de estudios de derecho Procesal y Arbitraje), 3, 2015.

- Ley Orgánica de protección jurídica del menor, tras la redacción conferida por las leyes 8/2015 y 26/2015 de sistemas de protección a la infancia y a la adolescencia (LOPJM)[13]
- LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de peritos y testigos en causas criminales[14].
- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo)
- LO 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica, por la que se introdujo el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
- LO 8/2006, de 4 de diciembre por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORRPM), en cuya Exposición de Motivos dedica una atención especial a las víctimas menores de edad y sus derechos (por ejemplo se prevé expresamente que "*el Juez debe acordar que se evite la confrontación visual del menor víctima de delitos contra la libertad e indemnidad sexual con el inculpado"*, etc.)
- Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

III. DERECHO A PARTICIPAR EN EL PROCESO PENAL DEL MENOR O DISCAPAZ.

El menor y la persona discapaz tienen derecho a participar en el proceso en función de su "*edad, madurez o evolución personal"*, que debe estar presidido por el principio de su "*interés superior"*[15] (artículo 2.2 b Ley Orgánica de Protección Jurídica

[13] Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17/01/1996

[14] BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1994 (15.02.2020) https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-28510

[15] Para ampliar este concepto, derecho y principio, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, I., Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2, 2012, pp 89-108

del Menor), "*la supremacía del interés del menor"* (artículo 11.2 a Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

La víctima (sin distinción, menor, discapaz o no) "*debe ser molestada lo menos posible"*[16], y por ello se le reconoce los siguientes derechos en el Estatuto de la Víctima:

1.- A que la declaración se realice:

a) *"Sin dilaciones"* (artículo 21.a LEVD).

b) *"El menor número de veces*" (artículo 21.b LEVD).

c) *"En dependencias especialmente concebidas"* (artículo 20 y 25.1.a LEVD)

d) *"Ante profesionales que hayan recibido formación específica"* (artículo 25.1.b LEVD).

e) *"Ante la misma persona salvo que ello pueda entorpecer el proceso o la declaración deba tomarla directamente un Juez o Fiscal"* (artículo 25.1.c LEVD).

f) *"Ante persona del mismo sexo, cuando así lo solicite, en los delitos de violencia doméstica o de género, contra la libertad sexual salvo que ello pueda entorpecer el desarrollo del proceso o debe tomarse la declaración por un Juez o Fiscal"* (artículo 25.1.c y d LEVD).

2.- "*A ser sometida a los reconocimientos médicos imprescindibles"* (artículo 21.d LEVD).

3.- "*A estar acompañada en toda diligencia por su representante legal o persona de su elección salvo que se resuelva lo contrario motivadamente"* (artículo 4.c y 21.c LEVD)

4.- "*A que se evite la confrontación visual con el infractor o sospechoso"* (artículo 20 LEVD).

5.- "*La prohibición de preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia para la prueba del hecho punible, salvo que la autoridad judicial estime necesario"* (artículo 25.3 LEVD)

[16] SUBIJANA ZUNZUNEGUI/ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Anuario de Psicología Jurídica, Vol. 28, nº 1, 2018, pp. 22-27.

6.- "*A la devolución inmediata de efectos salvo supuestos excepcionales"* (Artículo 18 LEVD y nueva redacción artículo 334 LECrim).

> "*En caso de que se remitan o comuniquen resoluciones a la Oficina de Comunicación con arreglo al Protocolo de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial de 22 de julio de 2015, deberá indicarse que la resolución remitida contiene datos sensibles que afectan a víctimas objeto de protección.*
>
> *En cuanto a la ocultación domicilio y demás datos personales, la autoridad o funcionario deberán valorar esta posibilidad tras evaluar a la víctima. En todo caso, cualquier restricción de publicidad para las restantes partes relativa a los datos de filiación o domicilio de las víctimas requerirá autorización judicial, como se desprende del artículo 2 de la LO 19/1994 de Protección de Peritos y Testigos al que se remite expresamente el artículo 25.3º LEVD. Adoptada la decisión es recomendable la formación de una pieza separada reservada donde consten los datos que puedan facilitar su identificación.*
>
> *El derecho a impedir la difusión de información que afecte a su privacidad, evitar que se puedan conocer datos que permitan la identificación de las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección, se encomienda a los jueces, fiscales, autoridades y funcionarios de la investigación (artículo 22 LEVD)".* [17]

IV. DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD. DISPOSICIONES NORMATIVAS.

Con carácter general, corresponde a la Fiscalía velar por el cumplimiento del derecho de protección del menor de edad, "*…adoptando las medidas adecuadas al interés superior del mismo cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso…"* (artículo 19 segundo párrafo LEVD). En definitiva, "*deberán extremarse las precauciones para evitar la victimización secundaria"*[18].

1. La capacidad para testificar/declarar del menor de edad.

La capacidad para ser testigo en el proceso penal a diferencia del civil[19] es muy amplia, cualquier menor sea cual sea su edad puede declarar ante el Juez. Únicamente el artículo 417.3º Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim) prevé que "*no podrán ser obligados a declarar como testigos los incapacitados física o moralmente".*

2. Estatuto de la Víctima del Delito.

[17] En este capítulo he seguido mi trabajo: RUIZ SIERRA, J, Foro-FICP-Tribuna y Boletín de la Fundación Internacional Ciencias Penales (FICP), 2017-1, pp. 972-126

[18] MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA/SÁEZ RODRÍGUEZ/ MARTÍNEZ TRISTÁN/DÍAZ ABAD, Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos, 2018, p. 178

[19] Artículo 361.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente*

El artículo 26 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, acuerda que en las declaraciones judiciales de las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas de protección respecto de cualquier víctima (ya indicadas supra y recogidas en el artículo 25LEVD) se observarán, dos medidas concretas de protección adicional que recoge este artículo:

> *"a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*
>
> *b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos".*

Unido a lo anterior, está el derecho a ser entendido o entendida (artículo 4.LEVD) y el derecho a ser oído garantizado en el artículo 12.2 de la Convención de derechos del Niño[20] y en el artículo 10.1 de la Directiva 2012/29[21], donde "*los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba. Cuando una víctima menor haya de ser oída, se tendrán debidamente en cuenta la edad y la madurez del menor."*

Ante los Tribunales, cuando por las circunstancias del caso concurra un serio de peligro para la integridad del menor, el derecho de las partes a la utilización probatoria de la información que puedan aportar los menores, debe ceder en atención al principio de protección de su superior interés, así se recoge en el artículo 2.4 la L.O 1/96, reformada por la L.O 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al prevenir, mediante una fórmula de ponderación de intereses, *"en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir."* Si bien como veremos ello debe reconsiderarse e interpretarse conforme a la nueva sentencia del Tribunal Supremo 579/2019.

El menor que no esté capacitado para declarar o, teniendo aptitud para hacerlo, cuando su acceso al proceso, *provoca un riesgo de victimización, el interés superior del*

[20] Artículo 12.2. "*Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropia-do, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*."

[21] (29.02.2020) https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf

menor justifica que no acceda al proceso penal como fuente de prueba de un delito del que se afirma es víctima. O que la información que pueda ofrecer estas víctimas lo sea a través de expertos, mediante concentración de actuaciones, la grabaciones de las declaraciones, no acudir al juicio oral[22].

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Worwa contra Polonia, de 27 de noviembre de 2003, se recuerda que "*el sometimiento de una persona (aun acusada) a pericias psiquiátricas-psicológicas y el acceso a datos sobre su salud mental o su vida personal puede constituir un atentado a su derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 CEDH, lo que reclama de las autoridades una especial diligencia a la hora tanto de ordenarlas como de practicarlas en condiciones que respeten en lo posible el contenido esencial de tal derecho*"[23].

Igualmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) Sentencia de 16 de junio de 2005, "caso Pupino", donde la víctima era una menor de cinco años de edad *"… la utilización como prueba de las declaraciones prestadas en fase de investigación no es incompatible con las exigencias del proceso justo, siempre que se respeten los derechos de defensa, que exigen que el acusado o su letrado hayan tenido, durante la tramitación del procedimiento, la oportunidad de interrogar al testigo de cargo…"* ello por cuanto el acusado alegaba que no había podido interrogar a la menor directamente, pero sí había podido hacerlo con los expertos que interrogaron a la víctima menor de edad durante la instrucción, grabándose dicha declaración y sin que la defensa solicitara una ampliación[24].

3. Fase de investigación: artículos 433 y 448 Lecrim.

Resulta esencial en la materia los artículos 433 y 448 de la Ley Enjuiciamiento Criminal. Los menores de edad y las personas con capacidad judicialmente modificada, cómo deben declarar y permitiendo la preconstitución probatoria.

Nuestro legislador aconseja la intervención de expertos, normalmente son miembros de los equipos psicosociales adscritos al órgano judicial.

Evitar la confrontación visual entre los implicados.

[22] SUBIJANA ZUNZUNEGUI/ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Anuario de Psicología Jurídica, Vol. 28, nº 1, 2018, pp. 22-27 (29.02.2020).
[23] AAP, Penal sección 4 del 25 de julio de 2012 (ROJ: AAP T 931/2012 - ECLI:ES:APT:2012:931A)
[24] HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (Dir), 99 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, p. 165-166

Grabación de la declaración. La grabación de la declaración por medios audiovisuales, lo es con la finalidad de que puedan ser reproducidas en el juicio oral.

El artículo 433 penúltimo y último párrafo de Ley Enjuiciamiento Criminal con relación a la declaración de los menores acuerda (la negrita es propia):

> *"… el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de* ***madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal.*** *Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los* ***expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima****. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para* ***facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible****.*
>
> *El Juez ordenará la* ***grabación*** *de la declaración por medios audiovisuales."*

El artículo 448 Ley Enjuiciamiento Criminal reitera que la declaración pueda "*llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba*."

4. Fase de enjuiciamiento: artículos 707 y 731bis Lecrim.

En el juicio oral, el artículo 707 de la Ley enjuiciamiento Criminal en su párrafo segundo, recoge que la declaración del menor de edad o con discapacidad se realice "… *evitando la confrontación visual …con el inculpado "*y como complemento el artículo 731bis del mismo texto legal que puede emplearse para ello la videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultanea de la imagen y el sonido[25]:

> *(…) La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia,* ***evitando la confrontación visual de los mismos*** *con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado* ***cualquier medio técnico*** *que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.*

V. DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA SEGUNDA 579/2019.

La sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda 579/2019, de 26 de noviembre

[25] Véase el artículo 325 final de la Lecrim y artículo 229.3 LOPJ

de 2019[26] falla haber lugar al recurso de casación declarando la nulidad del juicio oral, de la sentencia y de la resolución sobre admisión de prueba mandando retrotraer el procedimiento para que la causa sea nuevamente juzgada, recordando que:

> "*la regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador* (principio de inmediación) *y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando, así el derecho de defensa"*.

Ello porque el tribunal sentenciador no admitió la declaración de la víctima menor de edad cuando ocurren los hechos que se juzgan (13 años) y también cuando se celebró el juicio oral (17 años), víctima de abuso sexual para evitar su victimización secundaria.

Esta sentencia con alusión a otras anteriores reitera que el hecho de que la víctima sea un menor de edad no autoriza ni debe limitar las garantías que informa la valoración de la prueba en el desarrollo del proceso penal, analiza el principio de contradicción y de defensa.

Del principio de contradicción que recordemos rige no solo en la fase de enjuiciamiento también en fase de instrucción, afirma que la plena contradicción solo es posible en el juicio oral, por cuanto solo en ese momento se conoce ya toda la investigación y la acusación formulada sobre la base de la citada investigación:

> *(…) "Incide la doctrina en este punto señalando que el contradictorio ofrece la posibilidad de un intercambio dialéctico en el que hay un control plural sobre las preguntas y las respuestas, y en el que los factores distorsionantes son transparentes, se compensan, se eliminan, se reconocen. Ese intercambio, desde la perspectiva del derecho de defensa, no es equivalente cuando la declaración es indagatoria que cuando tiene lugar en el plenario"*

Enumera veinte conclusiones que deben cumplirse en esta materia para prescindir de la declaración del menor en la sesión oral, si bien, el aserto principal se contiene en el número 20:

> *Cuando se lleve a cabo un uso motivado y fundado del derecho de las víctimas a no declarar en el plenario por el Tribunal por haberse conformado la prueba preconstituida y con posterior informe técnico, o razones fundadas y apreciadas motivadamente por el Tribunal, atendido el caso concreto, que aprecie la victimización, esta motivación del Juez o Tribunal, bien en el auto de admisión de prueba, bien en cualquier otro momento posterior, no se entenderá invadido y afectado el derecho de la defensa a interrogar a los menores en el plenario.*

[26] STS, Penal sección 1 del 26 de noviembre de 2019 (ROJ: STS 3857/2019- ECLI:ES:TS:2019:3857) ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

Reitera la sentencia que no se trata de una confrontación entre los derechos de la víctima menor de edad con los del acusado, sino "*de un ejercicio de ambos derechos por sus cauces correctos y sin provocar merma alguna en los mismos por un uso incorrecto de uno de ellos que cause perjuicio al otro"***.**

VI. CONCLUSIONES.

De la anterior regulación observamos que la preconstitución de la prueba, caso de menores y discapaces en la fase de instrucción se favorece, regulando como realizarla para lograr salvaguardar el principio de contradicción y defensa. Se alude a la grabación cuyo fin no puede ser otro que su reproducción en un momento posterior, pero ciertamente en ningún precepto de la Lecrim se determina que ello signifique que no deba el testigo menor o discapaz declarar en la sesión oral. La LEVD, sí refiere expresamente que la grabación de la declaración en la instrucción sea reproducida en el enjuiciamiento, pero como una posibilidad (podrán) y de acuerdo con la Lecrim.

