



PARTE GENERAL

- **El delito. Circunstancias eximentes.**
- **Los grados de participación criminal.**
- **Los grados de ejecución del delito.**
- **Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.**

EL DELITO

- **Concepto y estructura**
- **Circunstancias eximentes**

Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros; un asesinato es otra cosa que una estafa o un hurto; cada uno de estos delitos presenta peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito.

CONCEPTO

La primera tarea es dar un concepto de delito que contenga todas las características que debe tener un hecho para ser considerado como tal y ser sancionado, en consecuencia, con una pena.

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* (no hay delito sin ley) que rige en el moderno Derecho y que impide considerar delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal

En el nuevo Código Penal, el **art. 10, dispone: «Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley»**. En esta definición se incluyen unos elementos que el legislador exige para considerar una acción u omisión como delito o falta. Pero tampoco en estas definiciones se describen expresamente todos los elementos necesarios para considerar que una acción u omisión sean delito o falta.

En términos generales se puede definir el delito como la ***acción típica antijurídica y culpable castigada por la ley con una pena***. A continuación pasaremos a analizar de forma concreta esta frase.

ESTRUCTURA

Dos son los pilares básicos en los que se apoya el concepto de delito: la antijuridicidad y la culpabilidad.

*** ANTIJURIDICIDAD.**

Significa que la conducta es contraria a Derecho. Un hecho antijurídico es un hecho prohibido o distinto al ordenado por la norma.

*** CULPABILIDAD.**

Además de que el hecho sea antijurídico, es necesario que el autor del mismo lo cometa en condiciones psíquicas de normalidad, es decir es preciso que el autor sea imputable. No son culpables, pues, de los hechos antijurídicos que cometen, sujetos como los enajenados, los menores de edad penal, etc.

La imputabilidad se puede definir por tanto como la capacidad de actuar culpablemente.

También dentro de la culpabilidad se puede analizar si el delito ha sido cometido voluntariamente, es decir, con *dolo*, o, es fruto de un descuido en la forma de actuar, llamado *imprudencia*. Evidentemente el delito realizado voluntariamente a sabiendas es más grave penalmente.

Además de estos dos elementos básicos, es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- 1.- La concurrencia de un **comportamiento humano**. De ello se desprende que la mera intención no es punible, se requiere una transcendencia exterior del pensamiento o intención. En algunas ocasiones determinados delitos castigan no

un comportamiento humano, es decir, una *acción*, sino una *omisión*: el sujeto no actúa cuando está obligado a ello. (P. ej. No prestar auxilio a quien lo necesita).

El Código Penal diferencia dentro de la acción: Las acciones de simple actividad y la acción de resultado, y dentro de la omisión: la omisión pura y la comisión por omisión.

- 2.- Pero además de la presencia de un comportamiento humano, es necesario que ese hecho esté previsto en la ley como constitutivo de una especie o figura (tipo) de delito, como el asesinato, el robo, la estafa, etc. El estudio de los distintos tipos de delito constituye el objeto de la Parte Especial del Derecho Penal.

La **tipicidad** es una exigencia del principio de legalidad. La tipicidad supone la descripción de una conducta en la ley penal.

- 3.- En las definiciones jurídicas del delito suele incluirse la **punibilidad** como el último de sus elementos. Puede decirse, como regla general, que cuando se dan todos los elementos del delito que hasta ahora hemos estudiado, la consecuencia inmediata es que resulta posible imponer la pena prevista al autor del hecho.

CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD

CRIMINAL

El delito se compone de unos elementos básicos que hemos estudiado anteriormente y sin los cuales no puede existir. Tales elementos son: la acción, la antijuridicidad, la tipicidad, la culpabilidad y la punibilidad. Si alguno de estos elementos falta, por encontrarnos ante alguna circunstancia contemplada en el C. P., se produce una situación de irresponsabilidad que exime al autor de responder penalmente.

Las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal se encuentran recogidas en **los artículos 19 y 20 del Código Penal**.

A continuación haremos una breve referencia a cada una de ellas:

1.- MINORÍA DE EDAD. (Art. 19 C.P.)

El Art. 19 declara exento de responsabilidad criminal con arreglo al Código Penal al menor de 18 años. Pero acto seguido en el párrafo segundo del mismo artículo se dispone que *“cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad del menor”*.

Con la entrada en vigor de la L. O. 5/2.000, de 12 de enero, modificada por la L.O. 8/2006 de 4 de diciembre, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se ha dado aplicación práctica a dicha previsión.

2.- ANOMALÍAS O ALTERACIONES PSÍQUICAS. (Art. 20.1 C.P.)

El número 1 del art. 20 declara exento de responsabilidad criminal al “*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*”.

Se exige siempre el efecto psicológico, derivado de cualquier anomalía o alteración psíquica. El efecto psicológico constituye, una perturbación de las facultades intelectivas o volitivas y esta perturbación debe incidir en la comprensión de la ilicitud del hecho o en la capacidad de orientar la conducta conforme a dicha comprensión. Sería el caso de determinadas enfermedades mentales que impiden al sujeto formar libremente su voluntad.

El párrafo segundo del art. 20 número 1 alude al Trastorno Mental Transitorio como circunstancia eximente que se caracteriza fundamentalmente por la brevedad de su duración temporal; si bien ha de anular la capacidad intelectual y volitiva del mismo modo y con la misma intensidad que se requiere en los supuestos de anomalías o alteraciones psíquicas permanentes.

No procederá la exención de la responsabilidad para los supuestos en que el trastorno mental “hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

En definitiva los requisitos necesarios para que se dé esta situación son:

- 1.- Brusca aparición.
- 2.- Irrupción en la mente del sujeto con pérdida de facultades intelectivas o volitivas.
- 3.- Breve duración.
- 4.- Que no sea autoprovocado.

3.- **INTOXICACIÓN PLENA POR CONSUMO DE ALCOHOL Y DROGAS TÓXICAS-ESTUPEFACIENTES, PSICOTRÓPICAS Y OTRAS DE EFECTOS ANÁLOGOS.** (Art. 20.2 C.P.)

El art. 20 número 2 define dos situaciones que dan lugar a la exención completa de la responsabilidad:

- * Intoxicación plena, no preordenada al delito, presente en el momento de comisión del mismo, debida al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas..., de manera que anule las facultades psíquicas del agente de forma que no se de cuenta del alcance y trascendencia de sus actos.
- * El Síndrome de abstinencia inhabilitante, es decir aquel derivado de la falta de consumo de sustancias de la que se dependen, pero que ha de ser de tal magnitud, que impida al sujeto comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

4.- **ALTERACIÓN EN LA PERCEPCIÓN.** (Art. 20 número 3. C.P.)

Están exentos de responsabilidad criminal:

“El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”.

La alteración en la percepción (sordomudez, ceguera) no es, por sí sola suficiente para declarar la exención de responsabilidad, lo que importa es el efecto psicológico que produce: *“alterar gravemente la conciencia de la realidad”*. Con el término "realidad" se está haciendo referencia a la realidad normativa y, en concreto, a la significación antijurídica del hecho. (P.ej. el sordomudo que carece totalmente de formación y desconoce que apropiarse de algo ajeno es algo que no se debe hacer.).

Es necesario que se dé un requisito cronológico: el defecto ha de ser innato (desde el nacimiento) o adquirido en la infancia.

5.- **LEGÍTIMA DEFENSA.** (Art. 20 número 4.)

Queda exento de responsabilidad criminal por los daños o lesiones que pudiera causar, el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:

* **Agresión ilegítima**

Debe existir una agresión que la persona no está obligada a soportar. Esta ha de ser real y actual, no cabe apreciar la legítima defensa cuando la agresión ha cesado. Es decir debe existir unidad de acto entre la agresión y la defensa.

* **Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.**

La fuerza utilizada ha de ser proporcionada e imprescindible al fin de la defensa.

Se tendrá en cuenta las circunstancias del caso, el estado anímico del agredido y los medios de que disponga en el momento de ejecutar la acción.

* **Falta de provocación suficiente por parte del defensor.**

La provocación se ha de entender como provocación a la agresión ilegítima, incitar a ella.

6.- **ESTADO DE NECESIDAD.** (Art. 20 número 5. C.P.)

El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber no responderá penalmente por ello, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- **Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.**
Puede darse tanto en caso de conflicto de bienes desiguales (daños para salvar la vida) como entre bienes iguales (matar a otro para salvar la propia vida). El mal que se pretende evitar ha de suponer un peligro inminente, no evitable por otros medios menos lesivos.
- **Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.**
- **Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.**
Se supone que el que actúa en esta situación no está obligado a soportarla; pero si la situación es normal dentro del ámbito de su profesión entonces está, en principio y dentro de los límites de lo razonable, obligado a soportarla.

7.- **MIEDO INSUPERABLE.** (Art. 20 número 6. C.P.)

“El que obre impulsado por miedo insuperable”

La situación que genera el miedo ha de ser real, grave e inminente. El miedo es aquel que, aún afectando psíquicamente al que lo sufre, le deja una opción o posibilidad de actuación.

La insuperabilidad del miedo, requerida para que opere la eximente, implica la imposibilidad psíquica de que el sujeto que lo padece pueda dominarlo o neutralizarlo.

Por lo tanto no se trata de un “simple” miedo sino de aquel, que por ser insuperable, domina al sujeto.

8.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER. (Art. 20.7 C.P.)

Para que actúe la eximente es preciso:

- que el deber invocado sea un deber jurídico, esto es, impuesto por el ordenamiento.
- que el sujeto actúe con la finalidad de cumplir ese deber.
- el ejercicio del deber ha de hacerse dentro de los límites que ese deber impone: el abuso o desviación de poder y todo lo que rebase la competencia del obligado cae fuera de la eximente.

El supuesto de aplicación más generalizado de esta eximente es el del ámbito de los agentes de la autoridad, pues en el ejercicio de su función vienen obligados a la realización de una serie de actos, con capacidad de causar daños o lesionar en bienes jurídicos de otras personas.

Interesa determinar cuando el empleo de la violencia por parte de la Policía es justificado desde el punto de vista penal:

Requisitos básicos de legitimidad de toda actuación policial y en especial de la que suponga empleo de fuerza:

- 1.- Legalidad: (habilitación legal)
- 2.- Necesidad: Que no quede otra alternativa sino emplear la fuerza o la violencia.
- 3.- Idoneidad: Que el empleo de la fuerza necesaria sea la idónea al caso concreto y que quien la utilice esté adiestrado en el uso de la misma.
- 4.- Proporcionalidad: El empleo de la fuerza debe ser lo menos lesivo posible.

9.- EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO. (Art. 20.7 C.P.)

A diferencia del cumplimiento de un deber donde el sujeto carece de opción para actuar de otro modo, en el ejercicio de un derecho existe una facultad de un titular a la que se puede renunciar o de la que se puede no hacerse uso.

El carácter legítimo del derecho ejercitado quiere decir que ha de ser una facultad apoyada en el derecho.

10.- EJERCICIO DE UN OFICIO O CARGO. (Art. 20.7 C.P.)

El desempeño de ciertas profesiones motiva que se realicen actos dentro del ámbito profesional que aún con apariencia delictiva resultan finalmente ser lícitos al concurrir una causa de justificación.

La eximente comprende tanto los cargos públicos, como las profesiones privadas.

(Ej.: Abogado que en el ejercicio de la defensa de sus clientes se ven obligados a hacer imputaciones a la otra parte, que objetivamente pueden parecer injuriosas o calumniosas).

DE LAS PERSONAS CRIMINALMENTE RESPONSABLES

De entre todas las personas que pueden intervenir en la realización de un delito, el art. 27 del C.P. declara responsables criminalmente de los delitos y faltas a los autores y sus cómplices.

El art. 28, considera autores no solo a los que toman parte directa en la ejecución de los hechos, sino también a los inductores y a los cooperadores necesarios, reservando la calificación de cómplices para los cooperadores no necesarios

LA AUTORÍA

Autoría es la realización del hecho, bien tenga lugar éste inmediatamente y por obra de una sola persona (autoría directa individual), bien se lleve a cabo valiéndose de otro como instrumento (autoría mediata) o se ejecute conjuntamente con otros (coautoría).

A.- AUTORÍA DIRECTA INDIVIDUAL.

Es el que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho.

B.- AUTORÍA MEDIATA.

Aquella en la que el autor, no realiza directa y personalmente el delito, sino que se sirve de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza.

La autoría mediata supone normalmente un dominio de la acción o de la voluntad del que actúa por parte del autor mediato y, por tanto, la ausencia de acción en el instrumento humano del que se sirve.

C.- COAUTORÍA.

Es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente.

LA PARTICIPACIÓN

A diferencia de la autoría, que es la realización del hecho propio, la participación es contribución al hecho ajeno.

El partícipe no realiza por sí mismo el hecho delictivo, sino que favorece o coopera a la realización ajena.

LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN

A.- LA INDUCCIÓN.

El art. 28 a) atribuye la consideración de autores a los que inducen directamente a otro u otros a ejecutar los hechos constitutivos de delito.

Inducir es determinar a otro a la realización de la infracción penal. El que induce hace nacer a otro una voluntad delictiva de la que carecía.

B.- LA COOPERACIÓN NECESARIA.

El art. 28 b) atribuye, así mismo la condición de autores a "*los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*".

En esencia se trata, de un acto de auxilio anterior o simultáneo al delito, pero caracterizado por la importancia objetiva que reviste el mismo para la comisión del delito, importancia que llega a tal punto que sin tales actos el hecho criminal no se hubiera podido perpetrar.

“Tanto los inductores como los cooperadores necesarios, tienen la consideración de autores, puesto que el Código penal les asigna la misma pena que a éstos”.

C.- LA COMPLICIDAD.

El **art. 29 del C.P.** establece que serán cómplices:

"los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos "

La complicidad, es una figura que se determina por exclusión, es decir son cómplices todos aquellos que no son autores materiales, ni inductores, ni cooperadores necesarios. El cómplice es, un personaje secundario que facilita la realización del delito, pero sin que lleve a cabo actos propios de ejecución o absolutamente necesarios para ésta.

D.- ENCUBRIMIENTO. (Art. 451)

El código Penal en su artículo 451 regula el Delito de Encubrimiento dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, configurándolo como un delito autónomo, y superando la anterior concepción del encubrimiento como una forma de participación delictiva.

El bien jurídico protegido en el delito de encubrimiento no es sino el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Autor de un delito de encubrimiento es aquel que conociendo de la existencia de un hecho delictivo ya realizado, en el que no ha participado ni como autor ni como cómplice, realiza con posterioridad las siguientes conductas:

- 1º.- Auxilia a los autores o cómplices del delito para que se beneficien del producto del delito, siempre que no exista ánimo de lucro propio.
- 2º.- Oculta, altera o inutiliza el cuerpo, efectos o instrumentos del delito, con la finalidad de impedir su descubrimiento.

3º.- Ayuda a los autores o cómplices del delito a eludir la investigación de la autoridad o a sustraerse a su busca y captura, siempre y cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a.- Que el hecho encubierto sea constitutivo de alguno de los siguientes delitos:

- Delito de traición
- Delito de Homicidio al Rey, su consorte, Príncipe, ascendientes, o descendientes.
- Delito de genocidio
- Delito de lesa Humanidad
- Delito de Terrorismo
- Delito de Homicidio
- Delitos contra los bienes o personas en caso de conflicto armado.
- Rebelión
- Piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos.

b.- Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones pública .

Para que pueda darse el delito de encubrimiento, se precisa la concurrencia de varios elementos:

- a.- Previa comisión de un delito.
- b.- Conocimiento de la realización de ese delito
- c.- Intervención posterior a la perpetración del delito.
- d.- No haber intervenido en ese delito ni como autor ni como cómplice
- e.- Intervenir realizando cualquiera de las conductas descritas en el artículo 451.

El código penal prevé en el artículo 454 la exención de responsabilidad criminal a aquellos encubridores que lo sean por delitos realizados por su cónyuge, o persona unida por análoga relación de afectividad, por descendientes, ascendientes, hermanos tanto naturales como adoptados, y afines.

Ahora bien tal excepción no es de aplicación cuando se trate de la modalidad encubridora prevista en el apartado 1º del artículo 451; esto es, el auxilio a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito.

GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO

Llamamos Iter Criminis a la serie de etapas sucesivas por las que atraviesa el hecho punible, desde su concepción hasta su producción; estas etapas van desde que surge la decisión de cometer el delito hasta la consecución de las metas últimas pretendidas con su comisión, pasando por su preparación, comienzo de la ejecución, conclusión de la acción ejecutiva y producción del resultado típico. No todas estas fases son relevantes desde el punto de vista jurídico penal.

La simple decisión de delinquir no manifestada al exterior es irrelevante para el derecho penal. La consumación del delito, por el contrario, acarrea la imposición de la pena prevista en el tipo delictivo. Entre uno y otro momento se sitúan los actos preparatorios y los ejecutivos del delito.

LOS ACTOS PREPARATORIOS.

Aunque no son propiamente de ejecución, tienden a preparar la realización del delito.

Los Actos Preparatorios que define el Código Penal son los siguientes:

- **Conspiración.**
- **Proposición.**
- **Provocación.**

CONSPIRACIÓN.

La conspiración existe cuando *dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. (Art. 17 (I) C.P.)*

- Coincidencia de voluntades para ejecutar el delito.
- Resolución decidida y firme de ejecutar el delito.

PROPOSICIÓN.

La proposición existe cuando *el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo (Art. 17 (2) C. P.)*

Se trata, de un proyecto de eventual ejecución conjunta, no de que otro cometa sólo el delito.

Si el que recibe la proposición la acepta se convierte en Conspirador y, si la rechaza, queda libre de responsabilidad.

PROVOCACIÓN

La provocación existe cuando *directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. (Art. 18 C.P.)*

La provocación es una incitación genérica al delito no dirigida a sujeto determinado. Se diferencia de la proposición en que en la provocación el sujeto intenta determinar a otro a la ejecución de un delito, pero sin tomar parte directa en él.

Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigaría como Inducción (la inducción es una forma de participación en el delito).

La conspiración, proposición y provocación para delinquir sólo se castigarán en los casos en que la Ley de modo expreso así lo determine.

FASE EJECUTIVA

La fase ejecutiva comienza cuando la resolución criminal ya tomada, y eventualmente manifestada, se comienza a traducir en hechos.

TENTATIVA

Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

El Código de 1995, ha refundido en el concepto de tentativa los antiguos conceptos de tentativa y frustración.

Elementos que integran la tentativa:

- Resolución delictiva.
- Ejecución idónea.

Esta ejecución puede ser parcial o total y se encuentra producida cuando realmente se han llevado a cabo todos los actos necesarios. Tales actos de ejecución deben producir objetivamente el resultado, es decir, ser idóneos para producir éste.

- Falta de producción del resultado delictivo.

Es lo que diferencia la tentativa de la consumación. La falta de resultado obedecerá a causas extrañas a la voluntad del agente, sea por su ineptitud, o la intervención de factores extraños de carácter natural, o por la intervención de terceros, o por la eficaz y oportuna reacción de la víctima, o cualquier otra causa independiente de la voluntad del agente.

Queda exento de responsabilidad:

- Quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado.
- Aquél o aquellos que, en un hecho en que intervengan varios sujetos, desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente la consumación.

En ambos casos estarán exentos de responsabilidad, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

CONSUMACIÓN

El delito consumado se produce cuando se ha recorrido todo el Iter Criminis; decimos que existe delito consumado, cuando el sujeto activo alcanza el objetivo por el que delinquiró.

El **art. 61 del C. P.** dispone que siempre que la ley señale generalmente la pena de una infracción, se entenderá que la impone a la consumada.

El **art. 15 del C.P.** declara punible el delito consumado y la tentativa de delito. Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, salvo las faltas tentadas contra las personas o el patrimonio.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal son aquellas que inciden sobre ésta, por afectar a alguno de los elementos esenciales del delito susceptibles de graduación, de tal modo que al debilitar o aumentar su intensidad producen, como consecuencia, una disminución o un aumento de la pena.

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

Las circunstancias atenuantes son aquellas circunstancias que disminuyen la responsabilidad criminal, sin hacerla desaparecer y que, por tanto, producen una disminución de la pena. A continuación procederemos al estudio de las llamadas Eximentes Incompletas y de las atenuantes específicas:

EXIMENTES INCOMPLETAS

Son las mismas que las recogidas en el art. 20 del C.P. cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad. Según el art. 21.1º C.P. tienen el efecto de atenuar la pena.

ATENUANTES ESPECÍFICAS

Son las que se encuentran singularizadamente contenidas en el art. 21, y consisten en un hecho o circunstancia previamente determinado.

➤ **Grave adicción al alcohol o a las drogas. (Art. 21.2º C.P.)**

Hace referencia a aquellos supuestos en que el sujeto, sin estar sometido a la completa falta de control que acompaña al síndrome de abstinencia o al momento de embriaguez o alucinación de la droga, orienta su actuación a la consecución del tóxico al que es adicto o experimenta en su comportamiento la influencia distorsionadora de esa necesidad patológica.

La atenuante requiere que exista una adicción de carácter patológico y no una mera afición o hábito.

➤ **Arrebato u obcecación. (21.3º C.P.)**

El arrebato u obcecación implica un estado emotivo en el sujeto que altera su inteligencia y/o su voluntad disminuyéndolas sensiblemente. Supone la pérdida de control sobre uno mismo, pero sin que la influencia sobre las facultades del sujeto tenga la profundidad y raigambre propios del trastorno mental o de la alteración o anomalía psíquica propiamente dicha.

➤ **Confesión de la infracción a las autoridades. (Art. 21.4º C.P.)**

Consiste en proceder el culpable a confesar a las autoridades, la infracción criminal cometida. La confesión o reconocimiento ha de versar sobre todos los extremos de la infracción penal, de tal manera que ésta quede total o sustancialmente aclarada sin necesidad de una costosa investigación por las autoridades.

Tal confesión ha de producirse antes de que el culpable tenga conocimiento de que el procedimiento judicial se dirige contra él.

➤ **Reparación del daño. (Art. 21.5º C.P.)**

Para ser apreciada, debe proceder el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a reducir los efectos dañosos de la infracción penal, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. En todo caso, ha de conseguir una cierta entidad para alcanzar el rango de atenuante.

Dilaciones en la tramitación del procedimiento (Art. 21.6º C.P.)

La reforma introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 (con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010) ha añadido como circunstancia atenuante “la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”.

ATENUANTE ANALÓGICA

Recogida en el art. 21.7 establece una cláusula legal de analogía beneficiosa para el reo, permitiéndose atenuar la pena en situaciones no previstas en los números anteriores pero similares a las reflejadas en ellas.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Son aquellas circunstancias accidentales al delito que, influyendo en alguno de los elementos esenciales del mismo, determinan una mayor pena. El Código Penal sigue un sistema de “numerus clausus” en la determinación de los mismos con prohibición absoluta de la analogía.