En la fase de enjuiciamiento, vemos que la regulación va encaminada a evitar la confrontación visual del menor víctima con el presuntamente acusado de ello. Pero no se refiere a la reproducción de la grabación evitando que nuevamente declare el menor, sino a medios tecnológicos como la videoconferencia.

En mi opinión con la aprobación del LEVD el legislador hizo una apuesta decidida por la prueba anticipada en esta materia, realizada con la garantías necesarias evitando la declaración del menor en el plenario, evitando someter al mismo o a la misma a un ambiente hostil como es el plenario, a un estrés o sufrimiento emocional, amén de las tan aludidas razones epistémicas[27], "*cercanía de la declaración con los hechos delictivos, evitar contaminación, la realización de la misma en lugar adecuado y por medio de expertos, generalmente psicólogos o psicólogas infantiles, y con todas las partes implicadas y dirigida por el juez instructor, evitando la confrontación visual (Cámara Gessel)"*.

Con la sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda 579/2019, de 26 de noviembre de 2019 (y a las que en ella se aluden) queda patente que resulta contrario a las garantías procesales un tratamiento unitario para todos los menores de edad y todas las personas con discapacidad física o psíquica en esta materia objeto de esta comunicación, porque pueden presentarse variadas situaciones: víctimas de corta edad,

[27] HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (Dir), 99 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, p. 164.

víctimas con problemas de comunicación, etc. es necesario estar a la situación concreta y evitar automatismo.

Con la sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda 579/2019, de 26 de noviembre de 2019 (y a las que en ella se aluden) se muestra el camino de cuándo y cómo no es necesario que los menores o discapacitados declaren en el juicio oral ello sin mermar los derechos de las partes implicadas, cómo garantizar sus derechos y del resto de las partes, cómo evitar la victimización secundaria.

A la vista de la citada sentencia para la no declaración del testigo menor de edad en el juicio oral, se puede concluir que:

– se debe estar siempre al caso concreto

– la minoría de edad sin mayor justificación o fundamento, no es suficiente "*per se*" debe valorarse la madurez del mismo/misma y demás condiciones concretas de su personalidad

– debe valorarse la edad de la víctima en el momento de la declaración en el plenario

– debe valorarse si las nuevas tecnologías, tal y como se recogen en nuestra legislación, permiten la protección de los derechos de la víctima y de defensa del acusado

– debe haberse preconstituido la prueba en instrucción con todas las garantías, de defensa y contradicción de los implicados, con presencia del Juez instructor

– dicha prueba anticipada no significa una renuncia de las partes a su interrogatorio en el juicio oral

– se exige un plus, en modo de razones fundadas y explícitas para evitar la victimización secundaria que supone para el menor víctima el comparecer y verse nuevamente sometido al interrogatorio de las partes en el juicio oral

– ello, debidamente plasmado en un posterior informe técnico que así lo aconseje o por la concurrencia de circunstancias a ponderar por el Tribunal juzgador que avalen esa razón de no admitir dicha prueba,

– trasladado a un auto motivado de no admisión de la mencionada declaración, bien en el auto de admisión a prueba o en un momento posterior.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ARROM LOSCOS, R., La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Riedpa.com (Revista Internacional de estudios de derecho Procesal y Arbitraje), 3 diciembre, 2015 (26.02.2020) www.riedpa.com

CAMARENA GRAU, S., Módulo II. La Justicia Restaurativa. Valencia: Alfa Delta Digital, 2013,

GONZÁLEZ ÁLVAREZ/ MUÑOZ VICENTE/ SOTOCA PLAZA/MANZANERO PUEBLA, Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables, Papeles del Psicólogo vol. 34(3), 2013

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (Dir), 99 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, Madrid, Formación Continua, CGPJ, Madrid, 2009

MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA/SÁEZ RODRÍGUEZ/ MARTÍNEZ TRISTÁN/DÍAZ ABAD, Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos, CGPJ, Madrid, noviembre 2018.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., El interés superior del niño: concepto y delimitación del término, Educatio Siglo XXI, Vol. 30, n.º 2, 2012.

RUIZ SIERRA, J, Estatuto de la víctima del delito: aspectos procesales, Foro-FICP-Tribuna y Boletín de la Fundación Internacional Ciencias Penales (FICP), 2017-1, 2017.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI/ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las garantías Jurídicas de los Acusados, Anuario de Psicología Jurídica, Vol. 28, n.º 1, 2018. (29.02.2020) https://journals.copmadrid.org/apj/art/apj2018a1

www.boe.es

https://europa.eu/european-union/law/find-legislation_es

www.poderjudicial.es

* * * * * *

José Ramón San Román Carneros

Abogado, Leioa, Vizcaya. Socio de la FICP.

~Posición de la jurisprudencia acerca de los aspectos sustanciales civiles en la violencia sobre la mujer~

Sumario.- I.— Introducción. II.— Recopilación de la jurisprudencia reciente (Primer Semestre 2019) en la materia. 1.— Audiencia Provincial de Alicante, Sección 1ª, sentencia 57/2019 de 31 de enero de 2019. 2.— Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1ª, sentencia 201/2019 de 2 de mayo de 2019. 3.— Audiencia Provincial de Asturias, Sección 3ª, sentencia 6/2019 de 9 de enero de 2019. 4.— Audiencia Provincial de Asturias, Sección 3ª, sentencia 199/2019 de 9 de mayo de 2019. 5.— Audiencia Provincial de Ávila, sentencia 56/2019 de 16 de mayo de 2019. 6.— Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2ª, sentencia 43/2019 de 1 de marzo de 2019. 7.— Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª, sentencia 3/2019 de 11 de febrero de 2019. 8.— Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1ª, sentencia 12/2019 de 21 de marzo de 2019. 9.— Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3ª, sentencia 55/2019 de 8 de abril de 2019. 10.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, sentencia 388/2019 de 4 de junio de 2019. 11.— Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2ª, sentencia 65/2019 de 20 de febrero de 2019. 12.— Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4ª, sentencia 19/2019 de 6 de mayo de 2019. 13.— Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 4ª, sentencia 129/2019 de 2 de abril de 2019. 14.— Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, sentencia 103/2019 de 28 de mayo de 2019. III.— Síntesis de la doctrina civil en la jurisprudencia analizada. 1.— Responsabilidad civil. a) Indemnización de los perjuicios. 1) Evaluación y cuantificación. 2) Perjudicados. 3) Baremo de tráfico. b) Daño moral. 1) Concepto. 2) Prueba. 3) Relación de causalidad. IV.— Conclusiones. V.— Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy por hoy, la violencia de género se percibe socialmente con grave preocupación y alarma. La atención de los medios informativos es muestra de ello, como también lo son los movimientos de protesta social que se generan ante cualquier agresión. Como prueba de ese sentir l, destacamos, dado que no es frecuente, que el pasado año el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad la convalidación del Real Decreto-Ley 9/2018, sobre medidas urgentes de desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

Entre las causas que han generado esta preocupación social por la violencia ejercida sobre las mujeres, han sido las dramáticas cifras que la misma provoca y ocasiona:

> «Deberíamos plantearnos el dejar de poner el cuentakilómetros a “0” cada año, el contador debería ir sumando para tener una mayor conciencia de la magnitud del problema y de la problemática familiar que lleva aparejada para los hijos y familiares tras estas tragedias.
>
> Las mujeres víctimas de homicidio o asesinato por violencia de género en España, por tanto víctimas de feminicidio confirmadas desde que se llevan estadísticas de este tipo en

nuestro país, es decir en el periodo desde 1999 a 2017 han sido 1141»[1].

Pero con ser números que reflejan una tragedia, no es menos cierto que, han de ser vistos con una perspectiva histórica, que evidencia una persistente posición de desigualdad[2] de la mujer y, a la vez, un papel de dominación del varón, posiciones arraigadas durante siglos, y por ello, difíciles de cambiar.

En este sentido, la violencia en el ámbito de la pareja, debe combatirse con medidas sociales y con especial atención a la formación y educación de los jóvenes, debiendo el Derecho ser la última alternativa en su prevención. Pero en tanto estas medidas no sean eficaces, los Tribunales de justicia, de manera especial, han de afrontar el reto no solo mediante el castigo penal de los delitos cometidos, sino ,igualmente, desde el ámbito civil, atendiendo tanto a las relaciones personales entre el infractor y víctima como a las patrimoniales, pues el que agrede no solo debe ser condenado a una pena de prisión si fuere el caso, sino que además deberá responder por los daños causados a la mujer, ya sean personales, materiales o morales.

En este trabajo se recogen varias resoluciones judiciales, seleccionadas al azar, sobre la materia, de Audiencias Provinciales fundamentalmente, de las que se hace un análisis en cuanto a sus pronunciamientos civiles.

Una vez seleccionadas las consideraciones civiles de cada resolución, se agruparan de acuerdo con los puntos en común tratados en las mismas, lo que nos permitirá ver, la última posición de nuestras Audiencias Provinciales respecto a cada uno de ellos:

— Responsabilidad civil

- Indemnización de los perjuicios
  - Evaluación y cuantificación (sentencias 1, 2, 3, 4, 11 y 14)
  - Perjudicados (sentencias 5 y 8)
  - Baremo de tráfico (sentencias 7, 8 y 12)
- Daño moral
  - Concepto (sentencias 1, 7 y 13)
  - Prueba (sentencias 3, 4, 6, 9 y 11)
  - Relación de causalidad (sentencias 10 y 14)

[1] MARCO FRANCIA, María Pilar, Diario La Ley, 9.182, 20 de abril de 2018.
[2] Ver, POLLOS CALVO, Cecilia, Diario La Ley, 9.379, 18 de marzo de 2019.

Con posterioridad, se resumen los criterios jurisprudenciales en relación con los apartados previos agrupados con aportaciones doctrinales (anotaciones a pie de página).

II. RECOPILACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE (PRIMER SEMESTRE 2019) EN LA MATERIA.

Recientes pronunciamientos judiciales en violencia de género en lo que se refiere a los aspectos civiles contenidos en dichas sentencias.

Reproducción de sus fundamentos jurídicos en la parte correspondiente al tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Civil.

En total han sido seleccionadas catorce sentencias, todas ellas dictadas en el primer semestre del año 2019 por Audiencias Provinciales, salvo la última que es del TS de Madrid.

1. Audiencia Provincial de Alicante, Sección 1ª, sentencia 57/2019 de 31 de enero de 2019[3]

Cuestiones civiles: La sentencia impone al condenado una indemnización de 3.000 euros por **daños morales**, concepto en el que se «Incluyen cualquier daño o sufrimiento en la integridad moral de una persona, que sea personalmente sentido y socialmente valorado como inaceptable; y comprenden los susceptibles de valoración económica por su repercusión en el patrimonio de la víctima, y los que no produciendo quebranto patrimonial (daños morales en **sentido estricto** [cual es el caso enjuiciado]), consisten en **el simple dolor moral derivado del ilícito penal, refiriéndose en este sentido la jurisprudencia a la inquietud, la preocupación, la angustia, el terror, el deshonor, la tristeza y la melancolía**». Asimismo, «dada la naturaleza de los daños morales en sentido estricto, es considerable la **discrecionalidad del juzgador** para evaluarlos una vez, desde luego, que haya fijado los supuestos de hecho de los que se infiera necesariamente tanto su existencia como su entidad (SSTS 29-1-1993, 2-3-1994 y 11-12-1998)».

2. Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1ª, sentencia 201/2019 de 2 de mayo de 2019[4]

Cuestiones civiles:

«Hay que partir del mandato contenido en los arts. 109 y siguientes del CP sobre la

[3] Recurso 1582/2018. Ponente: Dura Carrillo (LA LEY 12829/2019).
[4] Recurso 560/2019. Ponente: Picatoste Sueiras (LA LEY 65600/2019).

necesidad de reparación de los perjuicios materiales y morales derivados de la comisión de un ilícito penal. La jurisprudencia destaca que la exigencia de identificar las bases indemnizatorias puede resultar insuperable cuando se trata de indemnizar por este concepto ante la falta de datos que permitan cuantificarlo. No es preciso que se concreten con alteraciones patológicas o psicológicas, de ahí que en muchos casos no se especifiquen en el *factum*, bastando con que fluya naturalmente del mismo, sino que pueden surgir de la mera significación espiritual que tiene el delito para la víctima y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital, sin más parámetros para la evaluación de su alcance en los casos de falta de alteraciones médicamente apreciables que la gravedad de la acción que lesionó al perjudicado, la importancia del bien jurídico protegido y las singulares circunstancias de la víctima. **El daño moral solamente puede ser establecido mediante un juicio global, atendiendo a la naturaleza del delito y a su gravedad, atemperando la demanda de las víctimas a la realidad social y económica del momento».**

3. Audiencia Provincial de Asturias, Sección 3ª, sentencia 6/2019 de 9 de enero de 2019[5]

Cuestiones civiles:

«**los daños morales no necesitan estar especificados en los hechos probados cuando fluyen de manera directa y natural del relato histórico** (STS nº 105/2005, de 29 de enero y STS nº 957/2007, de 28 de noviembre). También ha señalado que **no es preciso que los daños morales "tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas",** (STS nº 957/2007, de 28 de noviembre)». «En cuanto a la cuantía de la indemnización, tales daños no son susceptibles de cuantificación con criterios objetivos aplicados en atención a la demostración o prueba de lesiones materiales, por lo que su traducción en una suma de dinero sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada (STS nº 1336/2002, de 15 de julio)». «En el presente supuesto, considerando, por una parte, que la denunciante resultó con lesiones físicas, que tardaron en curar un total de 47 días, de los que 7 estuvo impedida para sus ocupaciones habituales y por otro, los evidentes daños morales y psicológicos que los delitos de los que fue víctima le han tenido que producir, se estiman proporcionales las siguientes cantidades: 1.620 euros por las lesiones físicas y 8.380 euros por los daños morales».

4. Audiencia Provincial de Asturias, Sección 3ª, sentencia 199/2019 de 9 de mayo de 2019[6]

Cuestiones civiles:

«no cabe olvidar que cuando de **indemnizar los daños morales** se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que en tales casos poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones.

Se trata, en definitiva, de resarcir el dolor y angustia de las personas perjudicadas

[5] Recurso 54/2017. Ponente: Rodríguez Luengos (LA LEY 1776/2019).
[6] Recurso 280/2019. Ponente: Álvarez Rodríguez (LA LEY 82509/2019).

> **por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro,** para lo cual han de tenerse en cuenta y **ponderarse las circunstancias concurrentes** en cada caso; precisamente por ello, la apreciación del daño, en su existencia y alcance, es cuestión de hecho reservada al arbitrio del Tribunal de instancia (SSTS 27 mayo 1987 28 y 30 septiembre 1988 20 diciembre 1989 y 19 octubre 1990).
>
> La STS de 22-7-02 destaca como idóneos para fijar la responsabilidad civil, la gravedad del delito y el "menoscabo moral" que produce a las víctimas. Ambos criterios son jurídicamente correctos para fundamentar la determinación del daño moral, dado que éste resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente. **El daño moral, además no se deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.** Es claro, pues, que el daño moral no necesita prueba, sino que deriva de determinadas infracciones y actuaciones que su mera ejecución ofenden la dignidad personal y atentan al honor y respetabilidad de las personas».

5. Audiencia Provincial de Ávila, sentencia 56/2019 de 16 de mayo de 2019[7]

Cuestiones civiles:

> «El efecto irradiante de la responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo beneficia no solo al núcleo familiar, entendido en un sentido amplio, sino también a los terceros que no tengan vinculación parental de carácter formal con el perjudicado o la víctima del delito, pero sí relaciones afectivas de hecho. **La indemnización comprende no solo los perjuicios materiales que pueden ser objeto de una prueba específica, sino también los daños morales que difícilmente pueden ser fijados mediante pruebas concretas».**

El hecho indemnizatorio, continua la referida resolución judicial, «nace, como obligación civil, de la previa existencia de un hecho delictivo, que se constituye en la fuente generadora de una responsabilidad monetariamente cuantificada. La acción penal proyecta sus efectos indemnizatorios sobre uno o varios sujetos que tienen algún tipo de relación personal con la víctima del delito. **La simple relación parental o familiar, no es suficiente para hacer surgir un derecho indemnizatorio, ya que, a su mera existencia hay que añadir la condición de perjudicado moral o materialmente por el hecho delictivo».**

En virtud de estas consideraciones, el Tribunal entiende que el condenado ha de indemnizar a las dos hijas habidas en el matrimonio, así como a los padres y hermana de la víctima.

6. Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2ª, sentencia 43/2019 de 1 de marzo de 2019[8]

Cuestiones civiles:

> «Si bien **hay delitos, como el de violencia habitual** del que se le absuelve, **que llevan**

[7] Recurso 1/2018. Ponente: Callejo Sánchez (LA LEY 52884/2019).
[8] Recurso 139/2019. Ponente: Pérez Aparicio (LA LEY 47451/2019).

inherente una serie de perjuicios morales, lo que dispensaría en cierta medida las exigencias probatorias más allá de las necesarias para realizar su valoración económica**, sin embargo otros delitos como los de lesiones** (únicos por los que se condena al acusado) **no llevan inherente tal daño moral y, por ello, precisan de una expresa acreditación de su existencia».**

7. Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª, sentencia 3/2019 de 11 de febrero de 2019[9]

Cuestiones civiles:

«en el específico campo de la violencia de género deben tenerse presente dos extremos que consideramos esenciales en el campo indemnizatorio. Por un lado, que **la víctima ve implicada su vida más íntima y sentimientos que pertenecen a su arcano íntimo,** que se ven seria y traumáticamente defraudados por la actitud de aquél con quien inicialmente se deseaba iniciar un presente y un futuro comunes, que la violencia proviene precisamente de aquél a quien has unido tu vida afectiva. Segundo, porque la ruptura, la fractura de tales sentimientos resulta arrancada por actitudes siempre violentas (en cualquier modalidad) por el agresor, lo que, sin duda, supone un **incremento de la frustración, y del daño emocional**. Muchas veces con sentimientos de autoinculpación. Ambos aspectos añaden un plus dañoso al no menos importante daño físico, un plus añadido tanto en el daño visible como en las dificultades de recuperación de la víctima. Todos estos aspectos, junto con los más obvios, merecen y deben ser reparados».

«37. En el supuesto de hecho habrá de tenerse en cuenta además los siguientes parámetros:

(i) que estamos ante una pluralidad de actos violentos de carácter global.

(ii) que tal violencia ha sido sostenida en el tiempo durante prácticamente toda la relación.

(iii) que ha afectado a derechos íntimos de la propia víctima, como el derecho de maternidad.

(iv) que sufre un grave trastorno de estrés postraumático, afectante a múltiples facetas de su vida ordinaria: laboral, social, relacional, afectiva... y con un pronóstico de recuperación muy complejo.

(v) Que en la actualidad cuenta la víctima con 30 años y a la fecha de los hechos contaba con 22 años.

38. Con carácter meramente aproximativo manejamos el baremo de tráfico introducido por Ley 35/2015, de 22 de septiembre, en la medida que no sobrepase las peticiones de las acusaciones, conforme a principios propios del campo civil, cuyo artículo 33 igualmente refleja algunos de estos principios indemnizatorios: 1**. La reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada constituyen los dos principios fundamentales del sistema para la objetivación de su valoración.** 2. El **principio de la reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos**. Las indemnizaciones de este sistema tienen en cuenta cualesquiera circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de la víctima, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y a la pérdida o disminución de la capacidad de obtener ganancias. 3. **El principio de la reparación íntegra rige no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales** e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante

[9] Recurso 10/2018. Ponente: Tapia Chinchón (LA LEY 17960/2019).

de acuerdo con su intensidad».

8. Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1ª, sentencia 12/2019 de 21 de marzo de 2019[10]

Cuestiones civiles:

«en el presente caso la indemnización se solicita sobre la base de lo estipulado en el baremo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, sin reflejar más particularidades que permitan conocer si efectivamente se ha producido el daño moral que se trata de indemnizar. Pero es que la prueba practicada en el plenario lo que viene a acreditar es el total desapego del padre con relación a su hija, pues declara que no tenía ninguna relación con la misma y que no la había visto desde que tenía 9 meses, es decir desde hacía más de 17 años. Con estos datos **no podemos hablar de un daño moral indemnizable**, pues existen razones del profundo desapego padre-hija que impiden incluir al padre entre los perjudicados por la muerte de su hija».

9. Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3ª, sentencia 55/2019 de 8 de abril de 2019[11]

Cuestiones civiles:

«**No aprecia esta sala que proceda fijar cantidad alguna en concepto de responsabilidad civil por daños morales a la perjudicada** habida cuenta de que no se practicó prueba a instancia de las acusaciones para fundamentar dicha petición, constando únicamente la declaración de la denunciante que no viene apoyada por prueba alguna que pueda corroborar el estado en que se encontraba y cómo se vio afectada a nivel psíquico.

La reparación y la indemnización de perjuicios, de acuerdo con los arts. 101.2 y 3, 103 y 104 C.P., habrá de ser establecida si guardan relación directa con el delito, siempre además que los perjuicios aparezcan determinados como ciertos, **debiendo rechazarse aquellos daños y perjuicios que representen consecuencias dudosas, supuestos posibles pero inseguros**, meros cálculos, hipótesis o suposiciones, en suma, es decir, beneficios, daños o perjuicio en los que concurra la esencial nota de la certidumbre».

10. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, sentencia 388/2019 de 4 de junio de 2019[12]

Cuestiones civiles:

«En el caso que nos ocupa la juzgadora *"a quo"* motiva la no concesión de la indemnización solicitada por la recurrente señalando cómo **no se ha acreditado que las patologías que presenta la hoy apelante** tengan relación directa con la conducta del denunciado, no pudiendo sino compartir el Tribunal el criterio de la magistrada de instancia la señalarse por la misma cómo la sintomatología mixta ansioso depresiva que presenta la recurrente no puede estimarse, sin más, consecuencia de los hechos, habiendo de señalarse, además, que este procedimiento solo se contrae a un episodio puntual que, desde luego, por su levedad en ningún caso podría llevar aparejada la indemnización solicitada por la hoy apelante».

[10] Recurso 2/2018. Ponente: Casero Linares (LA LEY 59288/2019).
[11] Recurso 21/2019. Ponente: Tascón García (LA LEY 87615/2019).
[12] Recurso 1186/2019. Ponente: Romera Vaquero (LA LEY 94884/2019).

11. Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2ª, sentencia 65/2019 de 20 de febrero de 2019[13]

Cuestiones civiles:

«**el perjuicio moral no necesita estar especificado en el relato de hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico,** por lo que **el daño moral no necesita, en principio, de prueba cuando se infiera de manera inequívoca de los hechos, bastando la determinación del hecho delictivo para poderlos apreciar como consecuencia natural** (SSTS 31 octubre 2000, 30 junio 2005), sin olvidar que cuando de indemnizar los daños morales se trata, los Tribunales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, y que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos (SSTS 29 enero 2005, 3 julio 2007)».

12. Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4ª, sentencia 19/2019 de 6 de mayo de 2019[14]

Cuestiones civiles:

«no se va a estar a la aplicación estricta del baremo establecido para los daños ocasionados en accidentes de circulación, sino que tratándose de delito doloso, dicho baremo se tiene en cuenta a efectos meramente orientativos, fijándose sin embargo, cantidades superiores atendiendo al carácter especialmente violento del delito cometido, todo ello de acuerdo con el tenor de la STS 741/2019 de 7.2: **El "Baremo**", no obstante, **ha sido tomado en la práctica judicial como parámetro orientativo cuando se trata de fijar indemnizaciones civiles en el orden penal**, aunque no nos movamos en el ámbito de la circulación viaria. Se atiende a las puntuaciones de las lesiones y de las secuelas padecidas que determinan los informes médico-forenses. No siendo legalmente exigible la aplicación del baremo en los casos de delitos dolosos, las cantidades que resultan de la aplicación de las Tablas tienen valor orientativo y, constituyen en todo caso, un cuadro de mínimos (SSTS 126/2013, de 20 de febrero, 480/2013, de 21 de mayo, 799/2013, de 5 de noviembre o 580/2017, de 19 de julio o 528/2018, de 5 de noviembre)».

13. Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 4ª, sentencia 129/2019 de 2 de abril de 2019[15]

Cuestiones civiles:

«En el caso que nos ocupa, el objeto resarcitorio es el daño derivado, por un lado, de las lesiones físicas sufridas y, por otro, de la lesión al bien jurídico protegido, la libertad sexual y la propia dignidad de la víctima. La naturaleza extra patrimonial del daño, impide acudir a fórmulas objetivadoras de la responsabilidad, por lo que el Tribunal dispone de un amplio margen determinativo, con un único límite en la racionalidad social.

[13] Recurso 848/2018. Ponente: Lamas Méndez (LA LEY 17757/2019).
[14] Recurso 30/2016. Ponente: Hernández Martín (LA LEY 47240/2019).
[15] Recurso 18/2018. Ponente: Revuelta Muñoz (LA LEY 74792/2019).

> La STS de 16 de mayo de 1998 establece que **el concepto de daño moral acoge el "precio del dolor", esto es, el sufrimiento, el pesar, la amargura y la tristeza que el delito puede originar, sin necesidad de ser acreditados cuando fluye lógicamente del suceso acogido en el hecho probado**, como acontece en el presente supuesto, dada la naturaleza de las infracciones por las que se dicta pronunciamiento condenatorio, que lesionan gravemente la dignidad de la persona».

En relación con el daño moral reclamado, «hemos de fijar el justo resarcimiento que corresponde a Inés en la cantidad de 6.000 euros, atendiendo a la entidad y gravedad de los hechos así como a los efectos derivados de la misma, la afectación emocional y para el desarrollo de la vida cotidiana que sufrió la víctima a consecuencia de los hechos, tal y como ha quedado constatado a través de la propia declaración de la víctima y de los informes médico forenses».

14. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, sentencia 103/2019 de 28 de mayo de 2019[16]

Cuestiones civiles:

> «El daño moral no exige bases cuantificadoras respecto a las ofensas dolosas ocasionadas, dependiendo su señalamiento del prudente arbitrio judicial que ponderará la gravedad y persistencia de las mismas, el contexto en que se produjeron, sus efectos en casos especiales de recibir tratamiento psíquico o psicológico, y en definitiva el alcance cuantitativo que en casos similares suelen otorgar los tribunales (STS. 40/2007 de 26.1). Por ello **el daño moral resultará de la gravedad del delito y del "menoscabo moral" que el mismo produce a las víctimas o sea de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente**. No se deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima (SSTS. 1366/2002 de 22.7, 1461/2003 de 4.11). Ahora bien también es doctrina jurisprudencial reiterada —por todas STS. 1253/2005 de 26.10— la de que únicamente aquellos perjuicios que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo son los que deben indemnizarse y a cuyo resarcimiento quede obligado el autor responsable de un delito o falta. La responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige como elemento estructural de la misma una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos. Por ello no todo daño y perjuicio puede ser asociado con el delito, hay que probar que entre éste y aquéllos haya la correspondiente relación de causalidad. Por tanto, la cuestión suscitada debe reconducirse al plano de la causalidad, es decir, si esos daños y perjuicios producidos han sido precisamente una consecuencia de la infracción prevista en el supuesto de hecho de la norma que sanciona la responsabilidad».
>
> «La cuantificación en estos casos es impermeable a criterios reglados o aritméticos incompatibles por definición con la naturaleza de ese daño, "no patrimonial" frente al que solo cabe una "compensación" económica. Estaremos siempre ante un **ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho.** Mientras que la finalidad de la restauración del daño patrimonial es la reparación integra, **el daño moral no es reparable. La indemnización tiene como función el alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos e imprecisos**. La motivación no puede ser exigible en iguales términos, aunque tampoco puede ser del tipo "alguna-cantidad-habrá-que poner" como se ha dicho por algún

[16] Recurso 101/2019. Ponente: Santos Vijande (LA LEY 97996/2019).

> tratadista de forma gráfica. Ante la imposibilidad de encontrar estándares de referencia claros, hay que acudir a valoraciones relativas (*vid*. SSTC 42/2006 o 20/2003, de 10 de febrero)».
>
> «Pues bien, la Sala de instancia ha aplicado las anteriores premisas con toda corrección, cuando indemniza en 6.000 euros los daños morales que se siguen para la víctima de la agresión sexual sufrida, de acuerdo con el relato de hechos probados y reparando especialmente "en el indudable daño moral que a la víctima tuvo que producir el acometimiento sexual reiterado por parte de una persona en la que tenía plena confianza, con la que había mantenido en el pasado una relación sentimental durante años, que se había vuelto meramente amistosa y que nunca se había mostrado antes agresiva con ella, viéndose sorprendida por el ataque recibido, que de ningún modo esperaba"».

III. SÍNTESIS DE LA DOCTRINA CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

Conforme ha quedado indicado en la Introducción del presente estudio, se procede a continuación a comentar, los criterios jurisprudenciales civiles agrupados, tratados en cada una de las sentencias, complementados con aportaciones doctrinales (anotaciones a pie de página).

1. Responsabilidad civil

Si conforme se desprende de la lectura de los **artículos 109 y 116 del Código Penal** toda declaración de responsabilidad criminal lleva aparejada la obligación de reparar los daños y perjuicios causados, no es de extrañar que el 90% de las sentencias analizadas se hallan ocupando en sus fundamentos, aspectos relativos a la responsabilidad civil.

a) Indemnización de los perjuicios[17]

1) Evaluación y cuantificación

Básicamente, tres son los criterios en que se asienta la jurisprudencia recopilada respecto a la valoración del perjuicio:

— Discrecionalidad del juzgador para evaluarlos una vez haya fijado los supuestos de hecho de los que se infiera su existencia y entidad[18].

[17] «La tutela y protección a las víctimas de delitos ha adquirido una gran relevancia en las últimas décadas, y ha dado pie a una progresiva positivación de derechos a favor de aquéllas, con especial atención al derecho a la reparación, restitución o indemnización del daño». ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, Diario La Ley, 8.697, 8 de febrero de 2016.

[18] «La reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 11/2016 de 21 Ene. 2016, Rec. 10455/2015 (LA LEY 181/2016) viene a concretar que su existencia y cuantificación corresponden al tribunal de instancia, cuyo criterio y decisión, como tribunal ante el que se practicó toda la prueba, debe ser, en principio aceptado por las instancias superiores, siempre que se fundamente su existencia y cuantía, es decir, que tenga la necesaria motivación exigible a todos los pronunciamientos que integran el fallo, y por lo tanto, que se sitúe extramuros de toda arbitrariedad tanto por ausencia de

— Son parámetros para la evaluación de su alcance: la gravedad de la acción que lesionó al perjudicado, la importancia del bien jurídico protegido y las singulares circunstancias de la víctima[19].

— Su traducción en una suma de dinero solo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada.

2) Perjudicados

— La responsabilidad civil beneficia no solo al núcleo familiar, entendido en un sentido amplio, sino también a los terceros que no tengan vinculación parental de carácter formal con la víctima del delito, pero sí relaciones afectivas de hecho.

— La simple relación parental o familiar, no es suficiente para hacer surgir un derecho indemnizatorio, ya que, a su mera existencia hay que añadir la condición de perjudicado moral o materialmente por el hecho delictivo[20].

— Existen razones del profundo desapego padre-hija que impiden incluir al padre entre los perjudicados por la muerte de su hija.

3) Baremo de tráfico

— Se utiliza el baremo de tráfico introducido por Ley 35/2015, de 22 de septiembre, con carácter meramente aproximativo en la medida que no sobrepase las peticiones de las acusaciones, cuyo artículo 33 igualmente refleja algunos de estos principios indemnizatorios: 1. La reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada constituyen los dos principios fundamentales del sistema para la objetivación de su valoración. 2. El principio de la reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos. 3. El principio de la reparación íntegra rige no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales

---

motivación como por fijar cantidades desmesuradas y/o desproporcionadas, o cuando rebasen las solicitudes de las partes concernidas». MAGRO SERVET, Vicente, Diario La Ley, 9.015, 6 de julio de 2017.

[19] «Para fijar el daño moral en la violencia de género el juez atenderá a la gravedad del hecho, la duración en el tiempo, y a las consecuencias derivadas del daño». MAGRO SERVET, Vicente, El daño moral indemnizable en la violencia de género.

[20] A estos efectos, el artículo 2 del Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015 de 27 de abril) considera, como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, entre otros, a los progenitores.

En este sentido se pronuncia Raquel CASTILLEJO MANZANARES, Diario La Ley, 8.884, 19 de diciembre de 2016. Véase, asimismo, RIUS DIEGO, Francisco J., Diario La Ley, 8.080, 10 de mayo de 2013.

o extrapatrimoniales.

— Tratándose de delito doloso, el baremo establecido para los daños ocasionados en accidentes de circulación se tiene en cuenta a efectos meramente orientativos, fijándose cantidades superiores atendiendo al carácter especialmente violento del delito cometido[21].

— Las cantidades que resultan de la aplicación de las Tablas constituyen, en todo caso, un cuadro de mínimos[22].

b) Daño moral[23]

1) Concepto

— Incluye cualquier daño o sufrimiento en la integridad moral de una persona, que sea personalmente sentido y socialmente valorado como inaceptable.

— Por dolor moral cabe apreciar la inquietud, la preocupación, la angustia, el terror, el deshonor, la tristeza y la melancolía[24].

---

[21] «Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2010 (LA LEY 60022/2010): el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación no es de aplicación obligatoria a los derivados de conducta constitutiva de delito doloso, como se dispone en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004 (LA LEY 1459/2004), de manera que el Tribunal no precisa sujetarse a la valoración pormenorizada que se contiene en el mismo. Sin embargo, en principio y con carácter general, no existe ninguna razón para que las lesiones causadas dolosamente sean indemnizadas en menor cuantía que la prevista legal o reglamentariamente para las causadas por culpa en accidente de circulación. Y lo reitera el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de noviembre de 2015 (LA LEY 196140/2015) al precisar que no existe ninguna razón para que los daños causados dolosamente sean indemnizados en menor cuantía que los causados por imprudencia causada en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, de manera que el baremo para la indemnización de daños personales en esta clase de supuestos es orientativo para los delitos dolosos, aunque el Tribunal pueda modificar la indemnización resultante de su aplicación en función de las circunstancias, siempre de forma motivada». MAGRO SERVET, Vicente, Diario La Ley, 8.757, 9 de mayo de 2016. Sobre esta misma cuestión se había pronunciado MAGRO SERVET en su artículo Diario La Ley, 6.109, 19 de octubre de 2004.

[22] «En los casos distintos a los de tráfico la determinación del daño moral causado dolosamente no está sujeta al baremo que figura como anexo en la Ley 35/2015, por lo que si el baremo de tráfico incluye en una modalidad lesional un ámbito indemnizatorio el juez o tribunal podrá adicionar un daño moral como compensación económica superior al que pudiera recogerse en el baremo de tráfico». MAGRO SERVET, Vicente, Diario La Ley, 9.015, 6 de julio de 2017.

[23] «Nuestro sistema de responsabilidad civil permite a la víctima exigir la indemnización de los daños materiales y morales que le haya causado la situación de violencia». GARCÍA RUBIO, María Paz, Diario La Ley, 6.041, 16 de junio de 2004.

«Tampoco debe obviarse que en el aspecto psicológico y social, quienes se involucran en este tipo de violencia, ya sea la víctima o el autor, padecen un daño moral, familiar y personal difícil de dimensionar en términos cuantitativos e incluso pecuniarios». GUTIÉRREZ ROMERO, Diario La Ley, 7.711, 7 de octubre de 2011.

[24] «Por el daño moral se indemniza un sufrimiento, y un estado de miedo y terror que las víctimas de violencia de género han sufrido durante un momento puntual de gravedad, o bien por la prolongación y reiteración en el maltrato, lo que a buen seguro provoca en muchos casos un mayor daño que el físico y que no puede quedar en el olvido cuando de fijar las indemnizaciones se trata». MAGRO SERVET, Vicente, El daño moral indemnizable en la violencia de género.

— La víctima ve implicados sus sentimientos que pertenecen a su arcano íntimo, que se ven defraudados por la actitud de aquél con quien inicialmente se deseaba iniciar un presente y un futuro comunes, aquél a quien has unido tu vida afectiva[25].

— La fractura de los sentimientos personales resulta de actitudes siempre violentas por el agresor, lo que supone un incremento de la frustración y del daño emocional, y muchas veces con sentimientos de autoinculpación.

— El concepto de daño moral acoge el «precio del dolor», esto es, el sufrimiento, el pesar, la amargura y la tristeza que el delito puede originar.

2) Prueba

— Los daños morales no necesitan estar especificados en los hechos probados cuando fluyen de manera directa y natural del relato histórico[26].

— No es preciso que los daños morales tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas[27].

— Cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, de tal modo que poco más podrán hacer que destacar la

[25] «Por último, nos gustaría añadir una última reflexión necesaria sobre la Indemnización a la víctima, a saber, la relativa a reflexionar por qué es importante que se indemnice ese daño moral. A tal fin debemos esgrimir varias razones, como exponemos a continuación. En primer lugar, porque rompe el concepto falso de "intimidad" al que nos referíamos antes. Ya no es una violencia familiar en un ámbito privado, sino que es algo público, donde junto al daño físico sufrido y sus secuelas, establecidas en la responsabilidad civil derivada del delito y tasada por la Ley 35/2015 de circulación, esta mujer ha sufrido un daño estrictamente emocional adicional, que no sufre la mujer dañada por un tercero ajeno a su vida». MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, Diario La Ley, 9.055, 5 de octubre de 2017.

[26] «Cuando la realidad del daño moral "depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa", no se exige demostración añadida a la de esta realidad (SSTS de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000)». DOMINGO MONFORTE, José/BERMEJO FERRER, Yolanda/MUÑOZ PAZ, Ángel/ESCRICHE MONZÓN, María del Carmen, Diario La Ley, 6.311, 5 de septiembre de 2005.

«Este daño moral se evidencia a raíz de la propia redacción de hechos probados, siendo consecuencia del reconocimiento de estos hechos que pueden llevar dentro como consecuencia la apreciación del tribunal de que ese daño moral lo ha sufrido la víctima y que es justo que sea compensado**,** porque reparado, no va a poder serlo, porque nadie va a devolver a la víctima a su estado anterior a la comisión del delito por su pareja o ex pareja, y ello es la razón de ese daño moral que opera como compensación». MAGRO SERVET, Vicente, Diario La Ley, 9.015, 6 de julio de 2017.

[27] «Somos conscientes de la dificultad que puede existir para poder elevar una prueba del daño moral y aportarla al tribunal, y así debe admitirse que los tribunales estén en condiciones de poder aplicar y reconocer la existencia del daño moral por el mero hecho de contrastar un hecho del que se desprenda un padecimiento claro y objetivable en el sujeto que le haga acreedor de una indemnización sin que exista una prueba objetiva de ese daño sino un reflejo claro y constatable de que esa persona sufrió una situación injusta que le provocó un padecimiento innecesario». MAGRO SERVET, Vicente, Diario La Ley, 9.015, 6 de julio de 2017.

gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos[28].

— El daño moral no necesita prueba, sino que deriva de determinadas infracciones y actuaciones que su mera ejecución ofenden la dignidad personal y atentan al honor y respetabilidad de las personas[29].

— No aprecia esta sala que proceda fijar cantidad alguna en concepto de responsabilidad civil por daños morales a la perjudicada habida cuenta de que no se practicó prueba a instancia de las acusaciones para fundamentar dicha petición, constando únicamente la declaración de la denunciante[30].

3) Relación de causalidad

— No se ha acreditado que las patologías que presenta la apelante tengan relación directa con la conducta del denunciado, no pudiendo sino compartir el Tribunal el criterio de la instancia al señalarse por la misma cómo la sintomatología mixta ansioso depresiva que presenta la recurrente no puede estimarse, sin más, consecuencia de los hechos.

— Únicamente aquellos perjuicios que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo son los que deben indemnizarse y a cuyo resarcimiento quede obligado el autor responsable de un delito o falta.