➤ **Alevosía. (Art. 22.1. C.P.)**

Hace referencia al uso de medios, modos o formas que se emplean en la ejecución de la infracción penal, con la intención de no correr riesgos que provengan de una posible reacción defensiva de la víctima, es decir el autor emplea un medio en la ejecución que anula los resortes defensivos de la víctima.

➤ **Abuso de superioridad, disfraz... (Art. 22.2. C.P.)**

Está contemplada junto a las otras agravantes de este número en base a que todas ellas producen dificultad en la defensa del ofendido.

- ***Abuso de superioridad***

El abuso de superioridad se refiere tanto a la superioridad física (acometimiento de varios atacantes, enfermedad de la víctima, diferencia de edad, etc.) como la desproporción de medios de ejecución (empleo de armas de una gran eficacia o contundencia, por ejemplo). El abuso de superioridad aminora o debilita las posibilidades de defensa.

Su fundamento está en la mayor peligrosidad que muestra el agente.

- ***Disfraz***

Consiste en el empleo de este medio engañoso para facilitar la comisión del delito, concretamente de cualquier medio, artificio o procedimiento gracias al cual se ocultan desfiguran o enmascara las facciones, apariencia exterior o indumentaria habitual del agente, de tal manera que haga imposible o muy difícil su identificación o la comprobación de su identidad. El fundamento de la agravante reside en la mayor facilidad que otorga este medio para la ejecución del delito.

- ***Aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas.***

Se recogen las antiguas circunstancias de nocturnidad, despoblado y cuadrilla, aunque difícilmente el "auxilio de otras personas" será una situación de la que el autor pueda simplemente "aprovecharse" sino que normalmente habrá sido propuesta por él.

- **Precio, recompensa o promesa. (Art. 22.3.)**

Lo decisivo es el móvil de lucro. La agravante queda referida a quien recibe la dádiva.

- **Motivos racistas y discriminatorios. (Art. 22.4.)**

Con esta circunstancia, el legislador quiere dar respuesta penal al creciente y alarmante aumento de las conductas racistas, intolerantes y xenófobas que está sufriendo la sociedad.

- **Ensañamiento. (Art. 22.5).**

Consiste en aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causándole a ésta males innecesarios para cometer el delito y cuya gravedad no ha sido tenida en cuenta por la ley al señalar la pena ordinaria.

- **Abuso de confianza. (Art. 22.6.)**

Existe cuando el autor de un delito, falta a la lealtad con la que debiera corresponder a la confianza depositada en él por la víctima del delito, prevaleciéndose de tal situación para la más fácil realización de la infracción penal.

➤ **Carácter público. (Art. 22.7).**

Concurre en aquellos casos en que el agente al que le está atribuida una función pública, se aprovecha de ella para la más fácil comisión del delito.

➤ **Reincidencia. (Art. 22.8).**

Para apreciar la agravante es preciso:

- que se haya vuelto a delinquir.
- que en ese momento el sujeto ya hubiera sido condenado por sentencia firme.
- que la condena lo fuera por delito comprendido en el mismo Título y que sea, además de la misma naturaleza. Con ello se excluye la virtual aplicación de la reincidencia llamada genérica (comisión previa de cualquier delito).

CIRCUNSTANCIA MIXTA

Queda recogida en el artículo 23 del C.P. y consiste en determinados grados de parentesco o bien, el haber estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, entre el sujeto activo y el agraviado.

“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”.

Se denomina circunstancia mixta porque puede atenuar o agravar la responsabilidad. No existen criterios unánimes para establecer situaciones en que el parentesco puede atenuar o agravar, aunque existe la tendencia jurisprudencial a considerar que el parentesco agrava en los delitos contra las personas y atenúa en los delitos contra la propiedad.

PARTE ESPECIAL

- **Del homicidio y sus formas.**
- **Del aborto.**
- **De las lesiones.**
- **Delitos contra la libertad.**
- **Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.**
- **Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.**
- **Infracciones penales y administrativas en materia de drogas.**
- **De las falsedades.**
- **Las faltas.**

DEL HOMICIDIO Y SUS FORMAS

Cuando se tiene conocimiento de la existencia de una persona fallecida, desde el punto de vista legal se podrían distinguir diferentes supuestos que pasamos a continuación a diferenciarlos:

1.- MUERTE DOLOSA

Este supuesto podríamos entender como el matar a otra persona, es decir, privar de vida a otro, pero en la que el sujeto activo del delito sabe exactamente lo que hace y lo desea. En el Código Penal dentro de esta muerte intencional o dolosa, se pueden distinguir dos delitos: el homicidio y el asesinato. Sin duda adquiere trascendencia básica analizar la intención que el sujeto presunto autor del delito tenía cuando ejecuta la acción delictiva. Naturalmente que la intención real del sujeto pertenece, como en todo delito, a su fuero interno. Si niega la intención de matar en su declaración, ello no significa que el Tribunal que le juzgue no pueda condenarle por el delito doloso, pues se podrá deducir el ánimo por medio de criterios objetivos externos. El propio Tribunal Supremo ha tratado de sistematizar estos criterios:

- * Los antecedentes del caso.
- * La personalidad del agresor, especialmente su carácter pacífico y ordinariamente inofensivo, o, por el contrario, su habitual propensión a la violencia y a la acometividad.
- * La existencia de resentimientos, más o menos antiguos, entre ofensor y ofendido.
- * Las palabras proferidas por el sujeto activo, con anterioridad a la perpetración de los hechos, o posteriormente a dicha comisión.
- * La índole y características del arma o instrumento empleado y, especialmente su idoneidad para herir o matar, o para ambos fines.
- * La región corporal atacada.
- * La clase, extensión y profundidad de las heridas causadas, los órganos afectados y su trascendencia en orden a la vida.
- * El número y repetición de disparos, puñaladas, navajazos o golpes.
- * La energía, vigor o saña con que, los indicados golpes o puñaladas, fueron administrados.
- * El pronóstico médico de las lesiones resultantes.

- * La necesidad, para salvar la vida, del inmediato auxilio médico-quirúrgico, con intervención *in extremis*, transfusiones y otros método curativos encaminados a preservar la existencia de la persona ofendida.
- * Y finalmente, el tiempo necesario para la curación de la víctima, así como las secuelas resultantes.

De estos criterios, como más demostrativos de la verdadera intención del agente, el propio Tribunal ha considerado esencial la zona o zonas del cuerpo de la víctima atacada y el arma o instrumento empleado en el ataque, con idoneidad bastante para producir el resultado letal.

Adquiere importancia analizar todos los datos objetivos que concurren en cada caso a la hora de distinguir entre la muerte intencional y un posible delito de lesiones.

El ***delito de asesinato*** se configura como un tipo agravado del delito de homicidio. No basta con que concorra la intención de matar en la forma prevista anteriormente, sino que para ello es necesario que concurren en la acción cualquiera de las circunstancias que a continuación pasamos a mencionar:

ALEVOSÍA

Requiere para su existencia que concurren dos elementos:

- 1.-La agresión sobre la víctima elimina las posibilidades de defensa del agredido, lo que lleva como consecuencia inseparable la inexistencia de riesgo para el ofensor que pudiera proceder del comportamiento defensivo del ofendido.
- 2.-La voluntad consciente del agente ha de abarcar no sólo al hecho de querer matar a una persona, sino también el querer matarlo de forma alevosa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha distinguido tres diferentes modalidades de alevosía:

- 1.- La denominada "proditoria", equiparable a la acechanza, insidia, emboscada, celada o lazo. Sería la espera durante más o menos tiempo en uno o diversos lugares a un individuo para darle muerte. Se actúa, en definitiva, a traición y sobre seguro.
- 2.- La súbita o inopinada, en la que la muerte se produce por un ataque imprevisto, fulgurante y repentino.
- 3.- La consistente en el aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento, como acontece en los niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o víctimas ebrias en la fase letárgica o comatosa.

De la jurisprudencia más reciente se puede concluir que la alevosía exige que la víctima no sólo esté indefensa ante el autor o no pueda sospechar que éste prepara un ataque, sino que es preciso que dicha situación de indefensión provenga de la confianza de la víctima en el autor. Por esta razón se eliminan del ámbito de esta circunstancia los supuestos de previa agresión del ofendido, de riña tumultuaria, de fuerte enfrentamiento verbal, cuando pueda sospecharse la agresión o precaverse frente a ella y demás hipótesis en que no consigue eliminar totalmente el riesgo de defensa, singularmente cuando ha habido advertencia del acontecimiento.

PRECIO RECOMPENSA O PROMESA

La conducta letal se ejecuta en función de un estímulo económico, es decir, por precio, recompensa o promesa. Si el autor estaba ya ha decidido matar con anterioridad a la investigación, no se debe apreciar el asesinato. Por esta razón, se exige que el concierto sobre el precio deba realizarse con anterioridad al delito.

ENSAÑAMIENTO

Es necesario en este punto que, de un lado, exista el propósito por parte del autor de aumentar el dolor de la víctima y, de otro, la realización de hechos que hayan producido el real sufrimiento.

En el ensañamiento hay un doble resultado: el resultado de muerte y de otro el dolor de la víctima. No basta el ánimo de matar sino que la actuación también persiga la crueldad, los males innecesarios y el dolor.

2.- MUERTE IMPRUDENTE

En estos supuestos la muerte no es querida por el autor del hecho, pero se verifica de una conducta que no iba dirigida ni a lesionar ni a matar, pero que ha sido realizada con la negligencia, imprudencia o falta de cuidado debido, que da lugar a un resultado que no había sido previsto aun siendo previsible. Difiere de la muerte dolosa en que en ésta la voluntad de matar se manifiesta, como ya hemos dicho, como intención directa de realizar la muerte.

Este delito es típico de actividades que conllevan riesgo en su realización, como la conducción de vehículos a motor, utilización de armas de fuego, actividades de determinados profesionales, como médicos, ingenieros, constructores, etc.

Conforme al Código Penal dentro de la muerte imprudente se pueden distinguir dos infracciones penales: Delito de homicidio imprudente que requiere la muerte se produzca por una imprudencia grave y falta de homicidio imprudente cuando la muerte se ha producido por imprudencia leve.

3.- MUERTE SUICIDA

El Código Penal no castiga la conducta del suicida, sino solamente la inducción al suicidio, el auxilio al mismo, el auxilio ejecutivo y la eutanasia.

3.1.- **INDUCCIÓN AL SUICIDIO.** La acción consiste en inducir o determinar a otra persona a que se suicide, por lo que la muerte se produce a causa de la inducción.

3.2.- **AUXILIO NO EJECUTIVO AL SUICIDIO.** Es la cooperación, necesaria para que otro se suicide. Si consiste en actos de ejecución directa, estaremos en el supuesto que se explica más delante.

Puede consistir tanto en una acción positiva (facilitar el arma o el veneno) como en una negativa u omisión, pero en este caso sólo en el supuesto de que el colaborador sea garante del suicida, bien por causa legal - cónyuge, padres, hijos, etc- bien por negocio jurídico - como en el caso del médico. Cuando no se tiene esa condición estaremos ante un delito de omisión del deber de socorro.

3.3.- **AUXILIO EJECUTIVO AL SUICIDIO U HOMICIDIO-SUICIDIO.** No sólo se presta aquí auxilio, sino que se lleva éste hasta tal punto que se ejecuta la muerte del que no quiere vivir más. No implica un "homicidio consentido", ya que el que no quiere vivir más sigue teniendo el dominio del hecho y el que produce la muerte es un mero partícipe de esa decisión ajena.

3.4.- **EUTANASIA.** Se trata de matar por piedad o compasión, para evitar sufrimientos a una víctima que, en el supuesto más claro, está próxima a morir de un modo natural. Se caracteriza por el móvil piadoso y sólo cuando conste la voluntad de la víctima podría encajar en este apartado.

4.- MUERTE POR CASO FORTUITO

En este supuesto se producen dos elementos básicos:

- * Un elemento objetivo, al producirse un hecho por mero accidente.
- * Un elemento subjetivo, estos es, que el resultado letal no sea achacable al agente, ni a título de dolo ni al de culpa o imprudencia. Es necesario que lo sucedido no hubiera podido preverse por cualquier persona de capacidad psíquica normal.

DEL ABORTO

EL ABORTO.

Para completar el tema vamos a analizar otras conductas delictivas que atentan contra la vida: los delitos de aborto.

Con la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de *salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, queda regulado el aborto de la siguiente manera:

1.- CUESTIONES GENERALES.

1.1.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

El bien jurídico protegido es la tutela de la vida prenatal. La tipificación del aborto supone por tanto la ampliación de la consideración del ser humano como persona a momentos anteriores al nacimiento.

1.2.- EL SUJETO PASIVO.

Si el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, resulta obvio que el titular de la vida prenatal es el “nasciturus”, es decir, el feto concebido y no nacido.

1.3.- OBJETO MATERIAL.

Es el embrión postimplantario, es decir anidado en el útero materno y con viabilidad intrauterina.

Por aborto debemos entender toda interrupción voluntaria del embarazo que ocasiona la muerte del embrión, bien dentro del seno materno, bien provocando su expulsión anticipada cuando es autónomamente inviable.

2.- FIGURAS DELICTIVAS.

2.1.- EL ABORTO SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER. (ART. 144 CP)

La conducta consiste en causar un aborto sin el consentimiento de la mujer.

Se castiga con la misma pena al que cause el aborto habiendo obtenido el consentimiento de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.

2.2.- ABORTO DOLOSO CAUSADO POR TERCEROS CON EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER. (Art. 145-1 CP)

En el Art 145.1 del C.P (redactado de acuerdo a la ley 2/2010 de 3 de marzo) se castiga al que provoque un aborto con consentimiento de la mujer fuera de los casos permitidos por la Ley, pudiéndose imponer la pena en grado superior cuando se practique fuera de establecimiento público o privado acreditado.

La conducta será agravada cuando se lleve a cabo a partir de la veintidós semana de gestación.

2.3. AUTOABORTO O CONSENTIMIENTO DE LA MUJER PARA EL ABORTO. (Art. 145-2 CP)

Se equiparan autoaborto y consentimiento para que un tercero lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley.

En este caso se diferencia claramente la pena que corresponde a la mujer de la que se impone al tercero que produce el aborto siendo la de este superior a la de la mujer.

El consentimiento al que se refiere este tipo penal ha de ser libre y espontáneo, si estuviere viciado, no daría lugar a responsabilidad de ningún tipo para la mujer.

La conducta solo puede ser dolosa.

También aquí se agravará la pena si la conducta se lleva a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

2.4.- ABORTO IMPRUDENTE. (Art. 146 CP)

El Art. 146 castiga la realización del aborto por imprudencia grave. Cabe el aborto imprudente realizado por tercero, pero es impune el autoaborto imprudente.

Es igualmente impune la imprudencia leve.

En el párrafo segundo se recoge el aborto cometido por imprudencia profesional.

3.- SISTEMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO.

La L.O. 2/2010 de 3 de marzo (que entrará en vigor al de cuatro meses de su publicación en el B.O.E.) en los Arts 14 y 15 regula los supuestos de despenalización del aborto.

3.1.- REQUISITOS COMUNES:

Están recogidos en el art 13 de la nueva Ley: Suponen los requisitos necesarios que se deben dar en cualquiera de los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo.

- 1) Que se practique por un Médico especialista o bajo su dirección.
- 2) Que se lleve a acabo en centro sanitario público o privado acreditado.
- 3) Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o en su caso del representante legal.

Podrá prescindirse del mismo cuando exista un grave riesgo para la integridad física o psíquica de la embarazada y no sea posible conseguir su autorización.

En el caso de las mujeres de 16 o 17 años el consentimiento para el aborto les corresponde exclusivamente a ellas, si bien, uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de tal información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, desarraigo o desamparo.

3.2.- SUPUESTO LEGALES.

3.2.1.-Interrupción del embarazo a petición de la mujer .

Recogido en el art. 14 de la nueva Ley estableciéndose:

- La posibilidad de interrumpir el embarazo dentro de las primeras catorce semanas a petición de la embarazada.
- Siendo necesario que se le haya informado a la mujer sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas a la maternidad tal y como regula la citada Ley
- Que hayan transcurrido al menos tres días desde la mencionada información y la realización de la intervención.

3.2.2.- Interrupción médica.

Recogido en el art. 15 de la Ley. Vamos a distinguir cuatro supuestos distintos:

- A) Que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada.
- Que así conste en un informe médico emitido con anterioridad a la intervención por un médico especialista distinto del que lo practique o dirija. En caso de urgencia se podrá prescindir del dictamen
 - Que la interrupción se practique en las veintidós primeras semanas de gestación.
- B) Que exista riesgo de graves anomalías en el feto y se den los siguientes requisitos:
- Que no se superen las veintidós semanas de gestación.
 - Que tal riesgo conste en un dictamen médico emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos al que la practique o dirija.

C) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida requiriéndose:

- Un informe médico emitido con anterioridad por un medico especialista distinto al que practique o dirija la intervención.

D) Cuando se detecte en el feto una enfermedad grave e incurable siempre que:

- Lo confirme un comité clínico

3.3.- AUSENCIA DE ALGUNOS REQUISITOS.

En el art 145 bis del C.P (redactado de acuerdo a la Ley 2/2010, de 3 de marzo) se castiga al que dentro de los casos permitidos por la Ley practique un aborto:

- a) Sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad.
- b) Sin haber transcurrido el periodo de espera contemplado en la legislación
- c) Sin contar con los informes médicos preceptivos.
- d) Fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.

Constituirá un supuesto agravado el haber practicado un aborto en estas condiciones a partir de la vigésima segunda semana de gestación.

En ningún caso se castigará en estos supuestos la conducta de la mujer embarazada.

DE LAS LESIONES

1.- Delitos de lesiones. 2.- Lesiones imprudentes. 3. Riña tumultuaria.

.

En el Título III del Libro II se recogen aquellas conductas que por atentar contra la salud de las personas, tanto física como psíquica, son sancionadas en el Código Penal.

Conducta típica.

La conducta básica se encuentra recogida en el **art. 147 (1)** consiste en *causar una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física y mental*, siendo característica fundamental que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considera tratamiento.

Cabe cualquier modalidad comisiva, incluso la omisión, puesto que se admite “cualquier medio o procedimiento para causar la lesión”.

El criterio diferenciador entre delito y falta de lesiones, será la existencia de un tratamiento médico o quirúrgico.

Se añade un párrafo al apartado 1 del Art. 147. Con la intención de dar respuesta penal a la habitualidad de conductas constitutivas de faltas de lesiones, siempre que los autores de estas conductas no hubieran sido aun juzgados ni condenados.

“Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código”.

Ánimo.

Voluntad de menoscabar la integridad física o psíquica de una persona.

Supuestos atenuados.

En el párrafo segundo del Art. 147 se permite una atenuación de la pena atendiendo a la menor gravedad del resultado o al medio empleado.

Supuestos agravados.

Por contra el Art. 148 dispone una agravación de la pena de la conducta prevista en el artículo anterior, atendiendo al resultado lesivo causado o riesgo producido en los siguientes supuestos:

- * Si en la agresión se hubieren utilizado *armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas* para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.
- * Si hubiere mediado *ensañamiento o alevosía*.
- * *Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.*
- * *Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*
- * *Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*
- * En **los artículos 149 y 150** se hace referencia a la causación de lesiones calificadas por *resultados especialmente graves*.

Art. 149: se sanciona al que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento:

- La pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal (privación orgánica o funcional, de la utilidad de un órgano o miembro), o de un sentido.
- La impotencia o esterilidad
- Una grave deformidad. La deformidad implica una valoración estética en relación con un aspecto preexistente de la persona, debiéndose tener en cuenta sus circunstancias.
- Una grave enfermedad somática o psíquica.

En el apartado segundo del Art. 149 se castiga la conducta del que causa a otro una mutilación genital, pudiéndose establecer una agravación específica en aquellos supuestos en que la víctima fuera menor o incapaz.

El **Art. 150** se configura como un precepto subsidiario del Art. 149 en relación con alguno de los resultados por éste contemplados, en la medida que posean una menor gravedad.

- Pérdida o inutilidad de órgano o miembro no principal.
- Deformidad (que no tenga el carácter de grave).

Actos preparatorios.

El Art. 151 prevé la posibilidad de sancionar la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos precedentes (siempre que esos actos preparatorios no vayan seguidos de actos de ejecución).

El consentimiento del ofendido en las lesiones.

Adquiere especial relevancia en los delitos de lesiones la cuestión relativa al consentimiento emitido por el ofendido que es tratada específicamente en los **Art. 155 156 del Código Penal**.

En los delitos de lesiones si ha mediado el consentimiento válido, libre, espontáneo y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz..

No obstante lo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado conforme a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será valido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punibles la esterilización de persona incapacitada que adolezca de una grave deficiencia psíquica cuando aquella, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

Tráfico ilegal de órganos humanos ajenos.

El Art.156 bis incorpora como delito de lesiones la obtención o tráfico ilícito de órganos humanos y su trasplante castigando a “los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos” así como al receptor de los mismos que “consintieran la realización del trasplante conociendo su origen ilícito”.

LESIONES IMPRUDENTES

(Art. 152 C.P.)

Conducta típica.

Tanto la conducta básica de lesión como las cualificadas por resultados de especial entidad son delictivas si se cometen por imprudencia grave, graduándose la pena en función de la entidad del resultado (**Art. 152**). Lógicamente, no pueden cometerse imprudentemente las lesiones cualificadas por la utilización de medios inequívocamente dolosos.

El Código Penal en el Título de las faltas contra las personas, concretamente en el Art 621.1, castiga a los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, es decir lesiones que requieran para su sanidad, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, cuando sea de menor gravedad atendidos el medio empleado o el resultado producido. Así mismo el Art 621.3 castiga como falta a los que por imprudencia leve causaran una lesión constitutiva de delito.

RIÑA TUMULTUARIA

(Art. 154 C.P.)

Dentro del Capítulo de Lesiones se contempla el delito de riña tumultuaria (Art. 154) que sanciona la conducta de quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas.

La riña implica la necesaria existencia de dos bandos relativamente equivalentes en número o fuerzas.

Se castiga en este delito la sola participación, independientemente del resultado; se trata de un delito de peligro.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Las figuras delictivas de las que ahora nos vamos a ocupar, detenciones ilegales, secuestros, amenazas y coacciones, tienen una característica común, el de tratarse de atentados contra la libertad.

DETENCIONES ILEGALES Y SECUESTROS

(Arts. 163 a 168 C.P.)

Bien jurídicamente protegido.

El bien jurídicamente protegido por el delito de detención ilegal es la libertad de movimientos entendida como la capacidad de la persona de fijar por sí misma su situación en el espacio físico, esto es de trasladarse de lugar, de permanecer en un determinado lugar, etc.

Conducta típica.

Dos son las modalidades contempladas en **el art. 163: encerrar o detener.**

La primera requiere un lugar no abierto, la segunda precisa de un impedimento a la continuidad del desplazamiento, siendo posible efectuarla con o sin traslado del lugar. Es necesario en ambos casos un mínimo tiempo de permanencia en la situación de encierro o detención, para que el delito se entienda consumado.

Ánimo.

Se requiere, conciencia y voluntad de llevar a cabo una privación de libertad prohibida por la ley. Así por ejemplo, quien por descuido deja a alguien encerrado en un lugar del que no puede salir no puede ser considerado como autor de una detención ilegal.

A continuación nos ocuparemos de una serie de supuestos que por distintas razones son merecedores de una mayor o menor penalidad frente a la conducta básica:

Supuestos atenuados o privilegiados.

**** Puesta en libertad. (Art. 163.2)***

Nos encontramos ante un supuesto en el que por razones político criminales se contempla una reducción de la pena siempre y cuando concurran dos requisitos: que se de libertad al encerrado o detenido dentro de los tres días de su detención y que esto se haga por voluntad del culpable y sin haber logrado su propósito.

**** Excesos en la detención practicada por particular. (Art. 163.4)***

Estamos ante el supuesto en que un particular detiene a un ciudadano fuera de los casos permitidos en la Ley (Art. 490 L.E.Crim.) pero con la clara voluntad de presentar al detenido, al que cree autor de un delito, ante la autoridad.

Supuestos agravados.

**** Prolongación en el tiempo. (Art. 163.3)***

El hecho de que el encierro o la detención dure más de 15 días es considerado como una conducta merecedora de mayor castigo. Obviamente el plazo ha de contarse desde el mismo instante en que se hubiera producido la detención o secuestro.

**** Secuestro condicional. (Art. 164)***

El secuestro de una persona exigiendo una condición para ponerla en libertad es merecedor de mayor castigo. Castigo que se verá aumentado si se prolonga por más de 15 días y en cierta medida disminuido si es puesta en libertad antes de tres días.

Obviamente, la exigencia de una condición ha de ser lo suficientemente significativa, debiéndose descartar la solicitud de nimiedades o incluso la petición del dinero necesario p.ej. para la manutención.

Por otro lado, señalar que no es necesaria, para la aplicación de esta agravación, la efectiva obtención de la condición exigida.

**** Simulación de funciones públicas. (Art. 165)***

El hecho de simular ser una autoridad o de estar ejerciendo funciones públicas supone una agravación debido, fundamentalmente a que ello facilita la comisión del delito e incrementa su posible impunidad.

**** Por especiales circunstancias de la víctima. (Art. 165)***

Nos encontramos con dos nuevas modalidades de agravación, ambas en relación al sujeto pasivo de la detención o secuestro. En un primer grupo se encuentran personas especialmente vulnerables: Menores de edad (18 años) e incapaces y en el segundo grupo se hallan los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, lo que añade un plus ya que la víctima es detenida cuando actúa como servidor público.

**** Privación de libertad indefinida. (Art. 166)***

El no dar razón, por parte del reo, del paradero de la persona detenida supone lógicamente una agravación en la pena, salvo que la haya dejado en libertad.

**** Ser el sujeto activo Autoridad o funcionario público. (Art. 167)***

Lógicamente nos debemos hallar ante una detención o secuestro cometida por funcionario, fuera de los casos permitidos en la Ley y sin mediar causa por delito.

Incriminación de los actos preparatorios.

Dada la gravedad de las conductas estudiadas, el Legislador ha decidido castigar la provocación, conspiración y proposición para cometer estos delitos.

AMENAZAS

(Arts. 169 a171)

Bien jurídicamente protegido.

Dos son, básicamente los bienes jurídicos tutelados; el sentimiento de tranquilidad, que afecta a todos los sujetos, y el ataque a la libertad de formación de la voluntad, que es agredido fundamentalmente en los supuestos de amenazas condicionales.

Conducta típica.

El art. 169 pfo. primero contiene el concepto general de amenaza, y muy especialmente el de amenaza de un mal constitutivo de delito. Así este concepto básico es el anuncio de un **mal futuro y posible a una persona, a su familia o a terceros con los que esté íntimamente vinculado.**

Esta definición legal de amenaza delimita los delitos susceptibles de constituir el mal típico de esta infracción, concretamente; homicidio, aborto, delito de lesiones, delitos contra la libertad, delito de torturas y contra la integridad moral, contra la libertad sexual, intimidad, honor y contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

*** Amenazas de un mal constitutivo de delito (Art. 169- 1º y 2º)**

- ***Exigiendo cantidad o imponiendo cualquier otra condición aunque no sea ilícita.***

Debemos subrayar que la condición ha de ser posible, así, una condición absolutamente imposible será siempre atípica. Esto se confirma puesto que la penalidad en este tipo de amenazas se establece precisamente en función de si se logra o no el propósito, es decir, se cumple o incumple la condición impuesta.

Por otro lado señalar, que la pena queda agravada en aquellos casos de amenaza condicional de un mal delictivo, se obtenga o no la condición impuesta, cuando la amenaza se hiciera por escrito, por teléfono o por cualquier otro medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos (estos últimos no tiene por qué ser ilícitos, pudiendo ser perfectamente asociaciones legales).

- ***Sin exigir condición alguna.***

Tradicionalmente esta modalidad ha recibido el calificativo de amenazas simples o no condicionales. La conducta es idéntica a las anteriores, salvo en que aquí no se impone ninguna condición.

*** Por Ley Organica, 2/1998 de 15 de Junio se modifica el contenido del Artículo 170 del Código Penal.**

Se encuadran en el párrafo primero, de forma específica, las amenazas terroristas dirigidas a colectivos. Se protege a través de este artículo a cualquier agrupación, colectivo o conjunto de personas a los que se amenace genéricamente, con la gravedad necesaria para conseguirlo, y con indeterminación de la persona concreta en que pudiera actualizarse el contenido de la amenaza.

En el párrafo segundo se sanciona el reclamo público, con la finalidad de atemorizar y con la gravedad necesaria para conseguirlo, de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terrorista.

**** Amenazas de un mal no constitutivo de delito. (Art. 171)***

El art. 171 contiene dos modalidades de conducta típica, según se estipula en sus dos primeros números, que son los que a continuación vamos a analizar.

La conducta básica.

Consiste en amenazar con un mal que no sea constitutivo de delito, siempre que la amenaza sea condicional y la condición no consistiere en una conducta debida.

La pena se establece en relación a si se ha logrado o no el propósito del culpable.

- Supuesto agravado. (Art 171.2º).

Estamos ante un supuesto de amenaza condicional consistente en anunciar un mal no constitutivo de delito, concretamente en revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidas y puedan afectar a su fama, crédito o interés, siempre que la revelación o difusión de estos hechos privados no sea por sí misma constitutiva de delito.

Al igual que en el supuesto anterior, la pena se establece en función de si el sujeto activo consigue la entrega de todo o parte de lo exigido o si no lo logra.

En virtud de la L.O 1/2004 de 28 de Diciembre de Protección Integral contra la Violencia de Género quedan incluidas en este artículo y por tanto consideradas como delito las amenazas leves a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya

estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia y las amenazas leves a persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Así mismo se incluyen en este artículo y por lo tanto consideradas como delito las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las otras personas a las que se refiere el art. 173.2.

FALTAS DE AMENAZAS.

El art. 620 castiga, en el párrafo 1º, a los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y en el párrafo 2º, el causar a otro una amenaza de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

COACCIONES

(Art.172)

Bien jurídicamente protegido.

El bien protegido en el delito de coacciones es la libertad de obrar, entendiendo por ésta exclusivamente la libertad de ejecutar lo previamente decidido por el sujeto pasivo.

Conducta típica.

La acción descrita en el art. 172 castiga al que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro hacer lo que la ley no prohíbe, o bien, le obligare a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto.

La violencia representa la esencia misma del delito de coacciones, habiéndose extendido jurisprudencialmente a la "vis in rebus" o violencia en las cosas.

Supuestos agravados.

- Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental.
- Cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda (introducido por L.O. 5/2010, entrada en vigor el 23 de diciembre).

En el art. 620.2 se regula la **falta de coacciones** cuando éstas tuvieran el carácter de leve.

En virtud de la **L.O 1/2004, de 28 de Diciembre de protección Integral contra la Violencia de Género** se añade un apartado al art 172 en virtud del cual se catalogan como delito las coacciones leves a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o hay estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia y las coacciones leves a persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Los delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual, están regulados, bajo esta misma rúbrica, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, delitos que han sido objeto de múltiples reformas, la más reciente aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

El Código Penal en este título destaca **la libertad e indemnidad sexual** como bien jurídico protegido, poniendo de relieve que las conductas castigadas son aquellas en las que el sujeto pasivo se ve involucrado en un contexto sexual indeseado, contra o sin su voluntad.

En estos delitos junto al comportamiento sexual es necesario que exista **un ánimo lúbrico o libidinoso**. Dicho ánimo debe deducirse de los medios empleados y de los actos realizados.

1.- AGRESIONES SEXUALES

La agresión sexual debe ser entendida como todo ataque a la Libertad sexual de otro imponiéndole con violencia o intimidación el comportamiento sexual tipificado.

Sujeto activo y pasivo del delito puede serlo cualquier hombre o mujer.

El elemento definidor por tanto y lo que distingue estas conductas de las conductas de abuso sexual es el empleo de violencia o intimidación, es decir, tanto la fuerza física como la fuerza moral o la amenaza.

Por violencia hay que entender la “vis física” ejercida sobre el cuerpo del sujeto pasivo idónea para doblegar su voluntad, impidiendo a la víctima desenvolverse según su libre autodeterminación, sin que por otra parte sea necesario que la misma sea irresistible, pues no es exigible a la víctima que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual.

En cuanto a **la intimidación** supone el empleo de cualquier forma de “vis psíquica” que lleva al sujeto pasivo a ceder a los propósitos lascivos del agente “ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos o contrarrestadores de la persona ofendida, perturbando seria y acentuadamente su voluntad volitiva, para cuya valoración el juez deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho y la propia personalidad de la víctima (madurez, estado psíquico etc.).

La jurisprudencia sostiene que si como consecuencia de la violencia empleada para la agresión sexual se producen unas lesiones, éstas constituirán un delito autónomo cuando las mismas hayan sido causadas de forma deliberada y adicional para vencer la resistencia de la víctima al ataque contra la libertad sexual pero siempre que las mismas excedan de las correspondientes al hecho concreto de la agresión.

Tipo Básico (artículo 178)

En este artículo se define la agresión sexual, como el atentado contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación.

El concepto de atentado a la libertad sexual tiene un contenido residual comprensivo de todas las conductas que no están incluidas en el Art.179. Por consiguiente viene a recoger comportamientos consistentes en conductas de contacto corporal que tanto puede realizar el sujeto activo sobre el pasivo o en hacer que éste lo realice sobre el sujeto activo, sobre sí mismo o sobre un tercero.

Tipo agravado o Violación.

El artículo 179 contempla una agravación de este tipo, que viene dada por el comportamiento sexual que se entiende como más grave y que consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal así como la introducción de miembros corporales,

por ejemplo dedos, lengua etc (modificación introducida por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre) u otros objetos por las dos primeras vías.

Supuestos agravados (art. 180)

Igualmente el código penal regula supuestos de agravación tanto para el tipo básico de agresión sexual como para el ya agravado de violación, tales como:

♦ Violencia o intimidación particularmente degradante o vejatoria.

La Jurisprudencia exige para la concurrencia de la agravación un particular grado de brutalidad, degradación o vejación, superior al inherente al hecho mismo, es decir, la presencia de fuerza o intimidación innecesarias por exceso, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo.(STS 1302/2006 de 18 -12)

Ej: Atar a la víctima de pies y manos a la cama y golpearla con cadena y otros objetos

♦ La participación en el hecho de dos o más personas.

Reiterada Jurisprudencia establece que la agravante sólo se aplica al autor o autores de los hechos, no así al cooperador necesario o cómplice, puesto que la agravación ya implica necesariamente la presencia de dos o más personas y por lo tanto la aplicación de la agravante a los mismos vulneraría el principio “non bis in idem”.

♦ La especial vulnerabilidad de la víctima, por razón de la edad, enfermedad, discapacidad o situación salvo lo dispuesto en el art 183 del C.P.

Ej: Víctima de 78 años con grave minusvalía física.

- ♦ **El prevalerse de una situación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza o adopción, o afines con la víctima.**

EJ: Profesor de kárate que viola a un alumno.

- ♦ **Uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.**

Como establece la STS 383/2002 de 16 de octubre, avalada por posterior Jurisprudencia “lo determinante no es solamente el instrumento sino el uso que el sujeto activo haga del mismo, de tal manera que la mera exhibición del instrumento no es suficiente para integrar el subtipo agravado cuando no se aprecie un peligro especialmente relevante y constituya el único elemento que integra la intimidación”.

- ♦ **Si concurren dos o más de las anteriores circunstancias se establece una cláusula de superagravación.**

En cuanto a las **formas de participación** en este tipo penal, es cuestión aceptada que, además de castigar como autor directo a quien realice lo contemplado en la conducta, es posible castigar como cooperador necesario al que contribuya o ayude; aportando un esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima y, también, a aquel otro o aquellos que, respondiendo a un plan conjunto, ejercita o ejercitan una acción en cuyo desarrollo se realiza la conducta delictiva. Este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que aún no existiendo un plan preordenado, se produce la acción en presencia de varios individuos sin previo acuerdo, pero con coincidencia de lo que realizan.

En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente el delito, ya que la existencia de otras personas puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental, ahora bien, para que pueda producirse una cooperación necesaria se necesita una contribución causal a la realización del delito, sin la cual el hecho no se hubiera realizado.

2.- ABUSOS SEXUALES (art.181 a 182 C.P.)

Las conductas que se recogen en este capítulo se caracterizan por la ausencia de violencia o intimidación y la falta de consentimiento que condicione la realización del comportamiento sexual.

El rasgo distintivo entre las agresiones sexuales y el abuso sexual es la ausencia de violencia o intimidación.

Los sujetos tanto activo como pasivo pueden ser cualquier persona, al igual que en las agresiones sexuales.

Los abusos sexuales siguen un esquema similar al previsto para las agresiones sexuales, y es el siguiente:

Tipo Básico (art.181)

La conducta consiste en realizar actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona sin violencia ni intimidación y sin que medie consentimiento. Según la S TS 658/1998 de 3 de Mayo” la falta de consentimiento se debe apreciar en todo caso en el que el sujeto pasivo sea sorprendido por una acción sexual que no era explicable en el contexto en el que se produce”.

En todo caso se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten:

- ◆ Sobre las personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental, así como las que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas, o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto(art181.2).

Se castigará igualmente la conducta cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. Por lo tanto es necesario que el sujeto activo sea consciente de esa superioridad. La superioridad puede provenir de una relación laboral, docente o jerárquica. (art 181.3)

Supuestos agravados (art. 181.4)

Se regulan aquí conductas de abuso sexual pero agravadas por el tipo de comportamiento sexual realizado, es decir porque éste consista en acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal, o bien por introducción de miembros corporales (modificación introducida por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre) u otros objetos por las dos primeras vías.

A su vez, las penas contempladas en este artículo se pueden agravar en dos casos (art 181.5).

- ◆ Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de la edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el art 183 del C.P.
- ◆ Cuando el delito se cometa prevaleciéndose de su relación de superioridad, o parentesco por ser ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza o adopción o afines con la víctima.

El abuso sexual con engaño(Art 182)

La conducta típica consiste en cometer abuso sexual con persona mayor de 13 años y menor de 16.

Se entiende por engaño, el empleo de cualquier medio fraudulento empleado por el sujeto activo para conseguir el consentimiento de la víctima en el comportamiento sexual.

En el párrafo segundo del artículo 182 se recoge un subtipo agravado cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales (reforma introducida por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre), u otros objetos por las dos primeras vías. Aún se agravaría más la pena cuando el delito se cometa prevaleciéndose de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza o adopción y afines con la víctima; o cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el art 183 del C.P.

En virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal, se añade un nuevo Capítulo II bis al Título VIII del libro II del Código Penal.denominado:

DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE TRECE

AÑOS(Art 183 y 183bis)

Art 183 C.P.

El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor.

Se recoge un subtipo agravado cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

Aún se agravaría más la pena cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a- Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de indefensión y, cuando sea menor de 4 años.
- b- Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
- c- Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- d- Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
- e- Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.
- f- Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo de criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

Por otra parte la extensión de la utilización de internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual.

Por ello se introduce el nuevo **Art 183 bis**:

“El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y de la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos...”

Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

DELITO DE ACOSO SEXUAL (art. 184)

El artículo 184 del C.P. regula dos conductas diferentes:

1. Solicitar favores sexuales para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, o de prestación de servicios continuada o habitual, de tal manera que coloque a la víctima en una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.
2. Solicitud de favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o con el anuncio expreso o tácito de causar a su víctima un mal en las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de las citadas relaciones.

El hecho de que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, o situación, hace que se imponga una pena mayor en cualquiera de los dos supuestos arriba indicados.

En el supuesto de que el sujeto pasivo acceda a las pretensiones sexuales, estaríamos ante conductas de abusos sexuales cuya mayor gravedad absorbería el acoso como acto preparatorio.

Para perseguir los delitos de Agresión Sexual, Abuso Sexual y Acoso Sexual, es precisa la presentación de Denuncia por la persona agraviada, su representante legal, o querella del Ministerio Fiscal que actuará ponderando los intereses en conflicto. Si la víctima fuese menor, incapaz o persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

DELITOS DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL

En estos delitos el bien jurídico protegido es el bienestar psíquico de menores e incapaces, su derecho a obtener un adecuado proceso de formación sin interferencias.

Lo que hace punible estas conductas de exhibición y provocación es que involucran al sujeto pasivo en una acción sexual sin su consentimiento.

Se trata de conductas que no implican contacto corporal.

El sujeto pasivo es el menor de 18 años o el incapaz (concepto definido en el artículo 25 del C. P.). Sujeto pasivo puede ser cualquiera hombre o mujer.

EXHIBICIONISMO (art. 185)

La conducta típica recogida en el artículo 186, consiste en ejecutar o hacer ejecutar a otros actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces.

La conducta es el acto de exhibición obscena debiendo entenderse que este adjetivo “Obsceno” se refiere a comportamientos de contenido objetivamente lúbrico. Es preciso que exista un ánimo o tendencia lasciva de involucrar al sujeto pasivo en una dinámica sexual como espectador de su exhibición. En todo caso la exhibición ha de hacerse ante unos sujetos pasivos determinados: menores de edad, entendiendo por tales a los menores de 18 años y ante incapaces, esto es, aquellos que, de conformidad con la definición dada por el artículo 25 del C.P., padezcan una enfermedad de carácter persistente que les impida gobernar su persona o bienes por sí mismos.

Las conductas efectuadas en relación a los adultos, son impunes.

PROVOCACIÓN SEXUAL (art.186)

El artículo sanciona al que por cualquier medio directo, difunda, venda o exhiba material pornográfico entre menores de edad o incapaces.

Por material pornográfico se entiende cualquier representación de carácter sexual, de contenido groseramente lúbrico o libidinoso que se dirige a excitar o satisfacer instintos sexuales.

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

A continuación haremos referencia a aquellas conductas penales que por su incidencia en la labor policial ofrecen un mayor interés:

1.- El orden socioeconómico.

2.- Cuestiones comunes a los delitos de hurto y robo.

3.- Hurto.

4.- Robo.

5.- Robo y hurto de uso de vehículo.

6.- Estafa.

7.-Apropiación indebida.

8.-Receptación.

EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en las infracciones que vamos a estudiar trata de evitar las lesiones en el patrimonio individual entendido como los bienes y derechos de valor económico que están lícitamente a disposición de su titular.

Ánimo

Nota común a todos los delitos contra el patrimonio, con excepción del delito de daños, es la presencia del ánimo de lucro, no consistiendo únicamente en un beneficio monetario, sino en “cualquier ventaja, provecho o utilidad que se proponga obtener el autor” incluyéndose los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia.

El ánimo de lucro se presume siempre en el apoderamiento de las cosas de ajena pertenencia salvo prueba en contrario.

Muchas de las infracciones penales recogidas en este Título, se castigan como delito si la cuantía del valor del bien objeto del delito **excede de 400 €**, siendo considerados en caso contrario como falta.

El valor de la cosa debe ser el representado en el momento de la comisión del delito. El artículo 365 de la L.E.Cr. señala que “la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público.”

Con fecha 21 de diciembre de 2009, se ha dictado la Consulta 2/2009 de la Fiscalía General del Estado en la que se establece que por *precio de venta al público*

debe entenderse la cantidad a desembolsar por el adquirente del producto, cifra que se exhibe en el etiquetado de la mercancía, incluyéndose el I.V.A.

CUESTIONES COMUNES A LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO

En ambos delitos la conducta típica consiste en:

- Un *acto de apoderamiento* que comporta un comportamiento propio y activo de desplazamiento físico de la cosa mueble desde la esfera patrimonial del sujeto pasivo hasta la del sujeto activo.
- De una *cosa mueble*, entendiendo por tal un objeto material susceptible de ser trasladado de un lugar a otro, sin sufrir por ello pérdida o menoscabo.
- De carácter *ajeno*, que implica dos notas; que no sea propia y que no sea susceptible de adquirirse legítimamente por carecer de dueño. Faltaría este elemento si la cosa estuviera abandonada
- *Sin el consentimiento* del dueño, pues en el caso contrario no habría conducta delictiva siempre que el mismo hubiera sido libremente obtenido.

Mención especial requiere la consumación en el robo y hurto. La consumación tiene lugar cuando el autor ha logrado una mínima disponibilidad sobre la cosa sustraída

HURTO

(Art. 234 - 236)

La conducta básica

Consiste en tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, si la cuantía de lo sustraído excede de 400 €

El delito de hurto se caracteriza por la ausencia de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas entendida en el sentido descrito en **el art. 238**.

Son conductas en las que concurre la clandestinidad, furtividad y actuar subrepticio.

Supuestos agravados :

El Art 235 recoge cinco figuras agravadas:

- Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.
- Cuando se trate de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste, o una situación de desabastecimiento.
- Cuando revista *especial gravedad*, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración.
- Cuando *se ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica* o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima.
- Cuando *se utilice a menores de 14 años* para la comisión del delito.