— La responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige como elemento

[28] «En cuanto a los daños morales recordar la sentencia del Tribunal Supremo 1348/2011 de 14 Dic. 2011 (LA LEY 296979/2011) en la que se recoge que los hechos de malos tratos producen un impacto psicológico (daño moral indemnizable) sin necesidad de mayores aditamentos o complementos probatorios, añadiendo que cuando se trata de la reparación por vía económica de daños morales no pueden utilizarse como criterios o bases determinantes de la indemnización los mencionados para los daños físicos y materiales, la única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho constituye la base que fundamenta el *quantum* indemnizatorio señalado por el Tribunal sentenciador en el ejercicio de una prudente discrecionalidad». MAGRO SERVET, Vicente, Diario La Ley, 8.757, 9 de mayo de 2016.

[29] «Ni siquiera la dificultad probatoria puede avalar su supresión, conforme al criterio materializado por el Tribunal Supremo [cita el autor, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1992 (LA LEY 1152/1992)], por el cual el daño moral no suele ser objeto de prueba ni pericial ni testifical, sino que "se funda en la presunción implícita de tratarse de sentimientos comunes a todas las personas"», conforme sostiene CAVANILLAS MÚGICA Derecho Privado y Constitución, 20, 2006. ÁLVAREZ PEDROSA, Luis Manuel, Diario La Ley, 8.770, 26 de mayo de 2016.

[30] Sorprende la declaración de la sentencia 55/2019 de 8 de abril de la Audiencia Provincial de Huelva, por apartarse radicalmente de la corriente jurisprudencial, asentada en el Tribunal Supremo, de que el daño moral no precisa de prueba específica si los padecimientos se desprenden del relato de hechos probados, conforme al cual el acusado fue condenado por delitos de amenazas e injurias. E igual puede decirse de la sentencia 43/2019 de 1 de marzo de la Audiencia Provincial de Cáceres.

estructural de la misma una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos. Por ello no todo daño y perjuicio puede ser asociado con el delito, hay que probar que entre éste y aquéllos haya la correspondiente relación de causalidad[31].

IV. CONCLUSIONES

Primera: La violencia de género es un problema social que requiere de medidas integrales.

Segunda: El Derecho en esta materia ha de ser visto como última opción en la solución del conflicto, pero producido el delito, los Tribunales han de procurar no solo la sanción del culpable, sino lograr que las víctimas obtengan una compensación por los daños personales, materiales y morales que se les hayan infligido.

Tercera: En el estudio de la reciente jurisprudencia sobre violencia de género, por lo que se refiere a las cuestiones civiles que se abordan en sus fallos, destacan especialmente los pronunciamientos referidos a la responsabilidad civil *ex delicto*, como consecuencia necesaria de la declaración de responsabilidad penal.

Cuarta: La valoración de los perjuicios por delitos de violencia contra la mujer es una facultad discrecional del juzgador de instancia, solo pudiendo ser revisada en supuestos de discrecionalidad y debiendo contemplar la gravedad de la acción, el bien jurídico protegido y las circunstancias de la víctima.

Quinta: La responsabilidad civil alcanza tanto al núcleo familiar de la víctima como a aquellas personas con las que mantenía una relación de afectividad, pues de existir distanciamiento no cabe hablar de perjudicado. Pero no basta esa relación si no se acredita que el delito ha ocasionado perjuicios a esas personas.

Sexta: En la valoración de la indemnización debida, los Tribunales pueden valerse de los criterios del baremo establecido para los accidentes de circulación por la Ley 35/2015, si bien con carácter orientativo, debiendo regirse por el principio de reparación íntegra para asegurar la reparación en su totalidad de los daños ocasionados.

[31] «Nuestra jurisprudencia se decanta preferentemente por analizar la concurrencia de la relación de causalidad a través de la denominada teoría de la "causalidad adecuada", según la cual el resultado dañoso debe ser consecuencia natural, adecuada y suficiente de la acción imputada conforme a los conocimientos generalmente aceptados y las circunstancias del caso concreto. No basta con las simples conjeturas o con la existencia de datos fácticos que por mera coincidencia induzcan a pensar en una posible relación entre acontecimientos, sino que es necesaria una prueba convincente del nexo causal». JURADO SEGOVIA, Ángel, Diario La Ley, 6.975, 25 de junio de 2008.

Séptima: En los delitos contra las personas se vulneran sentimientos íntimos de la víctima que encuentran manifestación en conductas tales como inquietud, preocupación, angustia, terror, deshonor, tristeza o melancolía.

Octava: El daño moral, por su entidad, presenta dificultades probatorias en el proceso, si bien, cabe su estimación cuando los actos enjuiciados ofenden la dignidad humana y atentan contra su honor y respeto.

Novena: La responsabilidad civil *ex delicto* exige una relación de causalidad entre la infracción cometida y el perjuicio causado. Por ello no todo daño moral puede ser asociado con el delito enjuiciado, pues hay que demostrar que entre éste y aquél hay una conexión causa-efecto.

V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ PEDROSA, Luis Manuel, Equidad y prudente arbitrio en la compensación por daño moral causado por bienes o servicios defectuosos, Diario La Ley, núm. 8.770, 26 de mayo de 2016, Ref. D-218 (LA LEY 2782/2016).

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, El estatuto de la víctima y las víctimas de violencia de género, Diario La Ley, núm. 8.884, 19 de diciembre de 2016, Ref. D-436 (LA LEY 9498/2016).

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, El Tribunal Supremo aplica por primera vez la «perspectiva de género»: tentativa de asesinato, Diario La Ley, núm. 9.245, 24 de julio de 2018 (LA LEY 6329/2018).

DOMINGO MONFORTE, José/BERMEJO FERRER, Yolanda/MUÑOZ PAZ, Ángel/ESCRICHE MONZÓN, María del Carmen, Responsabilidad civil y protección jurídica por contaminación acústica en los órdenes administrativo, penal, civil y laboral, Diario La Ley, núm. 6.311, 5 de septiembre de 2005, Ref. D-195 (LA LEY 3930/2005).

GARCÍA RUBIO, María Paz, Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la Orden de protección, Diario La Ley, núm. 6.041, 16 de junio de 2004, Año XXV, Ref. D-135 (LA LEY 1089/2004).

GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel, La mediación penal: un posible avance en la lucha contra la violencia de género, Diario La Ley, núm. 7.711, 7 de octubre de 2011, Año XXXII, Ref. D-371 (LA LEY 15230/2011).

JURADO SEGOVIA, Ángel, Los daños derivados del acoso moral en el trabajo: tipología y valoración, Diario La Ley, núm. 6.975, 25 de junio de 2008, Año XXIX, Ref. D-195 (LA LEY 23190/2008).

MAGRO SERVET, Vicente, Análisis de la Doctrina Jurisprudencial reciente en violencia de género, Diario La Ley, núm. 9.278, 15 de octubre de 2018 (LA LEY 11416/2018).

— El daño moral indemnizable en la violencia de género, Diario La Ley, núm. 9.015, 6 de julio de 2017 (LA LEY 7718/2017).

— La necesidad de unificar criterios indemnizatorios en la violencia de género, Diario La Ley, núm. 8.757, 9 de mayo de 2016, Ref. D-193 (LA LEY 2667/2016).

— La violencia económica en la violencia doméstica y de género. ¿Hacia un baremo indemnizatorio para las víctimas?, Diario La Ley, núm. 6.109, 19 de octubre de 2004, Año XXV, Ref. D-210 (LA LEY 2275/2004).

MARCO FRANCIA, María Pilar, Ni una menos, Diario La Ley, núm. 9.182, 20 de abril de 2018 (LA LEY 2921/2018).

MARTÍNEZ DERQUI, Francisco Javier, La actuación de oficio del juez en casos de violencia de género. El art. 158 del Código Civil, La Ley Derecho de familia, núm. 12, cuarto trimestre de 2016 (LA LEY 7868/2016).

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, ¿Es suficiente la respuesta de la justicia ante la violencia de género? Propuesta de nuevas estrategias dentro y fuera del proceso penal, Diario La Ley, núm. 9.055, 5 de octubre de 2017 (LA LEY 12157/2017).

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, La privación de la patria potestad por sentencia penal, La Ley Derecho de familia, núm. 12, cuarto trimestre de 2016 (LA LEY 7873/2016).

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima, Diario La Ley, núm. 8.697, 8 de febrero de 2016, Ref. D-55 (LA LEY 416/2016).

PERAMATO MARTÍN, Teresa, El papel del fiscal en la adopción de medidas civiles en los procedimientos penales de violencia de género a la luz de las últimas reformas, La Ley Derecho de familia, núm. 12, cuarto trimestre de 2016 (LA LEY 7870/2016).

POLLOS CALVO, Cecilia, Estudio de la confusión de términos de violencia de género y violencia familiar o doméstica. Sus repercusiones penales, penitenciarias y sociales, Diario La Ley, núm. 9.379, 18 de marzo de 2019 (LA LEY 2884/2019).

POLO GARCÍA, Susana, Adopción de medidas civiles de familia en la orden de protección en casos de violencia de género, La Ley Derecho de familia, núm. 12, cuarto trimestre de 2016 (LA LEY 7866/2016).

RIUS DIEGO, Francisco J., Los sujetos del artículo 173.2 CP, Diario La Ley, núm. 8.080, 10 de mayo de 2013, Año XXXIV, Ref. D-175 (LA LEY 2116/2013).

* * * * * *

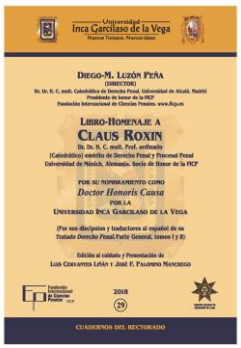
II. NOTICIAS DE LA FICP

1. Publicaciones de la FICP

Además de sus dos revistas, la FICP ha coeditado las siguientes obras:

(i) Libro-Homenaje a Claus Roxin

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II). Lima, Perú: Cuadernos del Rectorado UniversidadInca Garcilaso de la Vega / FICP, 2018, 793 pp. ISBN: 978-9972-04-592-9.



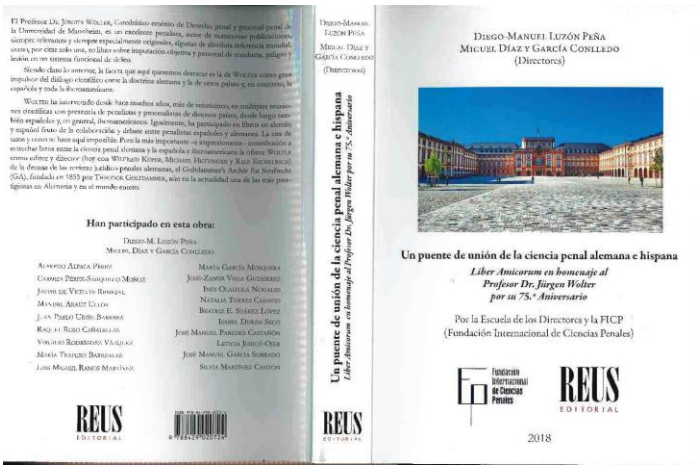
Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Barber Burusco, Durán Seco y Jericó Ojer; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann (socio de honor de la FICP), el Prof. Dr. Vega Gutiérrez y la Prof. Escobar Vélez. El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la nueva sección de Publicaciones/Otras publicaciones de la FICP.

Para recibir un ejemplar impreso del *Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II* (dir.: Diego-M. Luzón Peña), Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018 (previsiblemente abonando solo los gastos de envío), pónganse en contacto con el encargado de la distribución de la obra, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José F. Palomino Manchego (Prof. Ordinario de la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima, la Univ. Nacional Mayor de San Marcos y la Univ. San Martín de Porres, Perú; email:

palominomanchego@gmail.com), quien les indicará el procedimiento que se debe seguir.

(ii) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter

LUZÓN PEÑA, Diego-M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Directores), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario. Por la Escuela de los Directores y la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales). Madrid: FICP / Reus, 2018, 590 pp. ISBN 978-84-290-2072-4.



Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos: el Prof. Dr. Dr. h.c. De Vicente Remesal y los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizona Nogales, Aráuz Ulloa, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Durán Seco, Jericó Ojer; y (ii) entre los socios, los Profs. Dres. Rodríguez Vázquez, García Mosquera, Vega Gutiérrez, Torres Cadaviz, Pérez-Sauquillo Muñoz y los Profs. García Sobrado, Alpaca Pérez, Uribe Barrera, Suárez López y Ramos Martínez.

El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la nueva sección de Publicaciones/Otras publicaciones de la FICP.

(iii) Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario

VICENTE REMESAL, Javier de/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/OLAIZOLA NOGALES, Inés/TRAPERO BARREALES, María A./ROSO CAÑADILLAS, Raquel/LOMBANA VILLALBA, Jaime (dirs.), Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, tomos I y II, Madrid, Reus / FICP, 2020. ISBN: 978-8429023176.

(iv) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN

La FICP ha obtenido el ISSN para las siguientes publicaciones periódicas disponibles en nuestra página web, en la sección de Actas de congresos y seminarios:

- Actas de los Congresos Internacionales de la FICP (ISSN 2695-3986)
- Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de Alcalá (ISSN 2695-3994)
- Actas de los Seminarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de León (ISSN 2695-4001)

III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos[1]

(i) Próximo Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado*

El próximo 10 de septiembre tendrá lugar el 111 Seminario internacional sobre "Argumentación jurídica y constitución" en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado*, organizado por ÁGORA: Cátedra de Argumentación Jurídica y con el respaldo académico de la Facultad de Derecho de la Univ. Católica Sedes Sapientae (UCSS) y el Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca (Perú).

[1] Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

(ii) Obtención del Premio Extraordinario de Doctorado por la Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid*

El pasado 10 de julio de 2020 se hizo entrega a la Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid* (Prof. Contratada Doctora acred. de la Universidad de Vigo) del Premio Extraordinario de Doctorado de la Univ. de León por su tesis doctoral "Problemas de los delitos contra la Hacienda Pública. En particular, la responsabilidad penal del asesor fiscal", defendida en 2017 y dirigida por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono fundador de la FICP).

(iii) Acreditación de miembros de la FICP

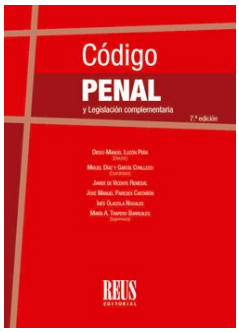
En el presente año, diversos miembros de la FICP han obtenido una evaluación favorable de sus solicitudes de acreditación ante la ANECA. Entre ellos, nos han comunicado este hecho los Profs. Dres. Natalia Torres Cadavid* (Prof. Contrada Doctora acred.), José-Zamyr Vega Gutiérrez* (Prof. Contratado Doctor acred.), Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz* (Prof. Contratada Doctora acred.) y Alfredo Alpaca Pérez* (Prof. Ayudante Doctor acred.).

2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP

(i) Miembros del Patronato (con asterisco los patronos y secretaria):

- Vicente Remesal, Javier de*/Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Roso Cañadillas, Raquel*/Lombana Villalba, Jaime* (dirs.), Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, tomos I y II, Madrid, Reus / FICP, 2020.
- Vicente Remesal, Javier de*, El criterio de la figura baremo referencial en la determinación del deber objetivo de cuidado en supuestos especiales, en: de Vicente Remesal*/Díaz y García Conlledo*/Paredes Castañón*/Olaizola Nogales*/Trapero Barreales*/Roso Cañadillas*/Lombana Villalba* (dirs.), Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, tomo I, Madrid, Reus / FICP, 2020, pp. 597-625.
- Vicente Remesal, Javier de*, Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales), RECPC 22-03, 2020, pp. 1 ss.
- Vicente Remesal, Javier de*, Sonderfähigkeiten und objektive Sorgfaltspflichtverletzung, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 194-203.
- Vicente Remesal, Javier de*, Aspectos esenciales del consentimiento presunto en la práctica quirúrgica, con especial referencia a la determinación del elemento subjetivo de justificación, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 401-414.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo (versión con precisiones), en: Fernandes Godinho/Kindhäuser/Verrel *(*eds.), Dasein und Gerechtigkeit/Ser-aí e Justiça. Liber amicorum. Festgabe für José de Faria Costa zum 70. Geburtstag/ Liber amicorum. Estudos Comemorativos para José de Faria Costa pelo 70.º Aniversário, Baden Baden, Nomos Verlag, 2020, ISBN 978-3-8487-5747-3, pp. 301-328.

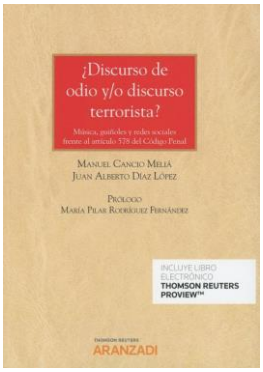
- Luzón Peña, Diego-M.*, Liberdade, culpabilidade e neurociências, en: A. Couto de Brito (organiz.)/ E. Demetrio Crespo (dir.), Neurociência e Direito penal, Sâo Paulo, Tirant, 2020, pp. 157-214.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Reflexões sobre dolo e dolo eventual (trad. y notas de E. Viana), Revista de Estudos Criminais, São Paulo, Brasil) 77, 2020, pp. 35-60.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Santiago Mir Puig, el penalista, el amigo. Recuerdo póstumo, Boletín de Ciencias Penales (BolCP) 14 2020, Univ. de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, pp. 112-126; tb. en Revista Jurídica de la Univ. Autónoma de Madrid (RJUAM) 41, 2020, pp. 9-24.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, Rev. do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, Brasil, 4 2019, pp. 59-82.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Culpabilidad y libertad, Rev. Jurídica de la Univ. de León, 2019, pp. 1-46.
- Luzón Peña, Diego-Manuel* (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel* (coord.)/de Vicente Remesal, Javier*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/ Trapero Barreales, María A.* (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 7.ª ed. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid, Uribe Barrera, Alpaca Pérez, Cardona Cardona, Serrano Suárez, Ramos Martínez, Cantillo Arcón. Madrid, Reus, 2019.



- Luzón Peña, Diego-M.*, Miedo insuperable: requisitos básicos, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 571-594.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales, en: Guzmán Díaz, C. A./ Carrión Díaz, J./

Viveiros, C.D. (coords.), El delito de lavado de activos. Aspectos de política criminal, dogmáticos y probatorios, tomo II, Bogotá, Ibáñez, 2019, pp. 269-305.

- Mir Puig, Santiago*, Die neuen„Strafen" für juristische Personen, eine Art von„Strafen" ohne Schuld, Díaz y García Conlledo, M.* (trad.), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 232-239.
- Barber Burusco, Soledad*, Libertad vigilada para imputables y cumplimiento de la pena de prisión, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1309-1322.
- Cancio Meliá, Manuel*/Díaz López Juan Alberto, ¿Discurso del odio y/o discurso terrorista?, Pamplona, Thomson/Aranzadi, 2019.



- Cancio Meliá, Manuel*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vols. I y II, Madrid, UAM Ediciones, 2019.

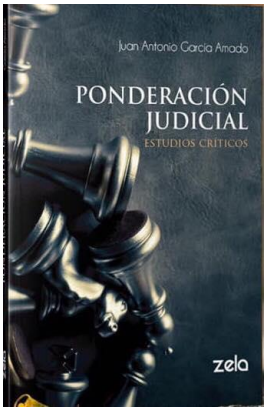
- Cancio Meliá, Manuel*, Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 CP), en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 925-946.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, El consentimiento por representación en la actividad médico-quirúrgica, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 385-400.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Wolter, Jürgen (eds.), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag.

- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Diego-Manuel Luzón Peña: Dozent (Professor) und Akademiker, origineller Strafrechtler und Lehre: Zugleich eine Laudatio, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 169-174.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Verteidigung der (guten) Dogmatik, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 204-211.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Trapero Barreales, María A.*, La denominada inhabilitación profesional: una consecuencia jurídica híbrida, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1589-1605.
- García Amado, Juan Antonio*/Papayannis, Diego (eds.), Ensayos de Filosofía del Derecho privado, Palestra Editores, 2020.

- García Amado, Juan Antonio*, Conflictos de derechos: problemas teóricos y supuestos prácticos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

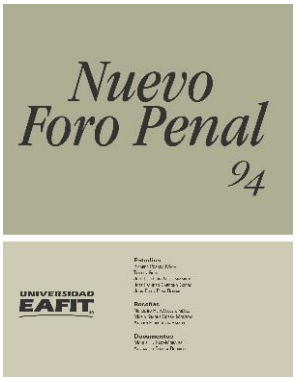
- García Amado, Juan Antonio*, Ponderación judicial. Estudios críticos, Lima, Zela Grupo editorial, 2019.



- Gómez Martín, Víctor*, Dogmática penal y Sociología jurídica: encuentros y desencuentros, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 165-180.
- Jericó Ojer, Leticia*, El compromiso de abono de la responsabilidad civil como requisito para la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 80.2.3ª CP): especial referencia a la interpretación del TC, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1411-1424.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Recensión a Daniel Rodríguez Horcajo: Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad, Marcial Pons, Madrid, 2016, 350 págs., Revista de Derecho Penal y Crimonología, 21, 2019, pp. 379-384.

- Paredes Castañón, José Manuel*, Vaguedad, desproporción y ordenancismo: el Derecho sanitario de la pandemia y la técnica legislativa, Trazos de aprendizaje y de experiencia, 23 de mayo de 2020, disponible aquí.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Recesión a José Ángel Brandariz, La economía política de la pena: una introducción, Iustel, Madrid, 2019, 199 páginas, Indret, 3, 2020, pp. 606-611.
- Peñaranda Ramos, Enrique*, El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 697-712.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

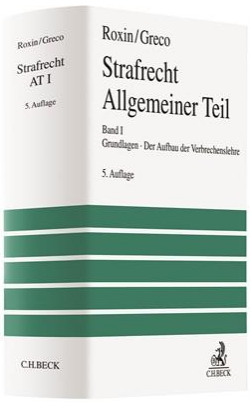
- Roso Cañadillas, Raquel*, Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio, Indret: revista para el análisis del Derecho, 3, 2019.
- Roso Cañadillas, Raquel*, ¿Las omisiones puras de socorro son absorbidas siempre por el delito comisivo precedente?, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 759-772.
- Sanz Morán, Ángel J.*, Las medidas de corrección y de seguridad: un balance, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1555-1574.
- Schünemann, Bernd, El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática, Roso Cañadillas*/Pérez-Sauquillo Muñoz* (trads.), Madrid, Reus/B de f, 2019.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 94, 2020 (accesible aquí).



- Trapero Barreales, María A.*, Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos, RECPC, 21-11, 2019, pp. 1-61.
- Trapero Barreales, María A.*/Díaz y García Conlledo, Miguel*, La denominada inhabilitación profesional: una consecuencia jurídica híbrida, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1589-1605.

(ii) Socios (con asterisco los socios):

- Roxin, Claus*/Greco, Luís*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5.ª ed., C.H. Beck, 2020.



- Roxin, Claus*, Nachträgliches Mitverschulden des Opfers, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 183-193.
- Acale Sánchez, María*, Sobre la materialización del bien jurídico protegido en los delitos ecológicos, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 815-830.

- Alderete Lobo/Plat (dirs.)/Gómez Romero (coord.), Proyecto de Ley de ejecución penal modelo para Latinoamérica, con la colaboración de Orozco/Raudino/Pellegrino*/Rondinella/Laici/Aguirre/Martín/Fernández/Liébana /Vera/Torreiro, Buenos Aires, Instituto de Estudios Jurídicos de Ejecución Penal (Univ. de Palermo)/Editores del Sur, 2020. Descargable aquí.

"El proyecto nació a partir del interés por elaborar una propuesta que sirva de base para el estudio y desarrollo de políticas y líneas de acción en materia penal y penitenciaria y que constituya una herramienta que facilite, especialmente en el ámbito regional, la revisión de las legislaciones existentes o la sanción de leyes de ejecución de penas allí donde aún no se cuenta con ellas.

Esta iniciativa constituye, además, la materialización de un proyecto académico pensado para incentivar y dar continuidad a la profundización de los debates e investigación sobre la ejecución penal. El proyecto no propone soluciones normativas definitivas, sino que introduce estándares que se espera funcionen como un "modelo" o piso mínimo para el debate y el desarrollo de proyectos de ley en contextos concretos dentro de la región. Está pensando como una propuesta integral, diseñada y organizada para funcionar como un todo desde el aspecto penal, administrativo y procesal.

El proyecto se ofrece a la comunidad académica y a los diversos actores e instituciones vinculados con la ejecución penal, con la expectativa de que su estudio, discusión y análisis crítico sirva como una contribución que favorezca el diagrama y diseño de políticas públicas en la materia y coadyuve a la formación de las futuras generaciones de profesionales con interés en la ejecución penal".

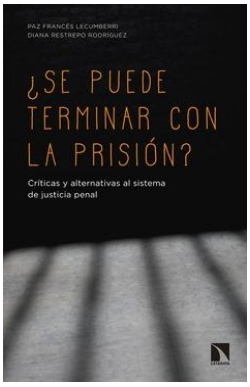
- Arroyo Zapatero, Luis*, Alocución de Luis Arroyo Zapatero con ocasión de la entrada como miembro correspondiente en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia, y un comentario al capítulo XXII de Don Quijote de La Mancha, Instituto de Derecho Penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, con la colaboración de la Société Internationale de Défense

Sociale, 2019. Disponible en español y francés en http://blog.uclm.es/LuisArroyoZapatero/.

- Bacigalupo Saggese*, Los delitos en el ámbito de la administración concursal, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 849-864.
- Benítez Ortúzar, Ignacio F.*, Estafas sobre bienes inmuebles. Especial referencia a las recaídas sobre vivienda, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 879-892.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel*, Análisis de la aplicación jurisprudencial del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 325-345.
- Busato, Paulo César*, Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

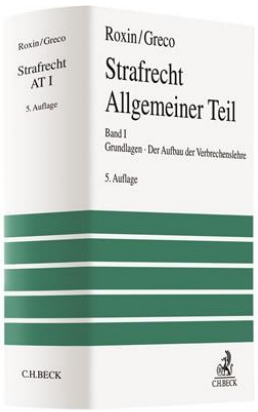
- Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, Madrid, UAM Ediciones, 2019.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo*, ¿Puede calificarse como delito de desobediencia grave a la autoridad el mero incumplimiento de la prohibición de circular por las vías públicas durante el período de confinamiento?, Guías sectoriales Covid-19, Sección de Derechos humanos, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2020, pp. 9-11. Disponible aquí.

- Dopico Gómez-Aller, Jacobo*, Dos interpretaciones contra legem del régime den exoneración de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4), en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 415-430.
- Faraldo Cabana, Patricia*, Traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales. Algunas puntualizaciones sobre el art. 130.2 CP, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 431-444.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, Las medidas educativas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1353-1368.
- Figueiredo Dias, Jorge de*, Sobre la crisis del paradigma penal, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 147-164.
- Francés Lecumberri, Paz*/Restrepo Rodríguez, Diana, ¿Se puede terminar con la prisión? Críticas y alternativas al sistema de justicia penal, Madrid, Los libros de la catarata, 2019.