Cuando se comete un hurto, si el valor de lo hurtado no excede de 400 € se castigará como falta penal del art. 623.1

El Código Penal añade en el art. 234 un párrafo segundo en el que la realización de 3 faltas de hurto en el plazo de un año se sancionarán como delito, siempre que el montante acumulado sea superior al mínimo fijado para el delito.

ROBO

El art. 237 prescribe que: “Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde estas se encuentran o violencia o intimidación a las personas”.

Por tanto, distinguimos dentro del robo:

ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. (art. 238-241)

Conducta típica

El concepto de fuerza en las cosas es normativo; tal fuerza ha de ir dirigida al acceso al lugar cerrado donde se encuentra la cosa que se pretende sustraer.

La agravación en cuanto a la pena con relación al hurto se basa en el hecho de que el autor ha de vencer los obstáculos puestos por los propietarios para la protección y defensa de sus bienes.

El art. 238, enumera una lista cerrada de *circunstancias que califican el apoderamiento como robo*:

1). *El escalamiento*. Por ello se entiende, la entrada al lugar del robo por una vía no destinada al efecto, por una vía insólita o desacostumbrada.

2). *Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana*.

Se considera fractura el rompimiento de cerrojos, barras, pestillos, picaportes, pasadores, trancas, cadenas de seguridad, goznes etc....

3). *Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo*.

- 4). *Uso de llaves falsas*; siendo un concepto funcional cuya nota característica es que sirva para abrir o cerrar un cierre mecánico sin producir rotura independientemente de la forma y el material que lo componga.

Tienen tal consideración las tarjetas magnéticas o perforadas mediante las que se abren cajas o puertas, así como los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar.

El propio **artículo 239** prescribe lo que se consideran llaves falsas:

- Las ganzúas u otros instrumentos análogos.
- Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal, que abarcará cualquier clase de apoderamiento ilegítimo (hurto, robo, apropiación indebida...).
- Cualesquiera otras llaves que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura de que se trate, como puede ser el duplicado de una llave genuina.

- 5). La inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.

La fuerza ha de ir referida a lograr acceder al lugar donde se encuentre el objeto, más no cabe extenderlo, si el acceso al mismo es libre, si el sujeto lo toma sin obstáculos, de forma subrepticia, burlando la vigilancia y sin precisar fractura ni desactivación alguna, y es posteriormente cuando ya lo tiene en su poder, cuando lo desprovee de aquellos precintos que tienen finalidad de custodia.

Supuestos agravados

El artículo 241 recoge como circunstancias que elevan las penas las mismas que agravan el delito de hurto -art. 235- así como el cometerse el robo en casa habitada, edificio o local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias.

Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cerrados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él y con el cual formen una unidad física.

El fundamento de la agravación radica en el posible riesgo para las personas y en la lesión a la intimidad.

La ausencia accidental de los moradores no excluye la agravación.

Por local abierto al público, se entiende aquellas dependencias en las que se desarrolla una actividad empresarial, mercantil o de cualquier orden actuando de cara al público. Esta agravación sólo tiene lugar cuando el robo se produce en las horas de apertura comercial al público

ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS

(Art. 242)

Tal figura delictiva se configura exclusivamente en atención a la presencia de violencia o intimidación en el curso del apoderamiento, no estando ante esta figura delictiva si se rompe la relación de causalidad entre la violencia y el acto de apoderamiento, debiendo pensarse por separado, en tal supuesto, las distintas infracciones.

La violencia o intimidación puede recaer en persona distinta a la que va a sufrir la pérdida patrimonial.

Si el desarrollo de la conducta se inicia como hurto o robo con fuerza pero en el curso posterior surge la violencia o la intimidación se convierte en un robo violento. La violencia puede sobrevenir en cualquier momento, incluso cuando se emplea para lograr la huida.

En el caso de que concurran ambas, la intimidación queda consumida en la violencia.

El apoderamiento se sanciona independientemente de las penas que pudieran corresponderle por los actos de violencia física que realizase.

Supuestos agravados

- Cuando el robo se cometa en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias,
- Cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudieren en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

El Tribunal Supremo ha considerado armas u otros medios peligrosos no solo las de fuego, sino también las armas blancas -tales como cuchillos, navajas, hachas, ...-, así como otros objetos que siendo inicialmente de uso lícito, se utilizan con una finalidad torcida, como son los martillos, palos, jeringuillas, piedras, barras de hierro, destornilladores, etc.

Es necesario hacer uso de tales objetos, entendiéndose por tal no solo su utilización directa sino también su exhibición con fines conminatorios o amenazantes.

Supuesto atenuado

El **número 3 del art. 242**, faculta a los jueces y tribunales a la imposición de una pena inferior valorando la menor entidad de la violencia o intimidación y atendiendo a las demás circunstancias del hecho.

DEL ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS (Art. 244)

Este delito recoge una penalidad atenuada con relación a la existente en los apoderamientos de cosas muebles ajenas constitutivos de hurtos o robos.

Conducta típica

El tipo penal básico recogido en el párrafo primero consiste en:

- **Sustraer o utilizar** sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos cuyo valor excediese de 400 €, lo que implica tomar o apoderarse del vehículo.
- Sin **ánimo** de haberlo como propio, por lo que la voluntad del sujeto activo es de obtener un goce temporal, mediando un ánimo de lucro temporal.
- Si el sujeto se propone hacerlo suyo de modo definitivo incorporándolo a su patrimonio, estaremos en presencia de un delito de robo o hurto ordinario.
- Se ha de producir la restitución directa o indirecta en un plazo no superior a 48 horas. De no efectuarse la restitución en el plazo señalado se castigará el hecho como hurto o robo en sus respectivos casos.

La restitución directa implica la entrega material a su dueño, pero también la puesta a disposición de éste (entrega de llaves, información acerca del lugar donde se halla, etc.)

La restitución indirecta se entiende producida cuando se deja el vehículo o ciclomotor en forma o lugar de fácil localización o hallazgo por su titular (en las cercanías de donde se tomó, del domicilio del titular, de una dependencia policial...).

Supuestos agravados

La Fuerza en las cosas, en el sentido del art 238, determina la agravación. Asimismo, el empleo de violencia o intimidación provoca la imposición de las penas fijadas para el delito de robo con violencia o intimidación.

El Código Penal contempla una falta penal en el **art. 623.3** para el caso de que el valor del vehículo a motor o ciclomotor no excediere de 400 €

En el art. 244.1 establece un segundo párrafo en el que se castiga con la pena fijada para el delito la comisión de 4 acciones del art. 623.3 en el plazo de un año siempre que el importe acumulado de las infracciones sea superior al mínimo fijado para el delito.

LA ESTAFA (Art 248- 251)

El artículo 248 recoge como conducta básica de estafa, el utilizar engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, castigándose como delito, cuando la cuantía de lo defraudado excediere de 400 €, en caso contrario se castigaría como falta del art. 623.4.

Conducta típica y elementos

-El *engaño*, es el más significativo, consistente en cualquier falta de verdad debida, o simulación entre lo que se piensa o se dice o se hace creer, instigando o induciendo al sujeto pasivo a actuar de forma interesada. Ha de ser antecedente, bastante y suficiente para producir error en otro, no bastando un

engaño burdo, increíble o fantástico, sino que ha de ser idóneo, relevante o adecuado para producir el fraude.

- Originación de un estado psicológico de *error*, de falsa representación de la realidad consecuencia del engaño.
- *Acto de disposición*, que implica un acto de desplazamiento patrimonial, inducido por el error causado mediante engaño bastante.
- En *perjuicio propio o ajeno*, por tanto es necesario una disminución patrimonial.
- Relación de *causalidad entre el engaño, el acto dispositivo y el perjuicio*.

La consumación en el delito de estafa se produce cuando la víctima realiza un acto de disposición, pasando así el objeto a la libre disponibilidad del sujeto activo, aunque tal perjuicio no llegue a ser definitivo ni se logre el lucro propuesto.

En el apartado segundo, también se consideran reos de estafa:

- A los que valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, realizándose con ánimo de lucro.
- A los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas.
- Los que utilizando tarjetas de crédito o de débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.(L.O.5/2010 de 22 de junio)

LA APROPIACIÓN INDEBIDA

(Art. 252 - 253)

Conducta típica

El Código Penal recoge dentro de esta figura delictiva **3 conductas** típicas, teniendo por objeto bienes muebles, siempre que la cuantía de lo apropiado supere los 400 €

1.- *Apropiarse o distraer dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, en perjuicio de otro, que hayan recibido en virtud de un título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos (depósito, comisión, administración o cualquier otro) o negar haberlos recibido.*

El autor de este delito ostenta una posición de confianza, en virtud de un título que le transfiere la legítima posesión, pero no así el dominio, teniendo, por tanto, obligación de entregar o devolver.

Es elemento del delito apropiarse del bien disponiendo del mismo (vendiéndolo, donándolo, usándolo...) o distraer la cosa, que supone darle una aplicación privativa con ánimo de devolución.

El objeto material viene constituido por dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial.

Ánimo

El ánimo de lucro se pone de manifiesto desde el momento en que se dispone de la cosa como si fuere propia.

Asimismo, el negar la recepción de la cosa constituye conducta delictiva en si misma.

2.- La apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido.

Una cosa está perdida cuando ha salido involuntariamente del ámbito posesorio del dueño, cuando por su naturaleza u ostensible valor no sea creíble que hubiese sido abandonada por su dueño.

Asimismo, se recoge como delito el tomar cosas que tienen dueño, aunque no se conozca al titular del mismo.

Supuesto agravado

Si recae sobre cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico se impondrá una pena agravada.

3.- En tercer lugar, el Código Penal de 1995 castiga *al que habiendo recibido por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error no proceda a su devolución.*

El presupuesto básico es que el sujeto activo no ha recibido la cosa debidamente, surgiendo la obligación de devolver desde el momento en que se produce error en la entrega.

La falta penal de apropiación se recoge en el art. 623.4, cuando la cuantía de lo apropiado es inferior a 400 euros.

Excusa absolutoria entre parientes

El artículo 268, recoge una causa personal de exclusión de la pena, estando exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho, o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, y los ascendientes, descendientes y hermanos por

naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales (comprendidos en los artículos 234 a 267) que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. No estando exentos, sin embargo, los extraños que participaren en el delito.

Las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial.

No se exige la convivencia para la aplicación de la misma a hermanos, ascendientes y descendientes.

LA RECEPCIÓN Y OTRAS CONDUCTAS AFINES

(Art. 298 - 303)

Conducta típica

El tipo básico en las conductas de receptación contiene los siguientes elementos: la perpetración anterior de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico en el que no se haya intervenido ni como autor ni como cómplice, y el tener conocimiento de la comisión de tal delito, no siendo suficiente la mera sospecha, conjetura o suposición aunque tampoco se precisa un conocimiento minucioso y pormenorizado del delito. **Dicho conocimiento habrá de ser inferido como hecho psicológico, de datos externos y objetivos acreditados con los que pueda establecerse nexos causal y lógico.**

El ánimo de lucro entendido como cualquier tipo de provecho propio o ajeno, es rasgo característico que diferencia esta figura delictiva del encubrimiento.

La acción comprende dos posibles conductas; en primer lugar, *ayuda a los responsables del delito a aprovecharse de los efectos del mismo*; en segundo lugar, *recibir, adquirir u ocultar tales efectos*.

No se exige el requisito de la habitualidad, si bien agravan el delito de receptación el traficar con los efectos producto de la receptación y el utilizar establecimientos o locales comerciales o industriales a dicho efecto poniéndolos al servicio de la realización del delito.

En cuanto al delito de receptación de hechos constitutivos de falta:

La acción del receptor es la misma que en la de delitos, y recaerá sobre hechos constitutivos de falta contra el patrimonio, siendo preciso para poder sancionarse que concurra el elemento de la habitualidad.

La habitualidad no es un concepto jurídicamente definido, habiendo declarado la doctrina y la jurisprudencia que se necesita al menos tres actos de receptación que no aparezcan enteramente aislados, no identificándose con la reincidencia siendo una cuestión de hecho que ha de valorar el Juzgador.

Supuesto agravado

Este delito recoge como agravaciones el traficar con los efectos, o que los hechos se realizaren en local abierto al público.

Se castigará cualquier modalidad de receptación aún cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados estuviera exento de pena.

LA PROVOCACIÓN, CONSPIRACIÓN Y PROPOSICIÓN EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO.

El Código Penal -artículos 269 y 304- contempla como se castigará la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida o las conductas de blanqueo de dinero de los artículos 301 a 303.

INFRACCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE DROGAS

- 1. INFRACCIONES PENALES EN MATERIA DE DROGAS.**
- 2. FALTA DE ABANDONO DE JERINGUILLAS U OTROS INSTRUMENTOS PELIGROSOS.**
- 3. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS.**

1.- INFRACCIONES PENALES EN MATERIA DE DROGAS.

El C.P. regula el tráfico ilegal de drogas en los art 368 a 378 .dentro del Capítulo relativo a los delitos contra la salud pública.

El **art. 368 del C.P.** dispone:

"Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de 3 a 6 años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

La jurisprudencia del T.S. ha caracterizado el delito del art 368 como un delito de mera actividad y de peligro abstracto porque no requiere que el bien jurídico objeto de protección (salud pública) haya corrido un peligro real, como sucede en la mera tenencia ordenada al tráfico.

El **dolo** exigible en este tipo precisa de dos elementos:

- que se tenga conocimiento de que la sustancia objeto del delito es una droga o por lo menos se acepte esa posibilidad.
- la resolución de ejecutar actos de tráfico con la misma. Por tráfico debemos entender cualquier actividad que suponga transmisión de drogas medie o no contraprestación económica.

- **La conductas típicas** del delito serán por lo tanto:
 - **Actos de producción** de drogas, estupefacientes y psicotrópicos (cultivo, fabricación y elaboración).

Cuando hablamos de cultivo nos referimos siempre al cultivo de plantas destinadas al tráfico.

Para que el cultivo alcance el grado de consumación es necesario que éste se encuentre en condiciones aptas para la extracción de los productos naturales para obtener el fruto, de lo contrario estaremos ante una tentativa como es el caso de la siembra.

En cuanto a la tenencia de semillas, constituye un acto preparatorio impune por cuanto el cultivo en sí mismo ni siquiera ha comenzado.

- **Actos principales de tráfico** (venta, permuta, donación), **previos** (como la tenencia preordenada al tráfico) y **auxiliares** (como el transporte).
- **Actos de fomento** (de promoción, favorecimiento y facilitación); como pueden ser la compra de droga por encargo, la búsqueda de clientela....

Hay dos conductas que si bien en un principio podrían encuadrarse en alguno de los supuestos citados, la Jurisprudencia las viene considerando como **atípicas** siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos:

a) Los supuestos de consumo compartido (incluidos consumidores esporádicos) siempre que:

- Por la cuantía se permite suponer que el destino es exclusivamente el consumo compartido.
- El lugar de empleo excluye la publicidad (lugar cerrado).

- El consumo de la droga sea prácticamente inmediato.
- **b) Las conductas de entrega altruista** (no confundir con gratuita) si:
 - No haya contraprestación.
 - Sea a familiares próximos o allegados.

Se trate de cantidades mínimas cuya única finalidad sea la de aliviar el síndrome de abstinencia a tales sustancias de los destinatarios, sin que por tanto exista riesgo de su difusión.

- **El objeto material** del delito son las drogas tóxicas estupefacientes y psicotrópicos y para llenar este concepto ha de acudirse a Convenios Internacionales suscritos por el Estado español.
 - *Estupefacientes*: cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la lista I o la lista II de la Convenio de 1961 enmendada por Protocolo de 1972.
 - *Sustancias psicotrópicos*: cualquier sustancia, natural o sintética, o material natural que figure en las listas I, II, III, IV del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971.

La conducta no será típica por falta de objeto cuando la sustancia transmitida no sea idónea para crear el riesgo prohibido. Esto ocurre cuando la sustancia incautada, bien por la cantidad o bien por la calidad de la misma, no tiene principio activo suficiente para ser considerada como dosis psicoactiva, (dato que deberá ser proporcionado por el oportuno laboratorio en su Informe) careciendo por tanto de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal (**cantidad insignificante**). A título de ejemplo:

<u>Sustancia</u>	<u>Dosis psicoactiva</u>
Cocaína	0,05 grs
Éxtasis	20 mgrs

Heroína 0,66-1.25 mgrs

A efectos de la penalidad el C.P. distingue entre sustancias que causan un grave daño a la salud y las demás. La jurisprudencia ha incluido entre las primeras a la heroína, cocaína, LSD y "speed". Entre las que no causan grave daño para la salud, el hachís y todos los derivados del cannabis.

El C.P. en el artículo 368 ofrece la posibilidad de **atenuar** la pena en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor.(L.O. 5/2010 de 22 de junio).

- En cuanto a la **forma de participación** en el delito debemos de tener en cuenta que el art 368 al sancionar todos los comportamientos que suponen alguna aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha implantado un concepto extensivo de autor

T.S. ha venido considerando la posibilidad de la complicidad en hipótesis de meras colaboraciones (ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga, facilitación del domicilio de venta y precio de la droga.....).

AGRAVACIONES

Además del tipo básico que acabamos de analizar, las principales agravaciones se encuentran en los artículos 369, 369Bis y 370 del Código Penal:

- **Cuando el culpable fuera autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.**

Castigándose así, la mayor facilidad que supone para la difusión de las drogas el desempeño de una actividad pública, docente o comunitaria.

- **Cuando el culpable participe en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.**

La Fiscalía General del Estado exige que esas actividades sean ilícitas (pagar con droga para que proporcionen a un menor.....).

- **Cuando los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.**

Es de destacar al respecto la S.T.S. 406/2008 de 8 de Junio:

“La razón de la agravación se encuentra en las mayores facilidades-y mayor impunidad- que ofrece la venta de drogas en un establecimiento de acceso público.

Por ello se ha excluido la utilización de este subtipo cuando se trate de ventas esporádicas y en definitiva, cuando la propia existencia del establecimiento no está instrumentada como elemento facilitador relevante para la venta de drogas”.

- **Cuando se faciliten tales sustancias a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación.**

El fundamento de la agravación radica el peligro de corrupción de los sujetos pasivos. Para la aplicación de la misma es necesario el conocimiento en el sujeto activo de tales circunstancias o por lo menos aceptar la posibilidad de que se den.

- **Que la cantidad de droga sea de notoria importancia.**

El acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 19-10-2001 apoyándose en un informe previo del Instituto Nacional de Toxicología establece la notoria importancia, a partir de quinientas dosis calculadas sobre la cantidad correspondiente al consumo diario estimado de un adicto medio,

debiendo tenerse en cuenta exclusivamente, a estos efectos, el resultado obtenido en cada caso de sustancia o base tóxica, es decir, una vez, reducida a pureza, con la salvedad del hachís y sus derivados que se aplicará a partir de dos kilos y medio.

<u>Sustancia</u>	<u>Cantidad de notoria importancia</u>
Cocaína	750 grs
Extasis	240 grs
Hachís	2,5 kgrs
Heroína	300 grs

- **Que las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, *incrementando* el posible daño a la salud.**
- **Cuando las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, establecimientos militares, establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.**

Como establece la **S.T.S. de 2 de Octubre de 2007**, esta agravante se justifica por la necesidad de proteger a grupos de personas extremadamente sensibles, protección que se ha potenciado con la reforma operada por L.O. 15/2003 de 25 de Noviembre, que extendió los efectos de este subtipo agravado a conductas que tengan lugar en las proximidades de los centros que recoge.

- **Cuando el culpable emplee violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho.**

Esta circunstancia agravante solo se aplica si ese uso está orientado directamente a la comisión del delito (cultivo, tráfico, favorecimiento), no

cuando sea en un momento posterior, una vez culminada la acción delictiva, por ejemplo para evitar la detención o descubrimiento de los autores.

Supone una lesión a otros bienes jurídicos (integridad física, libertad...) que en su caso dará lugar a un concurso de delitos.

- **Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva, agravándose la conducta en el caso de los jefes, encargados o administradores de las mismas. (artículo 369 Bis introducido por la L.O. 5/2010)**

El artículo 570 bis establece: “ A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

La Circular 2/2011 de la FGE sobre la reforma del Código Penal por L.O. 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, establece que se prescindirá de esta agravación específica cuando la pena resultante del concurso de delitos sea superior a la del subtipo agravado.

- **Cuando se utilice menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito. (art 370 C.P.)**

Acuerdo de la sala de lo Penal del T.S. de 26 de febrero de 2009:

“Resulta de aplicación el tipo agravado cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata”.

Para la aplicación de la agravante es necesario que el sujeto activo tenga conocimiento de esta circunstancia en el sujeto pasivo.

- Se trate de jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2ª del artículo 369.1. (art. 370C.P.)
- Cuando las conductas descritas en el artículo anterior fueran de extrema gravedad, esto es, la cantidad de las sustancias exceda de las consideradas como de notoria importancia, se usen como medio de transporte buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades o cuando concurrieran tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369. (art. 370C.P. reformado por L.O. 5/2010)

El T.S. en el **Acuerdo de 25 de noviembre de 2008** ha unificado el concepto de extrema gravedad precisando lo siguiente:

“En cuanto a la cantidad de sustancia incautada, solo se entenderá que concurre extrema gravedad cuando dicha cantidad exceda de lo que resulte de multiplicar por mil la cuantía que se ha fijado por el Tribunal Supremo como módulo para apreciar la agravante de notoria importancia”

Así mismo y en el mismo Acuerdo en relación al concepto de buque establece.: “Sólo puede entenderse como tal aquellas embarcaciones con propulsión eólica o, por lo menos, que tengan una cubierta con capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad”.

Por lo tanto se entendían excluidas de este concepto las lanchas motoras. Sin embargo, la L.O. 5/2010 al introducir el término “embarcación” permite incluir otro tipo de embarcaciones habitualmente utilizadas en estos delitos, como por ejemplo las semirrígidass, tal y como viene establecido en la Exposición de Motivos de la Ley.

- En lo que respecta al **grado de ejecución** de estos delitos, el T.S. en Sentencias como la 53/2008 de 30 de Enero mantiene que: “ El tipo penal que castiga el tráfico de estupefacientes se configura en su estructura como un delito de consumación anticipada en el que basta la realización de una conducta que pueda ser subsumida en los verbos favorecer, promover o facilitar el consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes para entender consumada la acción delictiva, bastando la posesión de la sustancia o su transporte.

La posesión que supone la consumación no precisa que sea material o física, pues nuestras normas penales contempla otras formas de tenencia y así podemos situarnos ante posesiones mediatas o inmediatas, personales o a través de personas intermedias, etc..., siendo lo relevante la disponibilidad en la posesión.

No entenderlo así dejaría fuera del reproche penal a los grandes traficantes que no tienen un contacto material con la sustancia droga con la que trafican.

Excepcionalmente se ha admitido supuestos de tentativa en la ejecución del delito contra la salud pública cuando el sujeto autor de la conducta típica no ha llegado a tener la disponibilidad, real o potencial, sobre la sustancia destinada al tráfico.

TRÁFICO DE PRECURSORES

El art 371 C.P. tipifica lo que la doctrina denomina “ tráfico de precursores.”. Para la estimación de este tipo penal es preciso:

- que se trate de equipos, materiales o sustancias enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas.
- que vayan a utilizarse en el cultivo, producción o fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes, o sustancias psicotrópicas.
- que la actuación se llave a cabo “a sabiendas” del anterior destino.

Así mismo el C.P. en el **art. 373** castiga la provocación, conspiración y la proposición para cometer los delitos aquí estudiados.

La regulación actual en el **art. 375**, recoge la reincidencia internacional, ya que se entiende que el tráfico de drogas atenta contra unos intereses de los que son solidarios todos los Estados.

Los delitos de tráfico de drogas son delitos perseguibles de oficio y por lo tanto no precisan denuncia para su persecución.

2.- FALTA DE ABANDONO DE JERINGUILLAS U OTROS INSTRUMENTOS PELIGROSOS.

El Código Penal, en su **art. 630** considera una falta contra los intereses generales el abandono de jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos, de modo o con circunstancias que pudieran causar daños a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores.

3.- INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (L.S.C.) regula dos infracciones graves y una muy grave (art. 23 i, 25 y 24) en relación con el consumo en lugares públicos y la tenencia ilícita de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes. Conductas en un principio pudieran parecer coincidentes con las distintas modalidades delictivas de los art. 368 y ss. del C.P.

Por ello, se establece la obligación del Ministerio Fiscal de remitir a la autoridad sancionadora competente, testimonio de las sentencias absolutorias o autos de sobreseimiento y archivo, cuando los hechos no sean constitutivos de infracción penal,

por si pudieran constituir infracción administrativa de las previstas en la Ley de Seguridad Ciudadana (art. 33).

3.1. TOLERANCIA DE CONSUMO ILEGAL O EL TRÁFICO DE ESTAS SUSTANCIAS EN LOCALES O ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS

Constituye infracción grave a la Seguridad Ciudadana (art 23 L.O.P.S.C.) la tolerancia o falta de diligencia por parte de los propietarios, administradores o encargados de locales o establecimientos públicos (como pueden ser bares, "pubs", cafeterías, etc.) en orden a impedir dentro de estos lugares:

- El consumo ilegal de drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- El tráfico de las mismas sustancias.

Se entenderá que existe tolerancia cuando los propietarios, administradores o encargados de los locales no realicen actuación alguna (como puede ser: echar a los consumidores del local, llamar a la policía, poner carteles de advertencia, denunciarlas formalmente o cualquier otra actuación similar), ante el consumo y/o tráfico evidente.

Es importante que queden bien claros los límites entre la promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de drogas, que suponen una conducta activa que conlleva un ilícito penal, y la tolerancia, que ahora estudiamos, que consiste en una conducta pasiva que dará lugar a un ilícito administrativo.

Según el art. 24 de la Ley de Seguridad Ciudadana, ésta conducta de tolerancia de consumo ilegal o de tráfico de estas sustancias en locales o establecimientos públicos, podrán constituir infracción muy grave teniendo en cuenta la entidad del riesgo producido o del perjuicio causado, o cuando supongan atentado contra la salubridad pública.

3.2. CONSUMO Y TENENCIA DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS

El art. 25-1 de la Ley de Seguridad Ciudadana sanciona como infracción grave las siguientes conductas en relación con los estupefacientes:

- a.- El **consumo** en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos.
- b.- La **tenencia ilícita** de esas sustancias en estos mismos lugares, siempre que no constituya infracción penal.

En todo caso se parte del supuesto de que quien circula por la vía pública está en lugar público, aunque lo haga en su propio vehículo.

¿Qué se debe entender por tenencia no destinada al tráfico y por lo tanto no constitutiva de delito y sí de infracción administrativa?

La tenencia ilícita de drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas en la que no conste actividad alguna de transmisión por su poseedor a un tercero.

Así, cualquier actividad que suponga la transmisión de estas sustancias de una a otra persona, medie o no contraprestación económica es actividad de tráfico siendo la normativa aplicable la penal.

En cada caso concreto, para determinar la finalidad última de la tenencia (consumo propio o transmisión) y a modo de ejemplo, el Tribunal Supremo ha considerado los siguientes indicios:

- Las circunstancias personales del poseedor (si es toxicómano o no y en qué grado).
- La cantidad y variedad de la sustancia ocupada. El Instituto Nacional de Toxicología mantiene que un consumidor habitual suele adquirir para sí mismo la cantidad necesaria para cinco días.

- Las cualidades intrínsecas de esa misma sustancia, su nocividad y su posible valor, especialmente en relación con la capacidad económica de su poseedor.
 - El lugar de la aprehensión, los instrumentos o útiles ocupados, la disposición de la sustancia (en paquetes para su transporte, con envoltorios, etc.).
- c.- El **abandono** en los sitios mencionados anteriormente, de los útiles, o instrumentos utilizados para su consumo. (como jeringuillas, envoltorios, etc.), siempre que no constituya una falta del art. 630 C.P.

Por tanto, **no constituirá conducta sancionable ni penal ni administrativamente**, el consumo particular de drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas realizadas en lugares no abiertos al público (como puede ser un domicilio particular) ó la posesión (siempre que ésta no sea con ánimo de tráfico, porque entonces constituiría delito) de tales sustancias en estos lugares.

En cualquier caso, ante las situaciones de infracción administrativa anteriormente descritas, se adoptarán las siguientes medidas:

- 1.- **Identificación** de los presuntos responsables que se realizará al amparo del art. 20 de la Ley de Seguridad Ciudadana, dado que se pretende sancionar una infracción administrativa.
- 2.- **Incautación** de las sustancias e instrumentos utilizados. La incautación de estas sustancias se efectuará según lo dispuesto en los arts. 28.1.c) y 36.4 de la Ley de Seguridad Ciudadana.

Cuando lo ocupado fueran drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se enviarán a la Delegación Provincial del Ministerio de Sanidad y Consumo para su análisis y depósito. Si los objetos ocupados no son drogas,

serán depositados en las dependencias de la unidad policial actuante. Permanecerán en dicho lugar hasta que el órgano competente para resolver, dicte respecto a ellos la medida cautelar de depósito en la dependencia administrativa a ello destinada.

3.- Elaboración de un informe.

Las actuaciones realizadas se remitirán a la Autoridad administrativa competente.

Todo ello, sin olvidar que en aquellos casos que existan indicios de infracción penal deberán remitir al Ministerio Fiscal las actuaciones practicadas para su calificación (art. 32 L.O.P.S.C.).

DE LAS FALSEDADES

FALSIFICACIONES

1. INTRODUCCIÓN.
2. FALSIFICACIÓN DE MONEDA.
3. FALSEDADES DOCUMENTALES.
 - 3.1. FALSEDAD COMETIDA POR FUNCIONARIO PÚBLICO
O AUTORIDAD.
 - 3.2. FALSEDAD COMETIDA POR PARTICULAR.
4. FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CREDITO O DE CHEQUES
DE VIAJE.
5. FALSIFICACIÓN DE PLACAS DE MATRÍCULA Y/O NÚMERO
DE BASTIDOR DE UN VEHÍCULO DE MOTOR.

1.- INTRODUCCIÓN.

En este tema se agrupan diversas conductas, que por encima de sus diferencias evidentes responden a la idea de simulación, pues en todos ellos se castiga a quien de un modo u otro, presenta como real, como auténtico, como ajustado a la verdad algo que carece de tales rasgos.

2.- FALSIFICACIÓN DE MONEDA

El Código Penal dedica el Art. 386 a castigar la falsificación de moneda y en el Art. 387 facilita el concepto legal de moneda. Se entiende por **moneda** la metálica, el papel moneda de curso legal. Se equipararán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras.

Las conductas típicas son:

- a.- **Alterar la moneda.** Se entiende por tal la modificación de la moneda mediante la sustitución, supresión o adición de elementos de forma idónea para inducir a engaño sobre la autenticidad, siendo realizado por alguien distinto de quien la ha creado originariamente.

Fabricar moneda falsa; es decir confeccionar moneda a partir de diferentes materiales.

- b.- **Introducir en España moneda falsificada en el extranjero, por persona distinta al falsificador.**

- c.- **Exenderla o distribuirla en connivencia con falsificadores o introductores.**
Por ello entendemos poner en circulación la moneda falsificada o introducida, a sabiendas de que a la moneda que se da salida es falsa.
- d.- **La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución.** Esta conducta está pensada para el que posee sin haber participado en las actuaciones anteriores; se castiga la mera tenencia para la expendición o distribución.
- e.- **La adquisición de moneda falsa, conociendo este extremo para ponerla en circulación.** Basta por tanto la adquisición realizada con fin de ponerla en circulación para que la conducta sea típica sin que se requiera la efectiva puesta en circulación de la moneda comprada.
- f.- Por último, se sanciona **a quien tras recibir moneda falsa de buena fe y tener conocimiento de su falsedad, la expende o distribuye.** La duda puede plantearse en esta conducta para delimitarla con la falta de falsificación de moneda recogida en el Art. 629 del C.P., la cual viene en aplicación cuando se expende moneda falsa, recibida de buena fe, a sabiendas de su falsedad, en cantidad que no exceda de 400 euros. Por tanto, el delito se cometerá cuando se expendan o distribuyan dinero falsificado en cuantía superior a dicha cifra.

3.- FALSEDADES DOCUMENTALES

Se encuentran recogidas en el título XVIII, Capítulo II.

Las figuras delictivas de las falsedades giran entorno a los documentos públicos, oficiales, mercantiles y privados –y a las conductas descritas en el Art. 390 únicas aptas para generar una falsificación con relevancia penal-. Para el estudio de las falsificaciones documentales se ha de partir del concepto legal de documento ofrecido en el Art. 26 del C.P. En tal definición se entiende por documento todo soporte material que incorpore datos con relevancia jurídica.

Consustancial a estas falsedades es la alteración de la verdad, pero no toda mutación de la verdad origina una falsedad punible, sino sólo aquella que afecta a aspectos esenciales del documento, y por supuesto el documento amañado ha de estar destinado por sus autores a entrar de alguna manera, en el tráfico jurídico, y ha de presentar una apariencia de genuidad suficiente para que sea verosímil aquella entrada, pues una burda falsificación carecería de virtualidad para tal fin y, por ende, de atacar al objeto de tutela.

A continuación vamos a analizar dos conductas delictivas incluidas en este grupo de falsedades:

3.1. Falsedad cometida por funcionario público o autoridad

Esta conducta está tipificada en el Art. 390 del C.P.

El sujeto activo del delito, como resulta obvio, es la autoridad o funcionario público que en el ejercicio de sus funciones, comete alguna de las falsedades previstas en los cuatro números del artículo 390.

En el segundo párrafo del Art. 390 se amplía la condición de sujeto activo a los responsables de cualquier confesión religiosa por la realización de alguna de las falsedades típicas siempre que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil.

Sobre tres clases de documentos puede proyectarse cualquiera de las conductas típicas: públicos, oficiales y mercantiles.

a.- Documentos públicos.

De forma resumida puede subrayarse como rasgo más característico la intervención en él de un fedatario público, notario o empleado público, siempre que actúe como y en su condición de tal, dentro del ámbito de su competencia.

b.- Documentos oficiales.

En resoluciones del Tribunal Supremo se ha considerado que los documentos oficiales son los documentos de las Administraciones públicas (Estado, Comunidades Autónomas, Provincias, Municipio) encaminadas al cumplimiento y desarrollo de sus funciones y de los servicios públicos. No son sino una variedad de los públicos.

c.- Documentos mercantiles.

La jurisprudencia ha considerado mercantiles a los efectos penales los documentos que acreditan, manifiestan y proyectan aquellas operaciones o actividades que se producen en el círculo de una sociedad o entidad mercantil.

Las conductas típicas de acuerdo con el Art. 390 son las siguientes:

1º.- Alteración de un elemento o requisito esencial del documento.

Merecen la consideración de esenciales aquellos que al ser alterados determinan una mutación en el origen, la esencia, sentido o función del documento.

2º.- Simulación de un documento induciendo a error sobre su autenticidad.

Se contempla el hecho de crear un documento total o parcialmente, presentándolo como genuino.

3º.- Suponer la intervención de quien no la ha tenido o atribuir manifestaciones diferentes a quien si ha intervenido.

Será imprescindible que la intervención supuesta o la atribución de manifestaciones tenga relevancia bastante para alterar sustancialmente el documento.

4º.- Faltar a la verdad en la narración de los hechos.

Será aplicable en cuanto se verifique una discrepancia sobre aspectos esenciales, entre lo narrado en el documento y lo que debió narrar, no si afecta a extremos marginales, sin influir para nada en el contenido sustancial.

Recordar asimismo que en el Art. 391 se castiga la comisión de cualquiera de las falsedades anteriores cuando se realicen por imprudencia grave.

3.2 Falsedad cometida por particular

Está prevista en el Art. 392 del C.P.

El sujeto activo de este delito es el particular.

El particular solamente puede incurrir en responsabilidad criminal por alguna de las tres primeras falsedades del Art. 390 no por la última, esto es, la falta de verdad en la narración de los hechos en documento público, oficial o mercantil.

Merece destacarse que la L.O 5/2010 de 22 de junio, de modificación del Código penal, precisa que se impondrán las mismas penas al que, sin haber intervenido en la falsificación, trafique de cualquier modo con un documento de identidad falso.

Se criminaliza expresamente, en el 392.2, al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso.

Se castigará aún cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro estado extranjero haya sido falsificado o adquirido en otro estado si es utilizado o se trafica con él en España.

Disposición general

Finalmente en el Art. 400 se castigan las conductas de fabricar y tener útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de las falsedades de los capítulos anteriores del C.P.

En este delito se encaja la posesión de programas informáticos u otros útiles, como por ejemplo un lector de bandas magnéticas que incorpora un dispositivo para que la transmisión de los datos obtenidos a un ordenador...

Se trata por tanto, de actos preparatorios que son penados como delitos independientes por su especial peligrosidad y elevados a la categoría de delitos consumados.

El nuevo artículo 400 bis se castiga el uso por quien no esta legitimado para ello de documentos públicos, oficiales o mercantiles auténticos, haciéndose referencia expresa a los documentos de identidad.

4.-FALSIFICACION DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO Y CHEQUES VIAJE.

La L.O 5/2010 de 22 de junio, de modificación del Código penal ha introducido el articulo 399 bis que regula específicamente este tipo de falsedades.

Se penaliza al que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o de débito o cheques de viaje.

Tendrá la misma pena la posesión de tarjetas o cheques falsificados destinados a la distribución o tráfico.

Con una pena inferior, se castiga al que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas o cheques falsificados.

5.- FALSIFICACIÓN DE PLACAS DE MATRÍCULA Y/O NÚMERO DE BASTIDOR DE UN VEHÍCULO DE MOTOR

El Código Penal vigente no contiene un tipo penal que contemple las conductas de falsificación, sustitución, alteración de placa de matrícula de un vehículo de motor, conductas que sí aparecían tipificadas expresamente en el antiguo C.P.

De ahí que partiendo de tal situación se intenta encajar las anteriores conductas en el actual Código Penal. En primer lugar el Art. 26 del C.P. recoge el concepto legal de documento como soporte material que incorpora datos con relevancia jurídica. En tal definición han de entenderse comprendidas las placas de matrículas, ya que la placa de

matrícula se erige en elemento probatorio para la identificación del vehículo debiendo considerarse documento oficial.

En segundo lugar ha de analizarse separadamente cada una de las conductas recogidas en el anterior Código Penal.

- 1.- **La falsificación y alteración de placa** constituyen delitos de falsedad en documento oficial recogidos en el ya estudiado anteriormente Art. 390.1.1º cuando se realice por funcionario público o del Art. 392 cuando se realice por particular. Sería supuesto típico, el de cambiar secuencias de letras y números; no así el de colocar en un soporte material distinto al de la placa homologada el número de matrícula correcto.
- 2.- **La sustitución de placa** es delito de falsedad en documento oficial del Art. 390.1 en las modalidades falsarias de los apartados 1º y 2º o en su caso del Art. 392 (dependiendo de quien sea el sujeto activo de la conducta), ya que quien sustituye por otras las placas de matrícula legítimas de un automóvil, está simulándolas.
- 3.- **La omisión de la placa de matrícula** debe entenderse que ha sido destipificada en el nuevo Código Penal.
Si es posible la existencia de infracción administrativa, conforme a la normativa de tráfico.

Por último, las anteriores consideraciones son extensibles a **la falsificación de los números de bastidor o motor** que se reputan delito de falsedad en documento oficial.

LAS FALTAS

LAS FALTAS Y SUS PENAS

El libro III del C.P. en sus diversos títulos contiene las faltas, que según el art.13 del C.P. se definen como las infracciones penales que la ley castiga con pena leve.

A continuación vamos a analizar las diversas faltas:

1.- FALTAS CONTRA LAS PERSONAS.

Son las recogidas en el título I y que a su vez pueden clasificarse según la materia de las mismas en:

1.1.- Faltas de lesiones. (art.617)

En este artículo se recogen varias conductas:

- Causar una lesión no definida como delito según el C.P. (es decir, cuando para su curación sólo hubiera necesitado una asistencia facultativa y no hubiera precisado tratamiento médico o quirúrgico).
- Golpear o maltratar de obra sin causar lesión.

1.2.- Abandono de menor de edad o incapaz e incumplimiento de obligaciones familiares. (art.618)

Se prevén dos conductas en este artículo:

- a) No presentar a la autoridad o familiares, menores o incapaces abandonados o no prestarles auxilio.
- b) Incumplir obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o de alimentos a favor de sus hijos, que no constituyan delito.

1.3.- Asistencia a persona de edad avanzada o discapacitada. (art. 619)

El delito previsto en el art.195-1º se transforma en falta cuando la asistencia o auxilio que las circunstancias requieran y precisen aplicar al caso concreto, no son llevadas a la práctica a favor de una persona de edad avanzada o discapacitada, encontrándose desvalida y dependiendo del cuidado de la persona sobre quien pesa el deber de socorro.

1.4.- Faltas contra la libertad o contra el honor. (art.620)

En este artículo se recogen varias conductas:

- Amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa.
- Amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Estas conductas solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal.

En los supuestos del apartado segundo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 no será preciso exigir la denuncia, excepto para la persecución de las injurias. Así mismo, se agrava la pena cuando las conductas se realicen sobre alguna de las personas a las que se refiere el art.173-2º C.P.

1.5.- Faltas contra las personas por imprudencia. (art. 621)

Se recogen varias conductas en este artículo:

- Por imprudencia grave causar lesiones previstas en el apartado 2 del art.147.
- Por imprudencia leve causar la muerte de otra persona.
- Por imprudencia leve causar lesión constitutiva de delito.

Además el art.621-4 y 5 del C.P. recoge una agravación cuando el hecho se comete por medio de un vehículo a motor o ciclomotor o con un arma. Las infracciones penadas en este artículo solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

1.6.- Infringir el régimen de custodia de los hijos menores (art.622).

La conducta consiste en que:

- * Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o en su caso de desobediencia, infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa.

2.- FALTAS CONTRA EL PATRIMONIO.

Las faltas contra el patrimonio se recogen en el Título II, pudiéndose clasificar en diversos grupos.

Todas las faltas contra el patrimonio tienen como límite la cuantía de 400 euros, por encima de cuya cantidad constituyen delito.

2.1.- Faltas contra el patrimonio con enriquecimiento. (art. 623)

De las conductas recogidas en este artículo, señalamos las siguientes:

- Falta de Hurto.
- Falta de sustracción o utilización de vehículos de motor o ciclomotor ajeno.
- Falta de estafa, apropiación indebida u otras defraudaciones.
- Falta contra la propiedad intelectual e industrial (introducida por L.O. 5/2010)

2.2.- Faltas de daños. (Art.625 y 626).

Además de la infracción básica del párrafo 1º causar intencionadamente daños cuyo importe no exceda de 400 euros, en el 2º párrafo se contempla un tipo cualificado si el daño se causa en bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental.

Así mismo el art.626 tipifica otra falta de daños consistentes en deslucir bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios.

3.- FALTAS CONTRA LOS INTERESES GENERALES.

En el título III se recogen los siguientes grupos de faltas:

3.1.- Falsedades. (art.629).

La conducta típica consiste en haber recibido de buena fe moneda, billetes, sellos de correos o efectos timbrados falsos, y expenderlos en cantidad que no exceda de 400 euros, a sabiendas de su falsedad.

3.2.- Creación de peligro concreto. (art.630 y 631)

El C.P. castiga dos faltas por creación de peligro concreto:

- a) Abandono de jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos, de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades o en lugares frecuentados por menores.
- b) Negligencia en la custodia de animales dañinos.

El art.631 prescribe que los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejen sueltos o en condiciones de causar mal incurrirán en responsabilidad penal, así como quienes abandonen un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad.

3.3.- Maltrato de animales. (art.632.2).

La conducta consiste en el maltrato cruel a animales domésticos o cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente.

4.- FALTAS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO.

En el título IV se reúnen las faltas contra el orden público. Estas pueden clasificarse en:

4.1.- Perturbación leve del Orden Público en los lugares que se indican.

El artículo 633 tipifica la conducta de perturbar levemente el orden en la audiencia de un Tribunal o Juzgado, en los actos públicos, en espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas.

Esta falta guarda relación con el delito que se tipifica en el art.558.

4.2.- Desobediencia leve a la autoridad. (art. 634)

La conducta típica consiste en faltar al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes o desobedecerlos levemente, cuando ejerzan sus funciones.

Se trata en esta falta de dar continuidad al delito del art.556 que castiga la resistencia a la autoridad o sus agentes o la desobediencia grave.

4.3.- Allanamiento de domicilio de persona jurídica. (art.635)

Esta falta, complementando el art.203 del C.P., castiga el mantenerse fuera de las horas de apertura en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público.

4.4.- Carencia de seguros obligatorios. (art. 636)

En este artículo se tipifica la conducta de realizar determinadas actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exijan legalmente para el ejercicio de ellas.

Se exceptúa la conducción de vehículos a motor y ciclomotores.

5.- DISPOSICIONES COMUNES A LAS FALTAS.