- Francés Lecumberri, Paz*/Varona, Gema/Zuloaga, Lohitzune, Mitos sobre delincuentes y víctimas: argumentos contra la falsedad y la manipulación, Madrid, Libros de la catarata, 2019.

- García Mosquera, Marta*, Breves apuntes sobre el concepto penal de secreto de empresa, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1023-1034.
- González Cussac, José L.*, El plano técnico-jurídico en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, t. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 473-484.
- Gracia Martín, Luis*, A vueltas con el concepto de consecuencias accesorias del delito, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1395-1410.
- Roxin, Claus*/Greco, Luís*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5.ª ed., C.H. Beck, 2020.



- Greco, Luís*, Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô, São Paulo: Marcial Pons, 2020.

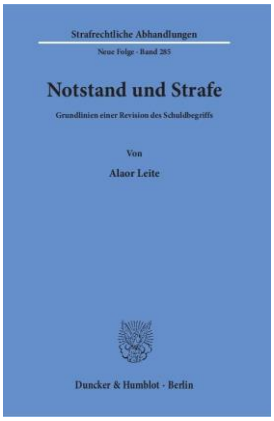
- Greco, Luís*, Strafjurist mit gutem Gewissen - Kritik der opferorientierten Straftheorie, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 258-264.
- Greco, Luis*/Leite, Alaor*, Direito Penal, saúde pública e epidemia – Parte I, Notícia histórica sobre o art. 268 CP e caos regulatório no contexto da Covid-19, Jota, 15/04/2020, disponible aquí.
- Greco, Luís*, As razões do direito penal. Quatro estudos, Viana, E.*/Montenegro, L./Glezer, O. (organizadores y trads.), São Paulo, Marcial Pons, 2019.

- Greco, Luís*, Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, t. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 485-494.
- Gutiérrez Santiago, P., Negligencias médicas en anestesiología y responsabilidad civil del anestesista (Bases teóricas y análisis jurisprudencial), Madrid, Reus, 2020.

- Hortal Ibarra, Juan Carlos*, El estado de salud del Derecho penal del trabajo: o cómo instrumentalizarlo en el tratamiento ambulatorio de fines impropios, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1049-1062.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos*, El principio 'societas delinquere non potest' en la doctrina y legislación chilenas, Revista de Derecho Penal Económico, n.º monográfico sobre Responsabilidad de las personas jurídicas y 'compliance'. La crisis de la imputación jurídico-penal, 2019-1, Rubinzal-Culzoni.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos*, Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Doctrina, jurisprudencia, política criminal, derecho comparado, Chile, Editorial Tirant lo Blanch, 2019.

- Leite, Alaor*, Der Kampf um die richtige Straf(prozess)rechtswissenschaft, Eine Besprechung des spanischen Liber Amicorum für Jürgen Wolter 2018 - Luzón Peña/ Díaz y García Conlledo (Dir.), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 273 ss.
- Leite, Alaor*/Estellita, Heloisa (eds. e introducción), Veículos autônomos e direito penal, São Paulo, Marcial Pons, 2019.

- Leite, Alaor*, Notstand und Strafe: Grundlinien einer Revision des Schuldbegriffs, Berlin, Duncker & Humblot, 2019.

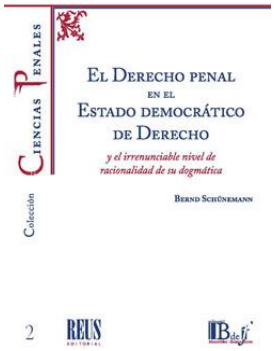


- Luzón Peña, Diego-Manuel (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel (coord.)/de Vicente Remesal, Javier/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/ Trapero Barreales, María A. (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 7.ª ed. Con la colaboración de: Roso, Barber, Jericó, Durán, Fuente*, Pavía, García Mosquera*, Martínez Cantón, García Sobrado*, Rodríguez Vázquez*, Vega*, Francés*, Escobar*, Pérez-Sauquillo*, Torres Cadavid*, Uribe Barrera*, Alpaca Pérez*, Cardona Cardona*, Serrano Suárez*, Ramos Martínez*, Cantillo Arcón*. Madrid, Reus, 2019.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código Penal español), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Concepto lógico-gramatical de autor e imputación objetiva en sentido estricto (un estudio a la luz de la concepción significativa y del Código Penal español), en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 609-622.

- Mendoza Buergo, Blanca*, Autonomía, consentimiento y menores. La pretendida contrarreforma de 2015, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, t. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 639-654.
- Miró Llinares, Fernando*, Libertad de expresión ante el Covid-19, Guías sectoriales Covid-19, Sección de Derechos humanos, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2020, pp. 12-14. Disponible aquí.
- Miró Llinares, Fernando*, Injuriar es ofender. Apuntes sobre la criminalización de los delitos contra el honor desde el enfoque teórico del daño/ofensa, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1161-1174.
- Ortiz Úrculo, Juan Cesáreo*, La seguridad jurídica en Derecho penal, sustantivo y procesal, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 261-274.
- Pantaleón Díaz, Marta*, Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, t. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 683-696.
- Ragués i Vallès, Ramon*, Responsabilidad penal corporativa e infracción de deberes de denuncia y reparación: ¿pueden las empresas lavar la ropa sucia en casa?, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 713-728.
- Robles Planas, Ricardo*, Handeln aus Gewissensgründen, Zur spanischen Festschrift für Claus Roxin 2018 - Luzón Peña (Dir.), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 266-272.
- Rodríguez Horcajo, Daniel*, ¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista?, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 291-306.

- Rodríguez Vázquez, Virxilio*/Torres Cadavid, Natalia*, La responsabilidad penal médica por conductas imprudentes. Evolución de la jurisprudencia española en los últimos años, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1205-1218.
- Roldán Barbero, Horacio*, El sinuoso camino de los enfermos mentales en el sistema penal, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1537-1554.
- Romeo Casabona, Carlos M.ª*/Urruela Mora, Asier*, Aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2, Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2, 3 de abril 2020.
- Rueda Martín, Mª Ángeles*, Una reflexión sobre el desvalor de las acciones de los partícipes en un delito especial: partícipes intranei y extranei, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 773-784.
- Rusconi, Maximiliano*, ¿Crisis de los principios de hecho y de acto en el Derecho penal?, en: Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro (dirs.: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso), vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 307-324.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo*, El mito de la mecánica aplicación judicial de la ley, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 325-345.
- Schünemann, Bernd*, Der Begriff der sog. Einheitstäterschaft im Strafrecht - Kritik eines dogmatischen Monstrums, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 224-231.
- Schünemann, Bernd*, El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática, Roso Cañadillas y Pérez-Sauquillo Muñoz (trads.), Madrid, Reus/B de f, 2019.



- Silva Sánchez, Jesús-María*, Ein Modell für die actio libera in causa. Die actio praecedens als strafbare Teilnahme an der actio posterior, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 240-248.
- Silva Sánchez, Jesús-María*, La legítima defensa que "recae sobre tercero", en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 785 ss.
- Torres Cadavid, Natalia*, La responsabilidad penal del asesor fiscal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

- Rodríguez Vázquez, Virxilio*/Torres Cadavid, Natalia*, La responsabilidad penal médica por conductas imprudentes. Evolución de la jurisprudencia española en los últimos años, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1205-1218.
- Wolter, Jürgen*/Díaz y García Conlledo, Miguel (eds.), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag.

- Wolter, Jürgen*, Diego-Manuel Luzón Peña als Garant einer spanisch-deutschen Strafrechtsdogmatik auf Augenhohe Plädoyer für eine rechtskreisbezogene internationale Strafrechtswissenschaf, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 175-181.
- Wolter, Jürgen*, Objektive objektive Zurechnung in einem zweispurigen Straftatsystem, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 4, 2020, Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag, pp. 212-223.

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos:

a) Miembros del Patronato (con asterisco los mismos)

- 24 de abril de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "La determinación objetiva y positiva del hecho como criterio caracterizador de la autoría y su compatibilidad con el Código Penal boliviano", en: Seminario Internacional y Especializado de Derecho Penal y Procesal Penal. Webinar. Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, UAGRM/Ilustre Colegio de Abogados de Chuquisaca/Academia Boliviana de Ciencias Criminológicas. Bolivia.
- 27 de abril de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "Autoría, participación y responsabilidad penal de personas jurídicas", en: I International Webinar: "Nuevos desafíos para el Derecho Penal", Amachaq Escuela Jurídica y otras instituciones, Lima, Perú.

- 4 de mayo de 2020. Entrevista al Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "Teoría del delito. Autoría y Participación en el Código Penal Boliviano". Cultura Penal, Bolivia.

- 7 de mayo de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "Autoría, participación y responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: Seminario Internacional "La problemática del Derecho penal y procesal penal en tiempos de coronavirus", Higeas Consultores, Perú.

- 13 y 26 de mayo de 2020. Ponencias del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "Aspectos dogmáticos y políticos criminales del derecho penal económico", en: Programa Conciencia Fiscal, ArgosCursa Capacitación Inteligente, Puebla, México.

- 22 de mayo de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "Autoría y participación", en: Programa Internacional de Teoría del Delito, Fiscalía General de la Nación. Quito, Ecuador.

- 27 de mayo de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "Autoría y participación en el Derecho penal", en: Foro Académico Internacional Penal-Laboral, Universidad Técnica de Ambato, Ecuador.

- 28 de mayo de 2020. Participación del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) como Presidente del Tribunal que juzgó la tesis doctoral de D. Enrique Pozo Cabrera (Ecuador, Rector de la Universidad Católica de Cuenca) sobre "Libertad de Cátedra", dirigida por el Prof. Dr. Juan Antonio García Amado*. Otros miembros del Tribunal: Profs. Dres. Pablo Raúl Bonorino Ramírez (Vocal), María José García Salgado. Universidad de León (Sobresaliente cum laude).

- Junio y julio de 2020. Impartición del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) del Módulo "Delito culposo y delito doloso" (48 horas) en la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador.

- 19 de junio de 2020. Conferencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García

Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "Valoración judicial de la prueba", Expertise Abogados & Consultores, Quito, Ecuador.

- Julio de 2020. Impartición del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) del Módulo sobre "La responsabilidad penal" (3 horas) en el Máster en Derecho Deportivo Universitat de Lleida/INEF Catalunya; y del módulo "Autoría y participación en el blanqueo" (1 hora de clase y otras actividades) del II Máster Propio Internacional en prevención y represión del blanqueo de dinero, fraude fiscal y "compliance".

- 16 de julio de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. Autónoma de Madrid, España) sobre "La reforma del delito de sedición". Seminario "La política criminal ante una nueva legislatura: jornadas de las secciones española y portuguesa de la AIDP", organizadas por la AIDP y la Univ. de Cádiz, España.

- 17 de julio de 2020. Ponencia de la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz* (Prof. Ayudante Dra., Univ. de Alcalá, Madrid, España) sobre "Estructuras tícpicas para la protección de bienes jurídicos supraindividuales". Seminario "Atentados contra la salud en época de castástrofe", organizado por Tutores, Derecho, Capacitaciones (Chile).

- 20 de julio de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid, España) sobre "Culpabilidad y libertad". II Jornada de Derecho Penal del Seminario trujillano de Derecho Penals obre "Culpabilidad y Derecho Penal", organizada por la Facultad de Derecho y de Ciencias Políticas de la Univ. Nacional de Trujillo, Perú, y el Estudio Jurídico Carlos Vásquez Boyer & Abogados Asociados.

- 22 de julio de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "Dogmática Penal alemana: principales aportes", en: I Congreso Internacional Interdisciplinario de Derecho y III Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho sobre "Tendencias actuales del derecho peruano ad portas del bicentenario de la fundación de la república: Análisis del estado de la cuestión jurisprudencial". Amachaq Escuela Jurídica y otras instituciones, Lima, Perú.

- 29 de julio de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "Algunos problemas de la actual teoría del error en Derecho Penal y su encaje en el Código Penal uruguayo", en: Seminario periódico de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.

- Agosto de 2020. Impartición del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) del Módulo sobre "Autoría mediata en aparatos organizados de poder" (3 horas), Seminario "Autoría y Participación", Maestría en Derecho Penal de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia).

- 7 de agosto de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", Webinar, Universidad de Cuenca, Ecuador.

- 25 de agosto de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "¿Autoría como dominio del hecho?", en: Taller Internacional en Autoría y Participación, CESJUL, Bogotá, Colombia, y otros países de Iberoamérica.

- 28 de agosto de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "Dolo, culpa y error de tipo en la reforma del COIP", en: "Cuestiones dogmáticas en referencia al Código Integral Penal". Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador.

- 5 de septiembre de 2020. Clase magistral del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado* (Catedrático de Filosofía del Derecho, Univ. de León), sobre "Teoría de la argumentación jurídica: qué es, cómo surge y para qué sirve". Evento organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Huánuco; Perú.

- **25 de septiembre de 2020**. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "Autoría y participación al interior de las empresas y entidades estatales", en Taller de Dogmática Penal "Estado actual de la teoría del delito. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?" Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú) (25 de septiembre).