El título V recoge dos disposiciones comunes a las faltas:

5.1.- El arbitrio judicial. (art. 638)

El actual art.638 faculta al juez para que en la imposición de la pena se recorra toda la extensión señalada sin sujetarse a las reglas de los artículos 61 al 72 del C.P.

5.2.- Condiciones objetivas de procedibilidad. (art.639)

- En las faltas perseguibles a instancia de la persona agraviada podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquella fuere menor de edad, incapaz o persona desvalida.
- La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención.
- En estas faltas, el perdón del ofendido o su representante legal extinguirá la acción penal o la pena impuesta, salvo en delitos o faltas cometidos contra menores o incapaces, en los que el juez o tribunal, podrá rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquellos, según dispone el art.130-5º párrafo 2º C.P.

6.- ESPECIALIDADES DE LAS FALTAS.

En general, el tratamiento punitivo es común a delitos y faltas, sin embargo son reglas especiales respecto a las faltas las siguientes:

- **Grado de desarrollo o iter criminis.**

Conforme al art.15-2 del CP, las faltas, se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio.

- **Prescripción.**

El art.131.2 del CP, determina que las faltas prescriben a los seis meses y según el art.133 del CP, al año prescriben las penas leves con que son castigadas las faltas.

PARTE PROCESAL PENAL

- **Aseguramiento de la escena del delito y diligencia de inspección ocular.**
- **Diligencia de entrada y registro.**
- **Diligencia de observación de las comunicaciones.**

ASEGURAMIENTO DE LA ESCENA DEL DELITO. Y DILIGENCIA DE INSPECCIÓN OCULAR

La L.E.Crim. dentro del Capítulo de las actuaciones de la Policía Judicial y el Ministerio Fiscal dispone en el artículo 770, redactado por Ley 38/2002, una serie de actuaciones para los agentes que acudan de manera inmediata al lugar donde se han cometido los hechos delictivos. El precepto ordena las diligencias que debe practicar la Policía Judicial, que ya aparecían detalladas en el derogado art. 786, y a las que se añaden las descritas en las reglas 2ª y 5ª.

La Policía Judicial acudirá de inmediato al lugar de los hechos y realizará las siguientes diligencias:

- 1.- Requerirá la presencia de cualquier facultativo o personal sanitario que hubiera habido para prestar, si fuere necesario, los oportunos auxilios al ofendido.
- 2.- **Acompañará al acta de constancia fotografías o cualquier otro soporte magnético o de reproducción de la imagen, cuando sea pertinente para el esclarecimiento del hecho punible y exista riesgo de desaparición de sus fuentes de prueba.**
- 3.- Recogerá y custodiará en todo caso los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial.
- 4.- Si se hubiera producido la muerte de alguna persona y el cadáver se hallare en la vía pública, en la vía férrea o en otro lugar de tránsito, lo trasladará al lugar próximo que resulte más idóneo dentro de las circunstancias, restableciendo el servicio interrumpido y dando cuenta de inmediato a la autoridad judicial. En las situaciones excepcionales en las que haya de adoptarse tal medida de urgencia, se reseñará previamente la posición del interfecto, obteniéndose fotografías y señalando sobre el lugar la situación exacta que ocupa.

- 5.- **Tomará los datos personales y dirección de las personas que se encuentren en el lugar en que se cometió el hecho, así como cualquier otro dato que ayude a su identificación y localización, tales como lugar habitual de trabajo, números de teléfono fijo o móvil, número de fax o dirección de correo electrónico.**
- 6.- Intervendrá, de resultar procedente, el vehículo y retendrá el permiso de circulación del mismo y el permiso de conducir de la persona a la que se impute el hecho.

A continuación exponemos unas notas en torno a la diligencia de Inspección Ocular y a las garantías procesales que respecto a su práctica establece la L.E.Crim.

LA INSPECCIÓN OCULAR

CONCEPTO Y PRÁCTICA

La Inspección Ocular constituye una de las diligencias de comprobación del delito y averiguación del delincuente, regulada concretamente en los arts. 326 a 333 de la L.E.Crim.

La finalidad de esta diligencia no es otra que la de recoger y conservar para el Juicio Oral los rastros materiales dejados tras la perpetración del delito, siendo necesario, lógicamente, que se lleve a cabo con la observancia de las garantías procesales establecidas en la L.E.Crim.

A continuación repasaremos las formalidades esenciales que hay que tener en cuenta a la hora de la práctica de esta diligencia.

FORMALIDADES

La diligencia de Inspección Ocular exige dos formalidades esenciales: la confección de un acta y la garantía del derecho de defensa.

Se deberá extender un **Acta** en el mismo momento de la Inspección, debiendo ser firmada, por todos los asistentes en la que se relatará todo lo que ha sido practicado y percibido, haciendo especial mención a la descripción del lugar del delito, accidentes del terreno o situación de las habitaciones, así como el sitio y el estado de los objetos que allí se encuentren y todos los demás detalles que puedan ser de interés para la averiguación del delincuente y comprobación del delito (arts. 332 y 326 L.E.Crim.).

Cuando al practicarse la diligencia de Inspección Ocular., hubiera inculpada alguna persona como responsable del hecho punible, o, alguna privada de libertad por razón de la causa, habrá de notificársele la práctica de aquella, con la anticipación que permita su índole. La omisión de dicha citación, en su caso, podrá estimarse en su momento como constitutiva de la nulidad de la diligencia, con la sola excepción de que el carácter urgente de la diligencia a practicar impida materialmente la citación del imputado.

El imputado podrá **presentarse ya solo ya sido asistido del defensor** que eligiese o le fuera nombrado de oficio, si así lo solicitara, uno y otro podrán hacer en el acto las observaciones que estimen pertinentes.

En relación a **LA DILIGENCIA DE OCUPACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO:**

Es ésta una diligencia consistente en recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y que se hallen en el lugar en que éste se cometió o en sus inmediaciones. (art. 334 L.E.Crim.).

En cuanto a la descripción del cuerpo del delito, el Art. 334 dispone que se deberá extender diligencia (Acta de Ocupación) en la que se exprese el lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, describiéndose minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, debiendo ser firmada por los intervinientes.

En cuanto a quién está capacitado para llevarla a cabo, si bien el art. 334 L.E.Crim. la establece como una diligencia a cargo del Juez de Instrucción, puede llevarla a cabo la Policía Judicial antes de la iniciación del proceso, tal y como se desprende claramente del art. 282 L.E.Crim., según el cual es obligación de la Policía Judicial el recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición judicial. En el mismo sentido, se pronuncia el ya citado art. 770.3 L.E.Crim.

Igualmente el art. 770-6º determina la posibilidad, para la Policía Judicial de intervenir el vehículo y retener el permiso de circulación y el permiso de conducir de la persona a la que se le impute el hecho.

ESPECIAL REFERENCIA AL A.D.N

En nuestro panorama legislativo actual queda bien diferenciada la obtención de muestras para la práctica de la prueba de ADN del cuerpo del sospechoso, de aquellas otras en las que no se precisa incidir en la esfera privada y por tanto no hay afectación de derechos fundamentales.

En el primer caso contamos con el Art. 363.2 L.E.Crim. y para el segundo el art. 326.3 L.E.Crim. ambos reformados por la L.O 15 de 25 de noviembre de 2003.

Art 326.3 L.E.Crim.:

“Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 282 (supuestos en los que exista riesgo de desaparición y sea la Policía Judicial la que proceda a recoger los vestigios)”.

De otra parte el **Art. 363 en su párrafo segundo** determina que:

“Siempre que concurren 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”.

Este párrafo añadido por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, supone llenar una laguna existente en el ordenamiento jurídico, como era la de si se podía ordenar por la autoridad judicial en resolución motivada la obtención de muestras biológicas del sospechoso, cosa no permitida por el Tribunal Constitucional por faltar una norma de cobertura con rango de Ley.

Después de esta reforma de 2003, se puede concluir que la intervención del Juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma., siempre que la cadena de custodia este rodeada de las debidas garantías.

Esta ha sido la decisión de la **Sala 2ª del Pleno no Jurisdiccional de fecha 31 de enero de 2006:**

“La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”.

En consonancia con lo anterior se aprueba **la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.**

En su Disposición Adicional Tercera. Obtención de muestras biológicas dispone:

“Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial, mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la L.E.Crim.

Los delitos enumerados son los siguientes: delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que hubieren sido realizados con violencia o intimidación o fuerza en las cosas, así como en los casos de la delincuencia organizada (282 bis, apartado 4 de la L.E.Crim., en relación con los delitos enumerados).

DILIGENCIAS RELACIONAS CON EL CADAVER

1.-LEVANTAMIENTO DEL CADAVER

Esta diligencia está prevista en el art. 335 L.E.Crim.:

“Siendo habida la persona o cosa objeto del delito, el Juez Instructor describirá detalladamente su estado y circunstancias y especialmente todas las que tuvieren relación con el hecho punible”.

Y en su relación, entre otros, en el art. 337 L.E.Crim.

“Cuando en el acto de describir a la persona objeto del delito...”.

La L.O 15/2003 de 25 de Noviembre por la que se modifica el Código Penal en su disposición final añade un nuevo apartado 6 al artículo 778 L.E.Crim. que dispone:

“El Juez podrá autorizar al médico forense que asista en su lugar al levantamiento del cadáver, adjuntándose en este caso a las actuaciones un informe que incorporará una descripción detallada de su estado, identidad y circunstancias, especialmente todas aquellas que tuviesen relación con el hecho punible”.

2.- ASISTENCIA A LA AUTOPSIA

La autopsia deberá practicarse en casos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, aun cuando por la inspección exterior pudiera presumirse la causa de la muerte.

Conforme a lo previsto en el art 778-4 L.E.Crim.(redactado por Ley 38/2002):

“El Juez podrá acordar que no se practique la autopsia cuando por el médico forense o quien haga sus veces se dictamen cumplidamente la causa y circunstancias relevantes de la muerte sin necesidad de aquella”.

DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1.1. INTRODUCCIÓN

1.2. REQUISITOS LEGALES

- 1.2.1. Entradas y registros efectuados por la policía de propia autoridad.
- 1.2.2. Entrada y registro domiciliario.
- 1.2.3. Entrada y registro en lugares cerrados que no constituyen domicilio de un particular.
- 1.2.4. Entrada y registro en lugares especiales.
- 1.2.5. Modo de practicar la entrada y registro desde una perspectiva legal.
- 1.2.6. Art. 2.1 (3 y 4) de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.
- 1.2.7. Registro de vehículo.
- 1.2.8. Cuestiones que pueden plantearse en la práctica de la Diligencia de Entrada y Registro en lugar cerrado y su posible incidencia de cara a su valor probatorio.

1.1. INTRODUCCIÓN

La diligencia de entrada tiene un carácter instrumental, en el sentido de que es medio para ejecutar otras diligencias, como es el registro, acto dirigido a recoger y asegurar los efectos e instrumentos del delito, o sea, asegurar las fuentes de prueba. De ahí la importancia que tendrá el hecho de que la entrada se practique conforme a las prescripciones legales, pues todo vicio de que ésta adolezca afectará al registro y por tanto, a la eficacia probatoria de las evidencias recogidas.

La piedra angular, para la evitación de errores, es un correcto y global conocimiento de la actuación; tanto desde el punto de vista legal, como técnico policial; sin olvidar que de todo ello deberá quedar constancia escrita. Puesto que la entrada y registro además de ser un acto de investigación, es en sí mismo un acto productor de efectos jurídicos.

1.2. REQUISITOS LEGALES

1.2.1 ENTRADAS Y REGISTROS EFECTUADOS POR LA POLICÍA DE PROPIA AUTORIDAD

En el art. 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se regulan cuatro supuestos en los cuales los agentes de la autoridad PODRÁN ACCEDER a un lugar cerrado CON EL FIN DE PROCEDER A LA DETENCIÓN DE UNA PERSONA, cuando:

- a) Exista mandamiento de prisión sobre ellos, lo cual implica una fuerte presunción de culpabilidad en el sujeto y un hecho de cierta gravedad (se deberá acordar con el mandamiento de prisión el de entrada y/o registro, o, tomando las prevenciones a que haya lugar, deberá interesarse del Juez un mandamiento específico para el fin que incumbe. (St. T.C. 17-02-84)).
- b) En los casos de flagrante delito.
La flagrancia es aquella situación en la que el delincuente es “sorprendido” - visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito.
El delito flagrante, según doctrina jurisprudencial, queda configurado, a los efectos del art. 18 (2) de la Constitución y del Art. 553 de la L.E.Crim., por los requisitos siguientes:
 - 1. Por la inmediatez temporal: que se esté cometiendo un delito o se haya cometido instantes antes.
 - 2. Por la inmediatez personal: que el delincuente se encuentre allí en ese momento o en relación tal con el objeto o con los instrumentos del delito que hagan prueba de su participación en el hecho.
 - 3. Necesidad urgente de intervenir, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para la obtención del mandamiento correspondiente.
- c) El delincuente que, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en ese lugar. (Supuesto de cuasiflagrancia).

- d) En casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el Art. 384 bis de la L.E.Cr., esto es cuando se trate de personas integradas o relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes.

Es de especial interés destacar como a tenor de lo dispuesto en el texto legal, la entrada y registro en la investigación de delitos del terrorismo sin necesidad de mandamiento judicial solo podrá efectuarse en casos de urgente necesidad.

En este supuesto el juez competente es el Juez Central de Instrucción de Guardia.

En los cuatro supuestos enumerados anteriormente los agentes de la autoridad así mismo, podrán registrar el lugar y ocupar los efectos e instrumentos que allí se encuentren y que puedan guardar relación con el delito perseguido.

Del registro efectuado se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.

1.2.2 ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIO

En el artículo 18 (2) de la Constitución se establece la inviolabilidad domiciliaria, auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elija, y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o impune a las agresiones o invasiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública.

Art. 18 (2) Constitución:

“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

La norma constitucional sólo admite unas excepciones muy determinadas:

- el consentimiento del titular
- la existencia de una resolución judicial que la autorice
- la comisión de un delito flagrante

La idea de domicilio que utiliza el Art. 18 (2) de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de derecho privado y en especial, en el Art. 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones.

La constitución protege el domicilio porque protege la existencia de un lugar en que la persona pueda desarrollar su vida privada y su intimidad; en consecuencia, el domicilio protegido será aquél en que la persona realice estas actividades, coincida o no con el domicilio determinado según los criterios del Código Civil.

La Sentencia 22/84 de 17 de Febrero de 1.984 del Tribunal Constitucional define el domicilio:

“Espacio físico separado por voluntad de su morador del resto del espacio físico en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima”.

Por tanto, entendemos como domicilio cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, sea de forma estable o transitoria.

Lo que se protege no es el espacio físico en sí, sino lo que en ese espacio físico hay de emanación de la persona y de su esfera privada.

El concepto de domicilio, por lo dicho anteriormente, se caracteriza por dos notas:

- Lugar separado del entorno físico exterior de forma inequívoca. Poco importa su calificación arquitectónica, estética o urbanística.
- Lugar donde la persona puede actuar sin intromisión alguna; es decir, donde puede ejercer su derecho a la intimidad y a la privacidad.

Es indiferente el título en virtud del cual se ocupa la vivienda (propietario, usufructuario, arrendatario o precarista) para que goce de la protección que al domicilio dispensa la Constitución.

Con respecto a las Personas Jurídicas, el Tribunal Constitucional ha declarado que pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales y, en concreto, del derecho a la inviolabilidad de su domicilio. Fundamentándose en el derecho a mantener íntimos o privados ciertos aspectos de su vida, teniendo en cuenta que, dada la especial naturaleza de las personas jurídicas, tal intimidad o privacidad consiste en la concesión de un lugar en el que ejercer con libertad su actividad social sin injerencias y sin conocimiento por parte de terceras personas ajenas a la titular del derecho.

Se reconoce la existencia de una intimidad o vida privada social, pues toda entidad tiene sus propios aspectos que desea preservar del conocimiento ajeno (secretos comerciales, fórmulas de productos...). Ahora bien, así como para la persona física se puede hablar de una intimidad personal o familiar, para las personas jurídicas se excluye esta última.

El concepto de domicilio civil de las personas jurídicas, es también más restringido que el domicilio constitucional, pues por un lado aspectos no públicos de la empresa no se desarrollan en la sede social y por otro lado, existen otros lugares en que se desarrollan actividades de la empresa, pero a los que no tiene sentido extender la idea de intimidad, como serían explotaciones abiertas, astilleros... Así pues habría que distinguir aquellas zonas o espacios abiertos al público en general, de aquellas otras zonas o espacios reservados en los que se residencia la intimidad que tendrán la consideración penal y constitucional de domicilio.

Sentada en el art. 18-2 de la Constitución la inviolabilidad del domicilio, el **art. 545 L.E.Cr.** establece:

“Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero, salvo en los casos y en la forma expresamente establecida en la Ley”

Esta prohibición afecta tanto a los particulares como a los poderes públicos.

En cuanto a los casos expresamente previstos en la Ley, el art. 18-2 de la Constitución prevé tal y como antes se ha mencionado: el consentimiento del titular, la autorización judicial y el supuesto de flagrante delito.

A estos casos habría que añadir los supuestos de concurrencia de una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad...).

Asimismo el Art. 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana en su párrafo 3 cuando dispone: "Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad".

En primer lugar estudiaremos el supuesto de entrada en domicilio en el que medie **CONSENTIMIENTO DEL TITULAR**.

El consentimiento puede ser expreso o tácito, pero nunca presunto, tampoco es válido el obtenido por medio de engaño, amenaza o coacción. Deberá ser concluyente e inequívoco. (Es imprescindible una solicitud clara y no engañosa).

El art. 551 define el consentimiento tácito:

“Se entenderá que presta su consentimiento aquél que requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependen para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el Art. 18-2 de la Constitución”.

Son numerosas las Sentencias del Tribunal Supremo que entienden que en el supuesto en que el detenido preste su consentimiento de forma expresa para entrar y registrar su domicilio, dicho consentimiento debe de ser prestado con asistencia de Letrado.

En los supuestos en que la Diligencia se practique con el consentimiento del titular, los funcionarios policiales deberán recoger por escrito la autorización concedida.

Si hay oposición entre los moradores, no podrá practicarse la entrada y registro, por tratarse de un derecho eminentemente personal que afecta a la propia intimidad y, en consecuencia, deberá solicitarse mandamiento judicial.

La otra forma que el ordenamiento jurídico prevé para acceder y registrar el domicilio de un particular es mediante **RESOLUCIÓN JUDICIAL**, que adoptará la forma de Auto motivado que deberá emanar de la autoridad judicial competente (Juez Instructor), para los casos en que se considere que allí se pueden encontrar al presunto criminal o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación. En todo caso es necesario que preceda siempre la petición del consentimiento del interesado.

En la práctica recibe el nombre de mandamiento de entrada y registro la disposición judicial mediante la cual se ordena a la autoridad o funcionario de la Policía Judicial la práctica de esta diligencia.

El Art. 550 establece que:

“Podrá el Juez Instructor ordenar la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España; pero precediendo siempre el consentimiento del interesado conforme establece el Art. 18-2 de la Constitución; a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado que se notificará a lo más tardar dentro de las 24 horas de haberse dictado”.

El plazo de 24 horas ha de interpretarse en el sentido de que transcurrido el mismo caduca la autorización judicial.

El auto emanado de la autoridad judicial debe cumplir una serie de requisitos que vienen recogidos en el Art. 558:

- El Auto Judicial que autorice la entrada y registro en un domicilio será fundado (es decir, en cada caso se deberá expresar la necesidad de la práctica de esta diligencia atendiendo a los antecedentes de hecho de la causa).

- Se debe expresar de forma concreta el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse.
- Si tendrá lugar tan sólo de día o de noche.
- La Autoridad o funcionario que haya de practicarlos.

El Art. 566, en desarrollo del Art. 550, establece que el Auto Judicial autorizando la entrada y registro en un domicilio debe ser notificado al titular del domicilio; si no fuere habido a la primera diligencia en busca, se notificará al encargado; si tampoco estuviere, a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, prefiriendo a un individuo de la familia. Si no se hallare a nadie se hará constar por diligencia que se extenderá con asistencia de dos testigos que la deberán firmar. La negativa de los testigos, en su caso, a firmar, se hará constar también en la diligencia.

En los casos en que sea necesario practicar una entrada y registro en el domicilio de un **menor de edad**, los funcionarios de policía pondrán el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal quien, en su caso, interesará del juzgado de Menores la autorización pertinente. No será necesaria la previa autorización judicial:

- en caso de delito flagrante
- cuando los representantes legales del menor de edad, en su condición de titulares del domicilio, autoricen dicha entrada. Si el menor se hallase detenido en dependencias policiales, deberá ser trasladado al domicilio con el fin de que esté presente en la práctica del registro junto con su representante legal.

El art. 554 L.E.Cr. considera asimilados a domicilio los palacios reales, los edificios o lugares cerrados, o parte de los mismos destinada principalmente a la habitación de cualquier persona o su familia, y los buques nacionales mercantes.

Las **habitaciones de los hoteles, pensiones, hostales**, deben considerarse domicilios a efectos de la protección constitucional porque suponen una localización real de la persona en un ámbito dirigido a cobijarle con exclusión de la acción externa, independientemente de la transitoriedad con que el sujeto permanezca en el referido lugar.

Las **embarcaciones de recreo**, que no sean de carácter mercante, son consideradas domicilio por los Tribunales de Justicia. Así, por ejemplo un velero, salvo que por las características del barco (pequeñas embarcaciones deportivas), o su uso exclusivo para la pesca, no puedan suponer un reducto de la intimidad personal o familiar (TS 15 noviembre 2000; TS 16 diciembre 1999).

1.2.3 ENTRADA Y REGISTRO EN LUGARES CERRADOS QUE NO CONSTITUYEN DOMICILIO DE UN PARTICULAR

a.- Los destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la provincia o del municipio (Art. 547-1)

En este supuesto la L.E.Cr. establece en su Art. 564 (1): El Juez oficiará a la Autoridad o jefe de que aquéllos dependan en la misma población su intención de entrar y registrar, dando un plazo para que se dé por enterado. Si al término de este plazo no se le contesta o la respuesta es negativa, dictará un auto de entrada y registro de ese lugar que deberá notificarse al encargado de la custodia o conservación. Por tanto la negativa o ausencia de contestación en el plazo señalado no impide la práctica de la diligencia; tal y como se ha expresado, el Juez en estos casos dictará Auto.

Respecto de la parte del edificio que sea ocupada para habitación de encargados de lugares o servicios oficiales o de la conservación y custodia, se aplica lo previsto para el domicilio.

b.- Los destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo (Art. 547-2)

Consideramos que a estos se pueden asimilar los lugares cerrados pero abiertos al público.

El Art. 565 establece: para acceder y registrar estos lugares habrá de notificarse tal intención a la persona que se encuentre al frente del establecimiento o al que haga sus veces, si aquél se encuentra ausente.

No se requiere ni previa obtención del consentimiento ni, en su defecto, resolución judicial, bastando con hacer saber al interesado. En este sentido puede interpretarse el término notificación.

c.- Cualquier otro edificio o lugar cerrado que no constituya domicilio de un particular (Art. 547-3 L.E.Cr.)

Consideramos que a estos se pueden asimilar los lugares cerrados de no acceso público.

La regulación para la entrada y registro en estos lugares es similar a la de los edificios de la administración (547-1), por lo que en principio la policía deberá contar, bien con autorización del titular, o bien, en su defecto con resolución judicial.

Numerosas sentencias del T.C. y del Tribunal Supremo han interpretado que no puede extenderse la protección constitucional ni serles de aplicación las garantías previstas en la L.E.Cr. que han de observarse en la práctica de las diligencias de entrada y registro en el domicilio de los particulares, a estos edificios o lugares cerrados, entendiendo que no es necesaria la autorización judicial previa.

Así, a modo de ejemplo, la sentencia del T.C. de 16 de diciembre de 1997 establece que: *“No todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales. Por esta razón, tal concepto y su correlativa garantía constitucional no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación- como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales- tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad”*.

No siendo un criterio unánime, lo más prudente sería solicitar una autorización judicial para cumplir con lo prescrito en la L.E.Cr. (art. 564), sobre todo en caso de duda sobre si existe algún atisbo de privacidad, sin perjuicio de asumir el criterio del Juzgado de Instrucción competente que debiera en su caso autorizar la entrada.

d.- Los buques de Estado (Art. 547-4 L.E.Cr.)

Por tal se entiende los buques de guerra.

Tienen la consideración de edificios oficiales. Las comunicaciones para el acceso a los mismos se dirigirán a los Comandantes; en ausencia de respuesta positiva es precisa autorización judicial.

1.2.4 ENTRADA Y REGISTRO EN LUGARES ESPECIALES

Cámaras Legislativas

Las Cámaras legislativas son inviolables (art. 66-3 de la Constitución y art. 25-2 Estatuto Vasco).

El Juez necesitará para la entrada y registro en cualquiera de ellos, de la autorización del presidente respectivo (**Art. 548 L.E.Cr.**).

La protección no es al edificio en sí sino en virtud de su destino o uso.

Templos y lugares de culto de la Iglesia Católica y sus archivos

Son inviolables, la fuerza pública no podrá entrar para el ejercicio de sus funciones, sin el consentimiento de la competente autoridad eclesiástica (**Art. 1 del Acuerdo del Estado Español y la Santa Sede, de 3 de Enero de 1.979**).

Otros templos y lugares de culto

Los lugares de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas (Ley 25/1992, de 10 de Noviembre), a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas (Ley 24/1992, de 10 de Noviembre) y de las Comunidades Islámicas miembros de la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, de 10 de noviembre), gozan de inviolabilidad en los términos establecidos en las Leyes.

Edificios y otros bienes de representaciones extranjeras (Embajadas)

Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ella, no podrán ser objeto de ningún registro sin consentimiento del jefe de la misión, así como sus medios de transporte, archivos, documentos, correspondencia, donde quiera que se encuentren, y la residencia del agente diplomático. (**Convenio de Viena sobre relaciones Diplomáticas de 18 de Abril de 1.961, arts. 22, 24 y 30**).

Edificios consulares y otros bienes

Los locales consulares no podrán ser objeto de entradas salvo consentimiento del jefe de la oficina consular. El consentimiento se presumirá en casos de incendio o de otras calamidades que requieran la adopción inmediata de medidas de seguridad. **(Convenio de Viena de 1.963, art. 31).**

Los archivos y documentos consulares de oficina regentada por un cónsul honorario serán solamente inviolables cuando estén separados de otros papeles y documentos. (Convenio de Viena sobre relaciones Consulares de 24 de Abril de 1.963).

Buques extranjeros (Art. 561 L.E.Cr.)

Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar.

Buques mercantes: es preciso la autorización del capitán y si éste la deniega del cónsul de la nación.

Buques de guerra: la falta de autorización del comandante se suplirá por la del Embajador de la nación a que pertenezcan.

Tratándose de embarcaciones de otro carácter (ej.: un velero u otras de recreo) se aplicarían los mismos requisitos de acceso que rigen para los que tuvieran nacionalidad española.

1.2.5 MODO DE PRACTICAR LA ENTRADA Y REGISTRO DESDE UNA PERSPECTIVA LEGAL

Habíamos dicho anteriormente que nadie podía entrar en un domicilio salvo en los casos, que ya hemos visto, y en la forma establecida en la ley. En cuanto a las formalidades:

Art. 567 L.E.Cr.

“Desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro”.

Se trata de una norma dirigida más a la actuación policial que a la judicial en relación a la adopción de medidas de seguridad.

El Art. 568 dispone que:

“Tras cumplimentar los requisitos determinados por la Ley, se procederá a la entrada y registro, empleando para ello, si fuera necesario, el auxilio de la fuerza”.

Sólo procederá a falta de colaboración voluntaria de quienes se encuentren en el domicilio. Si a la falta de colaboración se añade la violencia o la intimidación grave, se apreciará el delito de atentado (**Art. 550 C.P.**)

El registro se efectuará

“evitando las inspecciones inútiles, no importunando ni perjudicando más de lo necesario, comprometiendo lo menos posible la reputación de

los moradores y respetando sus secretos si no interesan a la instrucción del caso” (**Art. 552 L.E.Cr.**)

(Criterio de la “menor lesividad posible”).

El Art. 569 hace referencia a las personas que han de estar presentes en el registro:

“El registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente; si aquél no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad.

Si no lo hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo.

El registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidentes y que será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad, el Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

El art. 451.3 de la LOPJ establece que los Oficiales del Juzgado, en sustitución del Secretario Judicial, podrán intervenir en calidad de fedatarios y levantar la correspondiente acta.

Es conveniente poner especial cuidado en que durante la práctica del registro en cada una de las dependencias se encuentren presentes todas las personas que asistan al mismo.

El Art. 570 establece que

“cuando el registro se practique en un domicilio al expirar el día sin haberse terminado, se requerirá al interesado para que permita continuarlo, salvo que la autorización judicial hubiera previsto el registro para cualquier hora del día o de la noche. Si se opone, además de adoptar las precauciones correspondientes de vigilancia, se podrá cerrar y sellar el local o los muebles que no

hayan sido objeto de registro, previniendo a los que permanezcan en el domicilio para que no quebranten los sellos ni violenten las cerraduras, pues en tales casos podrán incurrir en responsabilidad criminal”.

La prevención de no quebrantar sellos y cierres debe hacerse constar en el acta y es esencial, pues a falta de ella no existirá responsabilidad penal.

Es conveniente evitar estos problemas, bien practicando la diligencia con tiempo suficiente o bien solicitando al Juez que expida el mandamiento para que pueda realizarse también durante la noche.

Si no se encontrasen las personas u objetos que se busquen, se expedirá certificación del acta a la parte interesada si lo reclamare. **Art. 569-5.**

Art. 571:

“El registro no se suspenderá sino por el tiempo en que no fuere posible continuarlo, y se adoptarán, durante la suspensión, las medidas de vigilancia aludidas en el Art. 567”.

Art. 572:

“En la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado se expresarán los nombres del Juez, o de su delegado, que la practique y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se hubiese principiado y concluido la diligencia, y la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos”.

Como **registros especiales** contempla expresamente la L.E.Cr el de los libros y papeles de contabilidad (Art. 573) y los protocolos de los notarios, libros del Registro de la Propiedad y del Registro Civil y Mercantil (Art 578), que analizaremos a continuación:

En cuanto al registro de libros y papeles de contabilidad, el **Art 573** dispone:

“No se ordenará el registro de los libros y papeles de contabilidad del procesado o de otra persona sino cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultara el descubrimiento y comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa”.

Dado que el contenido de estos documentos afecta especialmente a la intimidad de las personas, la L.E.Cr condiciona el registro de “libros y papeles de contabilidad” a la concurrencia de dos requisitos:

- el carácter grave de los indicios.
- que el descubrimiento o comprobación afecte a “algún hecho o circunstancia importante para la causa”.

En cuanto al Registro de Protocolos de notarios, libros de Registro de la Propiedad y del Registro Civil y Mercantil, el **Art. 578** dispone:

“Si el libro que haya de ser objeto del Registro fuere el protocolo de un notario, se procederá con arreglo a lo dispuesto en la Ley del Notariado. Si se trata de un libro del Registro de la Propiedad, se estará a lo ordenado en la Ley Hipotecaria. Si se tratare de un libro del Registro Civil o Mercantil, se estará a lo que se disponga en la Ley y Reglamentos relativos a estos servicios”.

El precepto hace una remisión a la normativa específica a aplicar en estos casos especiales, donde se establece que los libros expresados no pueden extraerse de los edificios donde se custodian, debiendo realizarse el examen de los mismos en las propias oficinas y siempre previa orden de la autoridad judicial competente.

Art. 574:

“El instructor recogerá los instrumentos y efectos del delito, así como los libros, papeles u otros bienes relacionados con el delito. Los libros y papeles que se recojan serán foliados y sellados y rubricados en todas sus hojas por el instructor, secretario, titular y por las demás personas que hayan asistido al registro”.

1.2.6 ARTICULO 2.1 (3 y 4) DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

El artículo 21 (3) de la indicada Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, establece que “será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofes, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad”.

La entrada en domicilio en casos de urgente y extrema necesidad está amparada por la circunstancia eximente número 5 del artículo 20 del Código Penal (estado de necesidad), pero para una mayor seguridad jurídica de los agentes de la autoridad se autoriza expresamente mediante Ley Orgánica.

En este precepto se autoriza exclusivamente la **entrada en el domicilio**, pero en ningún caso el registro.

Dado que el artículo 21(3) de la L. O. P. S. C. no menciona expresamente a la autoridad o sus agentes, hay que entender que en los supuestos indicados, por tratarse además de un estado de necesidad, se legitima la entrada en el domicilio a cualquier persona.

En el párrafo segundo del citado artículo se añade que cuando fuere necesaria la entrada en edificios públicos por las razones de urgencia expresadas, no se exigirá el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tenga a su cargo, por lo que los agentes podrán penetrar en los mismos de propia autoridad.

Finalmente, en el número 4 del mencionado artículo 23 se establece la obligatoriedad de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que entrasen en un domicilio, al amparo de lo dispuesto en este precepto, de remitir urgentemente el acta o atestado a la autoridad judicial competente.

1.2.7 REGISTRO DE VEHÍCULO

En términos generales los Tribunales vienen proclamando de forma constante que los automóviles no son domicilios sino simples objetos de investigación, por lo que la actuación sobre ellos en nada afecta a la esfera de la persona, estando sólo sujeta a las exigencias procesales de regularidad establecidas en la legislación ordinaria (que no sea arbitrario, que existan sospechas...).

Nada impide que la policía pueda inspeccionar un vehículo sospechoso, ya sea o en presencia del titular, o bien en su ausencia, si resulta urgente o necesario.

Cuestión distinta es la de las garantías procesales que deben observarse en el registro de un automóvil, idénticas a las exigibles en cualquier inspección ocular o actuación encaminada a la recogida del cuerpo o los efectos de delito y que están reguladas en la L.E.Cr.

Las exigencias legales establecidas para la recogida judicial de los efectos del delito, siempre que no concurran impedimentos de urgencia y necesidad también deben ser cumplidos por la Policía Judicial.

Y por otro lado, una vez desaparecidas las razones de urgencia, la falta de intervención judicial y la ausencia de contradicción (mediante la presencia del interesado) en la ejecución del registro del vehículo del inculcado privan de valor probatorio al resultado de esa actuación policial, a la que debe en tal caso seguir la declaración testificada en el juicio oral de los funcionarios que hayan practicado el registro.

1.2.8 CUESTIONES QUE PUEDEN PLANTEARSE EN LA PRACTICA DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO Y SU POSIBLE INCIDENCIA DE CARA A SU VALOR PROBATORIO

Las pruebas obtenidas mediante entrada o registro en domicilio no amparados por el consentimiento, por resolución judicial o en caso de flagrante delito (con las matizaciones del Art. 533 de la L.E.Criminal), habrán de considerarse nulas, conforme al art. 11 (1) L.O.P.J. Nulidad que se comunica a todo el proceso y fundamentalmente a los futuros actos procesales que traigan causa del acto ilícito, de modo que la prueba ilícita ni puede ser tenida en cuenta ni puede ser convalidada por diligencias posteriores.

El problema surge cuando, obtenido el consentimiento o bien la correspondiente resolución judicial autorizando la entrada y registro y extendido el oportuno mandamiento, se observan irregularidades en la práctica de la diligencia por la Policía. La Jurisprudencia establece la distinción entre la legalidad ordinaria (cumplimiento de las formalidades establecidas en la L. E. Cr.) y la legalidad constitucional (acatamiento de la norma constitucional Art. 18 (2)).

El Tribunal Constitucional ha declarado que, cuando se haya dejado de observar alguna formalidad de las establecidas sobre la entrada y registro, necesariamente ha de ponderarse la trascendencia de lo omitido o de lo irregularmente realizado y examinar en qué medida se han quebrantado normas del procedimiento y ello ha producido o no indefensión, originando en todo caso la ineficacia del acto en sí, sin obstaculizar futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios, incluso de sanear aquel defecto negativo con la práctica de otras diligencias en la instrucción.

. Presencia del Secretario en la práctica de la diligencia:

La L.E.Cr. en el art. 569 párrafo 4 establece que:

“El registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad, el Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Las consecuencias de su ausencia se produce en la esfera de la legalidad ordinaria y la Jurisprudencia ha considerado que no determina la nulidad ni invalida la diligencia, puesto que no afecta a ningún derecho fundamental, sino que será necesario que su resultado sea introducido en el juicio oral mediante la declaración de los intervinientes en dicho registro.

. Registro practicado por oficial del Juzgado habilitado.

La presencia en las diligencias en calidad de Secretario Judicial de un oficial del Juzgado habilitado expresamente como secretario, puede decirse que no resta validez a la diligencia, pues el concepto de Secretario Judicial es funcional y no funcionarial, refiriéndose tanto al Secretario Titular del Juzgado como al funcionario judicial que orgánicamente le sustituya.

. La presencia del Letrado en la diligencia de entrada y registro:

Las L.E.Cr. no exige la intervención de abogado por lo que su ausencia no la invalida.

La instrucción operativa número 6 en materia de asistencia letrada al detenido, integrada en el sistema de gestión de la calidad en el proceso de la detención, establece que en otro tipo de diligencias distintas a la toma de declaración y reconocimiento de identidad, se facilitará la asistencia letrada siempre y cuando no se demorase la realización de las mismas.

. Ausencia del interesado que se encuentra detenido o preso.

Interesado es quien ha de resultar afectado por los resultados de la diligencia que se va a hacer.

Si el interesado está detenido o preso es imprescindible su presencia so pena de nulidad según una muy reiterada jurisprudencia. Ahora bien, este derecho es renunciable, nada obliga a la policía a llevar por la fuerza al detenido que no quiere presenciarlo, debiendo constar por escrito mediante diligencia policial firmada por el detenido tal renuncia.

Presencia que ha de ser real y efectiva es decir, que ha de desplazarse por las sucesivas habitaciones o lugares registrados, esto es, presenciar el registro y los eventuales hallazgos.

. Ausencia de los testigos en la práctica del registro domiciliario.

La omisión de la presencia de los testigos que sustituyen la presencia del interesado convierte a la diligencia en un acto procesar irregular, no pudiendo ser valorada la entrada y registro en los términos que resultan de la documentación de la diligencia.

. Falta de notificación del auto:

“Si la entrada y registro se hubiere de hacer en el domicilio de un particular, se notificará el auto a éste; y, si no fuere habido a la primera diligencia en busca, a su encargado.

Si no fuere tampoco habido el encargado se hará la notificación a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, prefiriendo a los individuos de la familia del interesado.

Si no se halla a nadie, se hará constar por diligencia, que se extenderá con asistencia de dos vecinos, los cuales deberán firmarla”.

Se ha declarado que la notificación no tiene el carácter formal de un acto procesal que confiere legitimidad a la entrada en el domicilio, por lo que su incumplimiento, en la forma prevista por la Ley, no implica una vulneración de principios procesales que invaliden la prueba obtenida, como si la entrada hubiera carecido de autorización judicial.

El T. S. viene señalando que la falta de notificación en la forma establecida en la L. E. Cr. del auto no invalida la diligencia que se practica, puesto que su ausencia no supone vulneración de derecho fundamental, si no que constituye tan sólo la infracción de una norma que no tiende directamente a la protección de derechos fundamentales de los afectados, sino que la finalidad de esta formalidad es tan sólo la de informar a los afectados de la legalidad del procedimiento.

.Hallazgos casuales.

Puede considerarse consolidada jurisprudencialmente la tesis que estime la validez de las pruebas obtenidas durante el registro aunque se trate de delitos no comprendidos en el mandamiento.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo reconoce que “se ha impuesto en la doctrina una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellos otros productos delictivos que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado”.

DILIGENCIA DE OBSERVACIÓN DE LAS COMUNICACIONES

INTRODUCCIÓN.....	3
1.- INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.....	4
1.1.- INTRODUCCIÓN.....	4
1.2.- ASPECTOS JURÍDICOS.....	5
1.2.1.- Obtención del permiso de escucha. Motivación.....	5
1.2.2.- Existencia de un proceso penal	6
1.2.3.- Control judicial periódico.....	6
1.2.4.- Congruencia entre la autorización judicial y la investigación.....	7
1.2.5.- Entrega de los soportes originales	7
1.2.6.- Determinación de la medida y sus límites.....	7
1.2.7.- Personal autorizado para la intervención.....	8
1.2.8.- Resultado de la investigación.....	8
1.3.- SUPUESTOS ESPECIALES: PERSONAS AFORADAS, EMPRESAS, DESPACHOS DE ABOGADOS	8
1.4.- ASPECTOS A OBSERVAR PARA QUE LO OBTENIDO EN LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA SIRVA COMO PRUEBA DE CARGO	10
2.- INTERVENCIÓN DE LA CORRESPONDENCIA POSTAL Y TELEGRÁFICA.....	13
2.1.- INTRODUCCIÓN.....	13
2.2.- PRESUPUESTOS	14
2.3.- PROCEDIMIENTO DE INTERVENCIÓN.....	15
2.4.- APERTURA DE CORRESPONDENCIA	15
2.5.- VALOR PROCESAL DE LA INTERVENCIÓN DE LA CORRESPONDENCIA POSTAL Y TELEGRÁFICA	16

3.- LA ENTREGA VIGILADA	17
4.-LAS COMUNICACIONES POR CORREO ELECTRÓNICO.....	19
4.1.- MENSAJES GSM	21
5.- INTERVENCIÓN DE OTRAS COMUNICACIONES	22

INTRODUCCION

Para la averiguación de hechos sobre los que se ciernen sospechas o incluso la Policía tiene certeza sobre su carácter delictivo, han de practicarse una serie de investigaciones que atañen a la esfera de la intimidad o privacidad de los sujetos. Así, por ejemplo, habrá de procederse a la intervención de sus comunicaciones con otros sujetos (leer su correspondencia o sus telegramas, oír sus llamadas telefónicas o incluso captar sus conversaciones) o a la entrada y registro de su domicilio.

Estas prácticas chocan, en principio, con los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 18-2 (inviolabilidad del domicilio) o 18-3 (secreto de las comunicaciones); salvo que cuenten con la autorización del juez competente, ya que la Constitución reserva expresamente a los jueces la primera palabra para la restricción de determinados derechos fundamentales.

1.- INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

1.1.- INTRODUCCIÓN

El art. 18-3 C.E. establece que: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

En análogo sentido el art. 8-1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece que cualquier persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia, permitiendo la interferencia de la Autoridad pública en el ejercicio de dichos derechos en la prevención de las infracciones penales o la protección de los derechos y libertades de los demás.

El art. 579 de la L.E.Crim. dispone que:

“2. El juez podrá acordar, en resolución motivada la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa”.

“3. Igualmente, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existen indicios de responsabilidad penal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.”

Es fácil imaginar que con todo, no queda agotada la posibilidad de intromisión en el secreto de las comunicaciones, pues éstas son mucho más amplias que las postales, telegráficas y telefónicas. Estas también estarían protegidas y para poder tener acceso a ellas ha de obtenerse autorización judicial. Debiendo recordar que lo que se sanciona es la interceptación o el empleo de artificios para la escucha, transmisión, grabación o reproducción, pero siempre sobre la base de que tales conductas impliquen una injerencia exterior, de tercero, en la comunicación de que se trate (St. T.C. 114/1984).

1.2.- ASPECTOS JURIDICOS

1.2.1.- OBTENCION DEL PERMISO DE ESCUCHA. MOTIVACION

Art. 579-2º "Podrá acordar el Juez, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa".

Dado, como se ve, que la L.E.Crim. muestra en este aspecto cierta indeterminación, la Jurisprudencia ha ido desarrollando una serie de requisitos, así existen dos exigencias básicas:

A) **Proporcionalidad**

Debe existir proporción entre la intromisión que supone en la intimidad de la persona y la finalidad que se busca con ella.

El juicio de proporcionalidad supone constatar si la medida acordada puede conseguir el objetivo propuesto (idoneidad); si no existe otro medio más moderado para conseguir el fin propuesto (necesidad) y se debe encaminar a la investigación de delitos graves y respecto de aquellos que tengan una gran repercusión social.

B) **Motivación**

Si bien el legislador no establece limitaciones en razón a la gravedad o naturaleza del delito, sí que lo hace en orden a la existencia de **indicios de criminalidad más allá de la pura sospecha o conjetura**. Son aportados habitualmente a través del oficio judicial.

Esto quiere decir, que ya que según el art. 579 L.E.Crim., el juez debe acordar motivadamente la intervención, es imprescindible que tanto la solicitud como la resolución se motiven, determinando el objeto de control, número o números de

teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas (no es necesario identificar a la persona con su nombre y apellidos puesto que en ese momento puede desconocerse), quién ha de llevarlas a cabo y cómo, períodos en que haya de darse cuenta al juez, tiempo de duración y el fundamento concreto y determinado.

La resolución motivada ha de revestir la forma de Auto en la que se exteriorizará qué hechos o datos se han considerado indicios suficientes.