- **Octubre de 2020.** Impartición del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) del Módulo sobre "Autoría y participación" (15 horas), Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); y del módulo "Autoría y participación: aparatos organizados de poder" (6 horas), Maestría en Derecho. Énfasis en Derecho penal y procesal penal, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

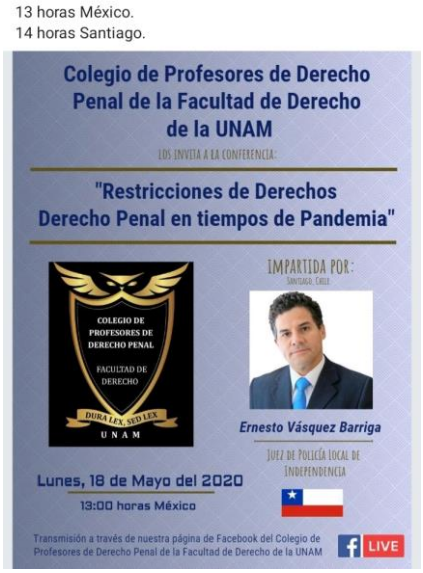
- **1 de octubre de 2020**. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España) sobre "Derecho

penal y teoría jurídica: no solo dogmática jurídica, pero nunca sin ella", en: II Seminario del Proyecto CRESTA: Crisis del Derecho Penal en el Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias, Universidad de Castilla-La Mancha.

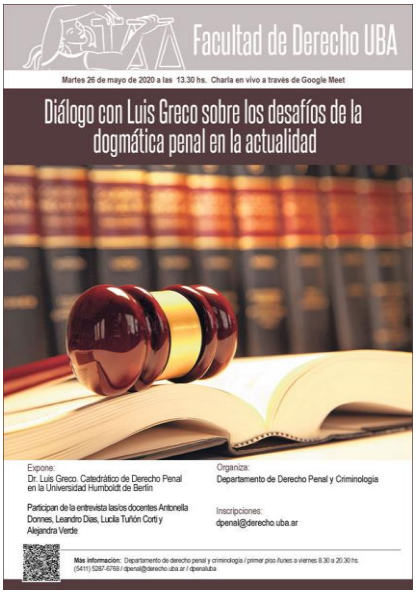
- **14 de octubre de 2020.** Participación del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Oviedo) en la Mesa redonda: Bases ideológicas del Derecho penal para la aporofobia (I y II), con una ponencia sobre "Gerencialismo". Congreso Internacional sobre aporofobia y Derecho Penal, organizado por el Departamento de Derecho Penal de la Univ. de Salamanca (dir. Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda*). Lugar: Facultad de Derecho, Univ. de Salamanca, Salamanca, España.

b) Socios (con asterisco los socios)

- 18 de mayo de 2020. Ponencia del Prof. Ernesto Vásquez Barriga* (Juez de Policía Local de Independencia, Profesor de las Univ. de Chile y de Santiago y socio de la FICP) sobre "Restricciones de Derechos. Derecho Penal en tiempos de pandemia". Evento virtual organizado por el Colegio de Profesores de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Univ. Nacional Autónoma de México (UNAM):



- 26 de mayo de 2020. Diálogo con el Prof. Dr. Luís Greco sobre "Los desafíos de la dogmática penal en la actualidad". Evento organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Univ. de Buenos Aires, Argentina.



- 16-17 de julio de 2020. Con motivo de la celebración del Seminario “La política criminal ante una nueva legislatura: jornadas de las secciones española y portuguesa de la AIDP”, organizadas por la AIDP y la Univ. de Cádiz, España, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

  – Ponencia de la Prof. Dra. María Acale Sánchez* (Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de Cádiz, España) sobre “La prisión permanente revisable y el sistema de penas”.

  – Ponencia de la Prof. Dra. Patricia Faraldo Cabana* (Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de La Coruña, España) sobre “Ley de libertades sexuales y reforma de los delitos contra la libertad sexual”.

  – Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Valencia, España) sobre “Ley de muerte digna y eutanasia”.

- 22 de julio de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria* (socio fundador del Estudio Caro & Asociados) sobre "Derecho penal de los robots: ¿responsabilidad penal de los agentes de inteligencia artificial?". II Jornada de Derecho Penal del Seminario trujillano de Derecho Penal sobre “Culpabilidad y Derecho penal”, organizada por la Facultad de Derecho y de Ciencias Políticas de la Univ. Nacional de Trujillo, Perú, y el Estudio Jurídico Carlos Vásquez Boyer & Abogados Asociados. Transmisión a través de facebook live.

- 23 de julio de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Alaor Leite* (Investigador en la Univ. Humboldt de Berlín) sobre los límites de la libertad de expresión. Encuentro en la Fundação FHC sobre "Liberdade de expressão: vale tudo ou há limites?".

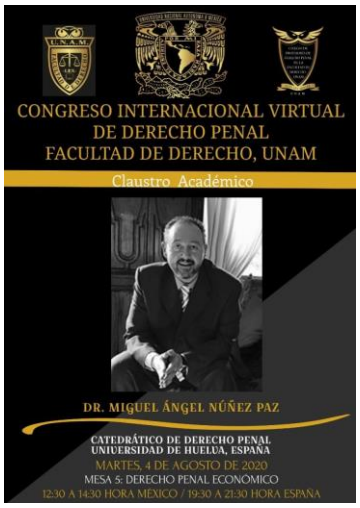
- 27 de julio de 2020. Participación del Prof. Dr. Alaor Leite* (Investigador en la Univ. Humboldt de Berlín) en la mesa redonda sobre "Pandemia, crimes contra a saúde e sistema carcerario". I Congresso Digital COVID-19: Repercussões Jurídicas e Sociais da Pandemia, organizado por la OAB Nacional.

- 3-13 de agosto de 2020. En el marco del Congreso Internacional Virtual de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Univ. Nacional Autónoma de México sobre "La ciencia jurídico-penal, unida por la Facultad de Derecho de la UNAM", han tenido lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

  – Conferencia magistral del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José María Silva Sánchez* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Pompeu Fabra, Barcelona, España). Vídeo disponible aquí.

  – Participación del Prof. Dr. Luigi Foffani* (Catedrático de Derecho Penal. Univ. di Modena, Italia) y del Prof. Dr. Javier Fernández Teruelo* (Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Oviedo, España) en la mesa sobre "Compliance" con sendas ponencias al respecto. Vídeo disponible aquí.

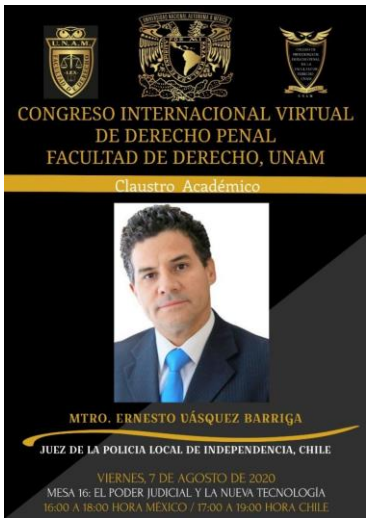
  – Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Ángel Núñez Paz* (Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Huelva, España) en la mesa sobre "Derecho penal económico" con una ponencia sobre "El sistema de atenuantes en la responsabilidad penal empresarial". Vídeo disponible aquí.



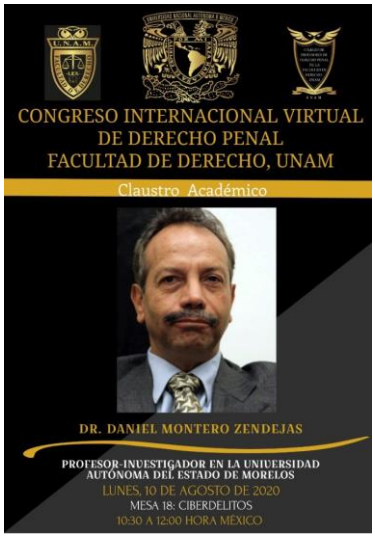
– Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Moisés Moreno Hernández* (Catedrático de Derecho Penal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México) y del Prof. Dr. Miguel Polaino-Orts* (Prof. titular de Derecho Penal de la Univ. de Sevilla, España) en la mesa sobre "Estado actual de la teoría del delito" con ponencias, respectivamente, sobre "Teoría del delito" y "Derecho penal del enemigo". Vídeo disponible aquí.

– Participación del Prof. Dr. Francisco Javier Álvarez García* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Carlos III de Madrid, España) en la mesa sobre "Teoría del delito" con una ponencia sobre "Teoría del delito". Vídeo disponible aquí.

– Participación del Mtro. Ernesto Vásquez Barriga* (juez de la policía local de Independencia, Chile) en la mesa sobre "El Poder judicial y la nueva tecnología" con una ponencia sobre "Restricción de derechos en tiempos de pandemia". Vídeo disponible aquí.



– Participación del Prof. Dr. Daniel Montero Zendejas* (Catedrático de la Univ. Autónoma del Estado de Morelos) en la mesa sobre "Ciberdelitos", con una ponencia sobre "Cibercriminalidad financiera". Vídeo disponible aquí.



– Particpación del Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria* (socio fundador del Estudio Caro & Asociados) en la mesa sobre "Derecho penal económico" con una ponencia sobre "Compliance".Vídeo disponible aquí.

– Participación de la Prof. Dra. Patricia Gallo* (Prof. Ayudante en la Univ. de Buenos Aires) en la mesa sobre "Política criminal y derechos humanos" con una ponencia sobre "Formas modernas de esclavitud y explotación laboral". Vídeo aquí.

– Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult, Ricardo Ángel Basílico* (Juez de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal N° 8 de Buenos Aires, Director de la Escuela de Abogacía de la Universidad Kennedy, Presidente del IPADEP en Argentina) en la mesa sobre "Derechos de las víctimas" con una ponencia al respecto. Vídeo aquí.

– Conferencia magistral del Prof. Dr. Miguel Abel Souto (Catedrático acred. de Derecho Penal de la Univ. de Santiago, España, Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa). Vídeo aquí.

▪ 21 de agosto de 2020. Con motivo de la celebración de la mesa redonda "La antinomia entre el individuo y el Estado en el pensamiento del maestro Juan Bustos Ramírez", organizada por la Revista Peruana de Ciencias Penales y la

Univ. Pontificia San Juan Bautista, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

– Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Zaragoza) sobre "Revisión crítica de los conceptos tradicionales del Derecho Penal".

– Ponencia del Prof. Dr. Hernán Hormazábal Malarée* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Gerona) sobre "Injusto y culpabilidad en Juan Bustos Ramírez".

- 1 de septiembre de 2020. Con motivo de la celebración del Coloquio Internacional sobre "La cibercriminalidad financiera y el blanqueo de activos", entre Uruguay y México, celebrado a través de Facebook Live, han tenido lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

  – Ponencia del Prof. Dr. Daniel Montero Zendejas* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. Autónoma del Estado de Morelos, Univ. Nacional Autónoma de México) sobre "La macrofinalidad financiera, el dinero digital y las criptomonedas".

  – Ponencia del Prof. Dr. Raúl Cervini* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. Católica de Uruguay y Univ. de la República, Montevideo, Uruguay) sobre "Los commons y su necesaria regulación penal".

- **13 – 16 de octubre de 2020**. Con motivo de la celebración del Congreso Internacional sobre aporofobia y Derecho Penal, organizado por el Departamento de Derecho Penal de la Univ. de Salamanca (dir. Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda*), tendrán lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

  – Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* (Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Salamanca) en la mesa redonda sobre "La pobreza y la protección penal internacional de los derechos humanos".

  – Participación de las Profs. Dras. Ana E. Liberatore Bechara* (Catedrática, Univ. Sao Paulo, Brasil) y Wendy Pena González* (Doctoranda, Univ. de Salamanca) en la mesa sobre "Bases ideológicas del Derecho penal para la aporofobia (I y II)" con ponencias sobre "Punitivismo" y "Comunitarismo" respectivamente.

  – Participación de la Prof. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez* (Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de Salamanca) en la mesa sobre "Manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal 'del amigo'", con una ponencia sobre "Otras manifestaciones del Derecho penal del amigo en el Derecho penal económico".

  – Participación de las Profs. Dras. Ana Isabel Pérez Cepeda* (Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de Salamanca) y Demelsa Benito Sánchez* (Profesora contratada doctora de la Universidad de Deusto) en la mesa sobre "Manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal de aporofobia. Criminalización de delitos de bagatela" con ponencias,

respectivamente, sobre "Ocupación pacífica de inmuebles" y "Hurtos mínimos y ataques irrelevantes a la propiedad industrial e intelectual".

– Participación de los Profs. Dres. Guillermo Portilla Contreras* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Jaén) y María Acale Sánchez* (Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz) en la mesa sobre "Manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal de aporofobia II" con ponencias, respectivamente, sobre "Criminalización de la protesta y los movimientos sociales" y "Mujer, inmigrante y pobre".

(ii) Organización de seminarios y congresos:

- **Curso o Diplomado internacional en argumentación jurídica**

  25 de septiembre de 2020 – 16 de enero de 2021. Consta de 5 módulos de 20 horas cada uno, 100 horas en total, siete horas por fin de semana: 3 en viernes, 4 en sábados (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado*). Más información, aquí.

- **Congreso Internacional sobre aporofobia y Derecho Penal**

  13 – 16 de octubre de 2020. Evento organizado por el Departamento de Derecho Penal de la Univ. de Salamanca (dir. Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda*). Lugar: Facultad de Derecho, Univ. de Salamanca, Salamanca, España. Más información, aquí.

- **Congreso Internacional "Odio y discriminación en tiempos convulsos"**

  4 de marzo de 2021 (o durante el primer trimestre de 2021). Evento organizado por el Proyecto DER 2017- 84178-P "Comportamientos basados en el discurso del odio: respuestas desde el Derecho penal y otras disciplinas del ordenamiento jurídico" de la Univ. de Málaga (dirs.: Profs. Dres. Patricia Laurenzo Copello* y Alberto Daunis Rodríguez). Lugar: Salón de Grados, Facultad de Derecho, Univ. de Málaga. Presentación de resúmenes de comunicaciones hasta el 15 de octubre. Más información aquí.