1.2.2.- EXISTENCIA DE UN PROCESO PENAL

El auto de adopción de la medida se ha de insertar en un concreto proceso penal, no queriendo decir que en todos los supuestos de interceptación de las comunicaciones debe existir ya un proceso en marcha y suficientemente avanzado, sino que esta resolución judicial puede ser la que dé origen a la iniciación del procedimiento (Diligencias previas o sumario).

1.2.3.- CONTROL JUDICIAL PERIODICO

El control periódico que el Juez debe desarrollar le obliga a solicitar a la policía la entrega de los soportes de grabación y, en su caso, de las correspondientes transcripciones para su incorporación al proceso y, principalmente, para tener conocimiento directo del resultado de las escuchas que le permitan decidir si procede una prórroga de la intervención o su cese.

Se entrega copia de la totalidad del audio en CD o DVD así como, el listado de las sesiones. También copia del audio en CD de las sesiones transcritas para el cotejo.

Si ordena el cese de la medida, deberá ponerse en conocimiento de la persona o personas afectadas la operación llevada a cabo, para que desde ese momento ejercite las acciones, si lo desea, que puedan corresponderle.

No obstante debemos recordar que esta medida no puede durar indefinidamente. Su

duración viene fijada en el Art. 579-3 L.E.Crim., que permite acordar al juez la intervención por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos.

1.2.4.- CONGRUENCIA ENTRE LA AUTORIZACION JUDICIAL Y LA INVESTIGACION

No son correctas las autorizaciones para investigar actividades delictivas genéricas. Cuando de los datos obtenidos de las escuchas precedentes surgen nuevas personas sospechosas o nuevos hechos delictivos no previstos en la solicitud policial inicial, procede dar cuenta al Juez, solicitándole una nueva autorización judicial específica para ampliar el ámbito subjetivo u objetivo de la investigación.

1.2.5.- ENTREGA DE LOS SOPORTES ORIGINALES

El Juez en presencia del Secretario Judicial, en cuanto dador en exclusiva de la fe pública en el ámbito judicial, debe seleccionar lo que interesa a la investigación por él ordenada y mantendrá el resto bajo la custodia de dicho Secretario.

El hecho de que los soportes entregados al Juzgado no sean las originales, sino copias, y, a su vez, éstas representen una selección verificada por la Policía sin control judicial alguno, es una grave violación del sistema. Deben remitirse al Juzgado los soportes originales (hoy digitales CD, DVD y MO) con las grabaciones íntegras. La selección de las grabaciones útiles compete al Juez, por lo que la policía deberá remitir todas las practicadas incumbiendo también al órgano judicial, por mediación del Secretario, el cotejo de las grabaciones con las transcripciones verificadas por la policía para garantizar la fidelidad del contenido.

El Juez acordará si la transcripción debe ser íntegra o únicamente de aquellas conversaciones de interés para la causa.

1.2.6.- DETERMINACION DE LA MEDIDA Y SUS LIMITES

La autoridad judicial debe precisar en qué habrá de consistir la medida, si en **observación** (Control reducido del teléfono a base de conocer sólo las llamadas que se

realizan desde un teléfono o a ese mismo teléfono, del tiempo en que se hacen y su duración. En este sentido recordar la St. T.C. 114/84 de 29/11/84 en la que se señala que el art. 18-3 CE no sólo cubre el contenido de la comunicación, sino también en su caso otros aspectos de la misma, como por ejemplo la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales) o en **intervención**, que supone tomar conocimiento de las conversaciones y su grabación en un soporte físico.

1.2.7.- PERSONAL AUTORIZADO PARA LA INTERVENCION

Tanto en los casos de telefonía fija como móvil, cuando el Juez dicte el auto, será preciso remitir directamente o a través de la policía, oficio a las Compañías (en el caso de móviles y telefonía fija digital), para la realización de la medida, o bien a la Ertzaintza para la telefonía fija analógica (a través de las Centrales).

De todos modos el art. 579 L.E.Crim. nada dice sobre la ejecución de la medida por lo que no se ofrece ninguna aclaración sobre los sujetos que puedan ejecutarla.

1.2.8.- RESULTADO DE LA INVESTIGACION

Finalizada la intervención telefónica y levantado el secreto de las actuaciones, el Juez debe poner de manifiesto todo lo obtenido a las partes y decidir qué ha de conservarse y qué debe destruirse, cuidando de que esto último se realice bajo la fe pública del Secretario, tanto respecto del soporte físico, como de las transcripciones, con intervención si lo desean, de las partes.

1.3. SUPUESTOS ESPECIALES: PERSONAS AFORADAS, EMPRESAS, DESPACHOS DE ABOGADOS

PERSONAS AFORADAS

En relación con la intervención telefónica de una persona aforada, bien por ser

Senador o Diputado del Congreso o de una Comunidad Autónoma debemos tener en cuenta lo siguiente:

- a.- En la motivación efectuada para esta intervención, se indicará la condición que ostenta la persona a investigar, indicándole al órgano judicial tal circunstancia. Órgano judicial que será el Tribunal Supremo si de Diputados o Senadores se tratara, o el Tribunal Superior de Justicia si nos encontramos ante un miembro de un Parlamento autonómico.
- b.- Si la persona a investigar no es aforada pero sí persona allegada a ésta, familiar o individuo que utiliza con frecuencia el mismo teléfono que el aforado se deberá indicar esta circunstancia en la motivación.

EMPRESAS

Si se trata de un teléfono situado en una empresa determinada y teniendo en cuenta que puede ser utilizado por las personas que trabajan en la misma, deberá tenerse en cuenta esta circunstancia a la hora de efectuar la solicitud, indicando tal extremo en la motivación así como la posibilidad de que el citado teléfono pueda ser utilizado por la persona a investigar.

DESPACHOS DE ABOGADOS

Como ya sabemos no es posible intervenir el teléfono profesional de un abogado salvo cuando éste aparezca como imputado en una determinada investigación criminal.

En este sentido debemos recordar que los abogados en relación con su actividad profesional de defensa jurídica, quedan sujetos al secreto profesional y aunque es muy difícil evitar la escucha e incluso grabación de conversaciones amparadas por dicho secreto, hay que mantener que lo fundamental es que tal conversación no debe existir para el mundo del Derecho, evitando en todo caso que llegue a oídos de personas ajenas a la investigación de los hechos.

1.4. ASPECTOS A OBSERVAR PARA QUE LO OBTENIDO EN LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA SIRVA COMO PRUEBA DE CARGO

Existen los denominados requisitos de legalidad constitucional, cuya no observancia supone la no valoración de las pruebas obtenidas, no sólo en lo que atañe a los resultados directos de la intervención, sino a cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios, aunque derive indirectamente de aquella:

Los Tribunales atribuyen tal carácter a *la necesidad de una autorización judicial previa debidamente motivada, así como la necesidad de realizar un control judicial a posteriori para la prórroga de la intervención.*

Si se pretende que lo obtenido en la intervención telefónica sirva como elemento que destruya la presunción de inocencia de un sujeto es necesario cumplir asimismo los siguientes requisitos denominados de legalidad ordinaria que se refieren al protocolo de incorporación al proceso penal, lo que convierte la medida en prueba de cargo.

Han sido fijados por la jurisprudencia:

- 1.- La presentación por parte de la Policía, en los términos que establezca el Juez, de las cintas y transcripciones literales.
- 2.- El cotejo por parte del Secretario para acreditar la coincidencia de unas con otras.
- 3.- La custodia, en sede judicial, de los soportes utilizados para permitir futuras audiciones.
- 4.- La ratificación de los funcionarios encargados de llevar a cabo la intervención, si se considera necesario.
- 5.- La puesta a disposición de los procesados del contenido de las cintas.
- 6.- La posibilidad de prueba pericial en caso de cuestionarse que las voces pertenecen a ellos, a fin de acreditar tal identidad, y, en su caso, la ausencia de manipulación técnica fraudulenta.

- 7.- La audición de las cintas en la Vista Oral bajo el principio de contradicción. En la práctica podrá sustituirse la audición de las cintas por la lectura de las transcripciones, siempre que ninguna parte o el Tribunal solicite su escucha.

En principio, las grabaciones han de estar a disposición del Tribunal Sentenciador y de las partes, en cuanto piezas de convicción -Art. 688 L.E.Criminal- la carencia de estas piezas de convicción podría producir nulidad de actuaciones si produjera indefensión.

Por tanto, se considera que en aquellos casos en que falten las grabaciones en el Juicio Oral, pero se cuente con las transcripciones debidamente cotejadas por el Secretario, si de ello no se deriva ningún menoscabo para la defensa del acusado, puede admitirse la práctica de la prueba a través del manejo de las transcripciones, cuestión que habrá de resolverse caso por caso, teniendo en cuenta factores tales como por ejemplo el reconocimiento anterior de la grabación por parte del imputado. (En tal caso es rigurosamente exigible la verificación y cotejo por el secretario de las mismas).

Incluso cabe dar entrada al testimonio de los agentes encargados de las escuchas y valorar sus manifestaciones incriminatorias.

De otro lado señalar que la fe judicial del Secretario se limita a acreditar la correspondencia de las grabaciones y de sus transcripciones, pero no se extiende obviamente a acreditar la identidad de su voz, por lo que el imputado podrá negar dicha identidad. Parece claro que el medio para acreditar la identidad de las voces, así como la falta de manipulación de las grabaciones, será el de una prueba pericial fonográfica o de cotejo de voces. Al respecto, hemos de tener en cuenta que, por un lado, no puede obligarse al imputado a realizar “un cuerpo de voz” (Art. 391 L.E.Cr.).

Sin embargo, los adelantos técnicos y los medios existentes hoy en día permiten comprobar con bastante fiabilidad tanto la identidad de las voces como la posible manipulación de las grabaciones.

La vulneración de los requisitos exigidos de legalidad ordinaria provoca que no sea posible convertir en medio de prueba la medida de intervención, pero sigue manteniendo su valor como medio de investigación, no impidiendo que el contenido de

tales grabaciones pueda ser introducido y conocido por otros medios de prueba como, por ejemplo, por el testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas.

La invocación de cuestiones tales como la no incorporación de todas las conversaciones grabadas, la selección de los tramos de interés por los servicios policiales y no por el Juzgado de Instrucción, la no notificación a la persona cuya comunicación quedó interceptada, son en la actualidad las alegaciones más frecuentes que están dando lugar a que las pruebas así obtenidas devengan nulas e irrelevantes.

2. INTERVENCIÓN DE LA CORRESPONDENCIA POSTAL Y TELEGRÁFICA

2.1. INTRODUCCIÓN

Al igual que en las intervenciones telefónicas, hay que partir del art. 18-3 de la Constitución, donde se garantiza el secreto de las comunicaciones postales y telegráficas entre personas.

El art. 579.1 establece que “podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

En la intervención de la correspondencia postal, la diligencia consistirá en interceptarla, procediendo a su detención, apertura y examen; lo propio sucederá cuando se acuerde la intervención de comunicaciones realizadas a través del telégrafo, aunque el Juez puede también limitarse a ordenar que se le faciliten copias de los telegramas transmitidos por una Oficina de Telégrafos, sin impedir que sean conocidos por el destinatario.

La regulación es la contenida en los arts. 579 a 588 de la L.E. Cr.

La Ley 24/1998 del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, establece un régimen de derechos y obligaciones para los operadores postales, y prescribe en su art. 3 que “los operadores postales deberán **garantizar el secreto de las comunicaciones**, de conformidad con el art. 18.3 de la Constitución y en cumplimiento de lo establecido en el art. 579 de la L.E.Cr.”.

Asimismo, el art. 6.1 del Reglamento de desarrollo de tal Ley establece que *el secreto de los envíos postales afecta al contenido de los mismos e implica una absoluta prohibición para los operadores postales y para sus empleados de facilitar dato alguno relativo a la existencia del envío postal, a su clase, a sus circunstancias exteriores, a la identidad del remitente y del destinatario o a sus direcciones salvo petición de éstos, sus representantes legales o apoderados o mediante resolución judicial*, estableciéndose en su art. 7 su carácter inviolable.

El art. 13 del Reglamento especifica qué debe entenderse por envío postal, si bien tradicionalmente los Tribunales han establecido que dentro de tal término deben incluirse no sólo las cartas y tarjetas postales, sino también los paquetes postales al poder estos últimos portar mensajes o efectos personales de índole confidencial, bien se utilice la vía del servicio postal del correo o por extensión de entidades privadas que ofrezcan servicios análogos.

No se extiende la protección constitucional a equipajes o bolsas de viaje.

2.2. PRESUPUESTOS

La interceptación o detención de la correspondencia la autorizará la Autoridad Judicial previa realización de un juicio de proporcionalidad acerca de su imprescindibilidad para comprobar o descubrir hechos o circunstancias importantes para una investigación.

El auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia o la entrega de copias de telegramas transmitidos, determinará la correspondencia que haya de ser detenida o registrada, o los telegramas cuyas copias hayan de ser entregadas, por medio de la designación de las personas a cuyo nombre se hubieran expedido, o por otras circunstancias igualmente concretas (art. 583 L.E.Cr.). Esta resolución motivada debe aclarar concretamente a qué correspondencia se refiere, por cuánto tiempo y a qué personas está destinada la medida, sea emisora o receptora de las comunicaciones. No sólo servirán estas determinaciones precisas para centrar el objeto de la investigación, sino que también tratarán de respetar las garantías de reserva que ostentan todas aquellas personas que se encuentran al margen de las investigaciones.

El art. 12 del Reglamento del Servicio Postal Universal establece que los envíos postales sólo podrán ser detenidos o interceptados por resolución motivada de la Autoridad Judicial.

2.3. PROCEDIMIENTO DE INTERVENCIÓN

La detención de correspondencia consiste en la aprehensión de la carta o paquete a través del cual se produce la comunicación. Con ello, el destinatario deja de tener conocimiento de lo enviado, ya que si lo tuviera en su poder se debería de practicar la diligencia de registro de libros y papeles.

El Juez Instructor puede encomendar la práctica de la detención a la Policía Judicial o al Administrador de Correos y Telégrafos o al Jefe de la Oficina que la correspondencia deba encontrarse.

Como es lógico, el empleado que practique la detención habrá de remitir inmediatamente la correspondencia al Juez Instructor de la causa.

2.4. APERTURA DE CORRESPONDENCIA

La correspondencia detenida y remitida al Juez, se abrirá en la sede del órgano jurisdiccional y a presencia del interesado o de la persona que designe (art. 584 L.E.Crim.). Si el imputado estuviere en rebeldía, o si citado no quisiera presenciarla ni nombrar persona que lo haga en su nombre, el Juez de instrucción procederá a la apertura.

El Juez, por sí mismo, realizará la apertura, y después de leerla privadamente apartará la que haga referencia a los hechos de causa y cuya conservación considere necesaria. Los sobres y hojas de esta correspondencia, después de haber tomado el mismo Juez las notas necesarias para la práctica de otras diligencias de investigación a que la correspondencia diere motivo, se rubricará por todos los asistentes y sellarán con el sello del juzgado, encerrándolo todo después en otro sobre al que se pondrá el rótulo necesario, conservándolo el Juez en su poder durante el sumario, bajo su responsabilidad.

La correspondencia que no se relacione con la causa será entregada en el acto al interesado o representante. Si aquel estuviere en rebeldía, se entregará cerrada a un individuo de su familia mayor de edad. Si no fuera conocido ningún pariente se conservará dicho pliego cerrado en poder del Juez hasta que haya persona a quien

entregarlo.

Todo lo indicado se documentará por diligencia, donde se hará constar cuanto haya ocurrido y será firmada por el Juez, el Secretario y los demás que hubieren asistido al acto.

2.5. VALOR PROCESAL DE LA INTERVENCIÓN DE LA CORRESPONDENCIA POSTAL Y TELEGRÁFICA

La realización de la diligencia sin un previo auto judicial que autorice la medida produce la nulidad radical e insubsanable de la misma.

Asimismo, los supuestos de apertura y registro de la correspondencia en ausencia del Juez y del Secretario Judicial provocan la pérdida de todo valor probatorio, puesto que esta actuación queda encomendada expresamente a la Autoridad Judicial. Asimismo, la no citación del interesado para presenciar la operación de apertura produce la nulidad de la diligencia.

3. LA ENTREGA VIGILADA.

LA ENTREGA VIGILADA:- Art. 263 bis L.E.Cr.

En el art. 263 bis de la L.E.Cr. se regula la figura de la entrega vigilada.

Tratando de sistematizar el contenido del art. 263 bis L.E.Cr., en él se pueden apreciar la existencia de los siguientes requisitos:

- 1.- Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstructiva de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia.
El último apartado del art. 263 bis.1 extiende a otros bienes, objetos, servicios o materiales la aplicabilidad de estas medidas (especies de flora y fauna amenazadas, moneda falsa, armas y municiones).
- 2.- La autorización para la circulación o entrega vigilada de drogas así como de otras sustancias prohibidas será individualizada a cada caso.
Se alude aquí al principio de proporcionalidad, en cuanto que debe ponderarse la finalidad pretendida con la medida y la importancia y trascendencia del delito así como las posibilidades de vigilancia.
- 3.- Dicha autorización será llevada a cabo por la autoridad judicial o policial competente, o por el Ministerio Fiscal.
El art. 263 bis prevé para el caso de la autorización policial un mecanismo de control, pues obliga a los funcionarios de la Policía Judicial a dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal, y si existiese procedimiento judicial abierto al Juez de Instrucción competente.
- 4.- Se realizará con la finalidad de identificar o descubrir a los responsables de los delitos mencionados en el art. 236 bis o de auxiliar a autoridades de otros Estados con ese mismo objeto.

5.- Interceptación y apertura de envíos postales.

El apartado cuarto del art. 263 bis dice que la “interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevará a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico con excepción de lo previsto en el art. 584 de la presente Ley”.

Por los supuestos contemplados en el art. 263 bis no existe la obligación de citar al interesado ni de respetar el derecho del mismo (o la persona que designe) para presenciar la apertura.

4. LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

El art. 33 de la Ley General de Telecomunicaciones, regula el secreto de las comunicaciones, y establece que los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los art. 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias.

El apartado nº 2 de este art. se remite a los requisitos de interceptación fijados en el art. 579 de la L.E.Cr.

El acceso se facilitará para todo tipo de comunicaciones electrónicas, en particular, para las que se realicen mediante cualquier modalidad de los servicios de telefonía y de transmisión de datos, se trate de comunicaciones de audio, video, intercambio de mensajes, ficheros o de la transmisión de facsímiles.

Así, quedan incluidos en este régimen los correos electrónicos. Por tales se entiende todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo.

Los sujetos obligados deberán facilitar al agente de policía facultado, salvo que por las características del servicio no estén a su disposición, los datos indicados en la orden de interceptación legal, estableciéndose en los apartados 5º y 6º del mismo artículo 33, los posibles datos que se pueden obtener de los operadores.

Conservación de datos relativos a las comunicaciones

La reciente Ley 25/2007, de 18 de octubre, establece que los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones, tienen obligación de conservar los datos generados o tratados, así como el deber de ceder dichos datos a los agentes facultados, siempre que

les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial, con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las Leyes penales especiales.

Son datos vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de ésta.

Los datos objeto de conservación, en principio al menos por 12 meses, aparecen detallados en el art. 3 y vienen referidos a datos de tráfico y los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o usuario registrado. (Así, quedan sujetos a esta Ley los datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación, identificar el destino de la misma, los necesarios para determinar la fecha, hora, duración de la comunicación, tipo de comunicación, los necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios, y la localización del equipo de comunicación móvil).

El art. 6 dispone que tales datos sólo podrán ser cedidos previa autorización judicial, únicamente a los agentes facultados cuando desempeñen funciones de policía judicial.

Esta Ley obliga, asimismo, a los operadores de servicios de telefonía móvil, que comercializan servicios con sistemas de activación mediante la modalidad de **tarjetas prepago**, a llevar un libro-registro en el que conste de identidad de los clientes que la adquieran, contemplándose la cesión de tales datos a los agentes de policía que investiguen concretos delitos.

MENSAJES GSM

Nos limitaremos a hacer referencia a los pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia.

Únicamente los mensajes GSM enviados al destinatario pero aún no leídos por éste deben entenderse protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones. La lectura por la policía de un mensaje grabado del cual ha tenido conocimiento su destinatario, constituye una injerencia policial que podrá afectar al derecho a la intimidad, pero no al secreto de las comunicaciones (T.S. 27/06/2002).

Asimismo, la indagación policial en la memoria del teléfono móvil tiene el simple carácter de una agenda electrónica y no la consideración de un teléfono en funciones de transmisión del pensamiento dentro de una relación privada de comunicación (T.S. 3/03/2000).

Debe equipararse a cualquier otra agenda en la que el titular puede guardar números de teléfonos y anotaciones sobre las realizadas y llamadas y otras anotaciones que afectan a la esfera de la intimidad de la persona, que con carácter excepcional puede realizar la policía sin contar con un mandato judicial (T.S. 27/06/2003. T.S. 25/09/2003).

No se trata de una intervención en el proceso de comunicación, ya entendido como transmisión de conversaciones, ni localización, al tiempo de su realización, de las llamadas efectuadas, de la identificación de los usuarios, limitándose a la comprobación de unos números. (T.S. 30/11/2005).

5. ***INTERVENCIÓN DE OTRAS COMUNICACIONES***

Como señalábamos anteriormente, la intromisión en el secreto de las comunicaciones no queda agotada con las postales, telefónicas y telegráficas, sino que éstas son mucho más amplias, como serían las ya examinadas, las comunicaciones electrónicas.

En este sentido el art. 18-3 C.E. garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial de las antes citadas con lo que se reconoce un concepto de comunicación mucho más amplio.

A mayor abundamiento el art. 579-3 L.E.Cr. señala que el Juez podrá acordar la observación de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas **así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.**

Visto pues que el concepto de comunicación protegida no queda agotado con las postales, telegráficas y telefónicas debe dejarse sentado que la intervención de cualquier comunicación, como podrían ser por ejemplo las conversaciones particulares celebradas en privado, estarían protegidas frente a la injerencia de un tercero que usara de artificios para la escucha, transmisión, grabación o reproducción de la misma.

Cosa distinta es la grabación de la conversación por parte de uno de los interlocutores. Esta no constituye, como se pretendió en su día, una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, puesto que tal y como tiene declarado el T.C., quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permita captar aquella conversación a otras personas presentes, no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera “íntima” del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 de la C.E. Otro tanto cabe decir en el presente caso respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica, puesto que “cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio, sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite más o menos confiadamente a quienes les escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico.

La grabación en sí sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un “derecho a la voz” que no cabe identificar en nuestro ordenamiento.